

法律资讯汇编

(2018 年第 9 期)

上海王岩律师事务所
2018 年 9 月

目 录

行业新闻——国务院政策例行吹风会：听央行朱鹤新副行长解读金融 如何更好服务实体经济	3
新法速递——2018 年降低企业杠杆率工作要点	16
案例解析——公司证照返还纠纷常见争议焦点汇总	25
——转让房地产公司 100%股权竟构成非法倒卖土地使用 权罪？房地产公司重点刑事风险防范！	34
业务研究——公司对外担保效力认定将发生“颠覆性”变化	55

国务院政策例行吹风会：听央行朱鹤新副行长解读金融如何更好服务实体经济

来源：中国银行业杂志公众号

日期：2018 年 08 月 22 日

8 月 21 日下午 3 时，国务院新闻办公室举行国务院政策例行吹风会，邀请人民银行副行长朱鹤新介绍金融更好服务实体经济，有效缓解企业融资难、融资贵的有关情况，并答记者问。一同出席吹风会的还有中国人民银行货币政策司司长李波，中国人民银行金融市场司司长纪志宏。

朱鹤新介绍，今年以来，推出的一系列缓解融资难、融资贵政策措施，效果正在逐步显现。人民银行通过定向降准和中期借贷便利（MLF）增加中长期流动性供应，净投放 2.4 万亿元，力度明显加大。增强信贷调控弹性，支持表外融资回表。同时，综合运用定向降准、再贷款、再贴现、抵押补充贷款（PSL）等工具，引导金融机构加大对重点领域、薄弱环节的信贷支持。

以下为部分文字实录摘编：

朱鹤新：记者朋友，大家下午好。很高兴有机会来参加今天下午的例行吹风会，介绍一些人民银行在支持实体经济方面的务实举措。大家也知道，7 月 23 日，国务院第十八次常委会研究了金融更好服

务实体经济，有效缓解企业融资难、融资贵的政策。人民银行高度重视，自上而下、自下而上贯彻落实、全力以赴推进。下面我向记者朋友介绍相关情况，和大家一起分享人民银行在这方面的举措和心得。

2018 年以来，面对错综复杂的内外部经济金融形势，人民银行以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，进一步增强“四个意识”，坚定“四个自信”，认真贯彻落实党的十九大、中央经济工作会议、全国金融工作会议和《政府工作报告》决策部署，坚持稳中求进工作总基调，贯彻新发展理念，落实高质量发展要求，以供给侧结构性改革为主线，实施稳健中性的货币政策，加强形势研判和前瞻性预调微调，出台、落实了一系列旨在缓解融资难、融资贵的政策措施，为供给侧结构性改革和高质量发展营造适宜的货币金融环境。一方面，保持流动性合理充裕，适当对冲各种内外部因素影响。今年以来通过降准和中期借贷便利（MLF）增加中长期流动性供应，净投放 2.4 万亿元，力度明显加大。增强信贷调控弹性，支持表外融资回表。扩大中期借贷便利担保品范围，落实“两个毫不动摇”，将 AA+和 AA 级公司信用类债券、优质的小微企业贷款和绿色贷款等纳入担保品，支持小微企业、绿色经济和信用债市场。另一方面，牵头发挥政策合力，加大对重点领域和薄弱环节的金融支持力度。综合运用定向降准、再贷款、再贴现、抵押补充贷款（PSL）等工具，并动态调整宏观审慎评估（MPA）相关参数，引导金融机构加大对重点领域、薄弱环节的信贷支持。今年三次降准释放资金中有 1 万多亿元定向支持小微等普惠领域。6 月 23 日，人民银行等五部门印发小微企业金融服务政

策文件，出台增加支小支农再贷款和再贴现额度 1500 亿元、下调支小再贷款利率 0.5 个百分点等 23 条具体措施。6 月 29 日，人民银行等五部门联合召开全国深化小微企业金融服务电视电话会议，2 万余人参会，传达到县到部门到机构到人。

总体看，相关政策措施有序落实，政策效果逐步显现。一是银行体系流动性合理充裕，贷款保持较快增长。7 月末，金融机构超额准备率为 1.7%，比去年同期高 0.6 个百分点。存款类机构间七天期回购利率（DR007）中枢从去年末的 2.9% 左右下降到 8 月中旬的 2.6% 左右。1-7 月人民币贷款新增 10.48 万亿元，同比多增 1.69 万亿元，已是去年全年同比多增量的近两倍，7 月末贷款余额增速为 13.2%。

二是信贷结构继续优化，金融支持实体经济力度不断加大。高新技术制造业、服务业、扶贫等领域信贷支持力度较强。截至今年 6 月末，项目精准扶贫贷款余额同比增长超过 30%。7 月末，普惠口径小微贷款同比增长 15.8%，比上年末高 6 个百分点。7 月份新发放的单户授信 500 万元及以下小微企业贷款利率有了明显的下降，平均水平为 6.41%，比上年末下降 0.14 个百分点。

三是债市融资功能有所恢复，高等级债券利率显著下行。2018 年 1-7 月，企业债券净融资为 1.25 万亿元，同比多 1.35 万亿元。7 月末，5 年期、10 年期国债收益率分别为 3.23% 和 3.48%，较上年末分别下降 0.62 个和 0.40 个百分点；五年期 AAA 级和 AA 级中短期票据收益率分别为 4.28% 和 5.26%，较上年末分别下行 1.14 个和 0.61 个百分点。

下一阶段，人民银行将更加紧密地团结在以习近平同志为核心的党中央周围，认真贯彻落实党中央、国务院决策部署，提高政策的前瞻性、灵活性、有效性，不折不扣抓好贯彻落实，全力做好金融服务实体经济的相关工作。一方面要加强统筹协调，既形成政策合力，又防止政策叠加。另一方面，要把握好度，保持战略定力。把好货币供给总闸门，保持流动性合理充裕。平衡好多个目标之间的关系，疏通货币政策传导机制，通过机制创新提高金融服务实体经济的能力和意愿，切实有效缓解企业融资难、融资贵问题。我简单把情况给大家做一些介绍。下面我和我的同事欢迎各位提问。

中央广播电视总台央视新闻中心记者：朱行长，刚才您也提到了，现在小微企业融资难、融资贵是大家非常关心的问题，刚才您也简单介绍了央行过去采取的措施，能不能具体介绍取得的成果？另外，我们更关注的是下一阶段央行会有哪些具体新的措施来缓解这方面的问题？

朱鹤新：谢谢你的提问。大家知道小微企业是一个世界性的难题，也是一个长期性的充满挑战的话题。党中央、国务院对这个问题非常重视。我们也出台了很多的政策措施，也取得了很好的成效。当然，这个课题也是一个要持续做下去的课题。的确，当前社会关注度也比较高，今年以来人民银行认真贯彻落实中央决策部署，会同银保监会、证监会、国家发改委、财政部等部门加大小微企业政策的落实力度，也采取了一系列行之有效的措施，具体包括合理使用定向降准、中期借贷便利和再贷款、再贴现等货币政策工具，完善宏观审慎评估，发

挥信贷政策结构性引导作用，实施差异化金融监管政策，强化政策执行和考核等。这段时间以来各项措施成效正在逐步体现。表现在：金融机构对小微企业投放力度加大。小微企业融资成本下降。同时小微企业金融服务也在不断改善。融资难、融资贵问题得到一定的缓解。

我有一组数据跟你分享一下：增量，普惠口径小贷款（单户授信 500 万以下小微企业贷款、个体工商户与小微企业主经营性贷款）1-7 月份新增 6083 亿，同比多增 4042 亿。余额同比增速快，7 月末余额为 7.38 万亿，同比增长 15.8%，增速比上年末提高 6 个百分点，也比全部贷款增速高 2.6 个百分点。融资成本下降，7 月份新发放的单户授信 500 万元及以下小微企业贷款利率平均水平为 6.41%，比上年末下降 0.14 个百分点。这说明在缓解融资难、降低融资成本方面我们取得了新进展、新成效。

在这个基础上，我们将进一步贯彻落实党中央国务院的决策部署，发挥好政策合力，要做好政策协调，发挥“几家抬”的作用，切实提升小微企业金融服务的质效。一是增强货币政策传导效应，继续运用信贷政策支持再贷款、再贴现等工具，引导金融机构加大对小微企业的金融支持力度，运用宏观审慎评估，引导金融机构将降准资金用于支持小微企业。二是深化债券市场融资功能，大力发展中小企业高收益债券，鼓励债券信用增进机构通过信用风险缓释工具，支持商业银行发行小微企业金融债券。三是夯实金融机构主体责任，引导金融机构完善小微企业贷款成本分摊和收益分享机制。实施内部资金转移价格优惠，落实好尽职免责，充分调动一线信贷人员积极性。四是

抓好督查考核评估，改进完善小微信贷政策导向效果评估等机制，加强宣介推广好的经验做法，依法依规查处小微企业和金融机构内外勾结、弄虚作假、骗贷骗补等违法违规行为，实施跨部门多层级失信联合惩戒。开前门，让我们的资金切切实实流向小微企业，流向实体经济当中。同时，要注意防范道德风险，守好风险底线，让活水流到真正需要的地方去，谢谢你的提问。

中国日报记者：央行近期多次表示银行体系流动性保持充裕合理，但是仍然存在融资难、融资贵的问题，请问央行应该如何进一步疏通货币政策传导机制，使资金更好的流向实体经济。

朱鹤新：谢谢你的提问，这个问题问得非常好，也非常有意思。希望我们的政策能进一步的传导好，把我们政策之间的合力、政策之间的脉络，以及我们政策传导的流畅性实现好，真正起到“几家抬”的作用。

今年以来，我们货币政策在量、价和结构方面做了很多努力，贷款保持较快增长，银行体系流动性合理充裕，无风险利率明显下行，中高等级债券利率明显下降。当然的确也应该看到当前货币政策传导机制的影响因素增多，央行将流动性注入银行体系后受到资金供、求双方意愿和能力的制约。信用扩张受到供给端和需求端多重约束，有时存在金融体系“有钱”难以运用出去的情况。因为大家可能感到，流动性非常充裕，充裕以后应该流到中小微企业，才能发挥更好的作用。从资金需求端来看，我们需要资金流向中小微企业，如果银行的资金投向产能过剩、环保不达标行业，投向一些受限的行业，这是我

们不希望看到的。当然我们更希望我们的资金流向我们鼓励的方向，比方说普惠领域的小微企业，比如说高技术的制造业、服务业等，这是我们重点关注和对象。这方面我们取得了很好的成效，相关贷款增长是比较快的，融资结构有所优化。

大家可能关注到，前面讲的产能过剩的、环保不达标行业的融资在下降，但下降的和增加部分的体量不对等，使得合规、合格的融资需求短期内增长放缓。为什么小微企业融资难、融资贵，小微企业自身也存在一些需要改进的地方。比方说财务不规范的问题、规模效应欠佳，还有大家比较关注的抵押品不足等问题，也制约了小微企业融资问题的缓解。从资金供给端看，市场风险偏好下降，金融机构尤其是银行分支机构和信贷人员积极性不足，这也是一个方面。6月23日五部委出台的办法，实际上就是要解决政策合力“几家抬”来支持小微企业的发展。但支持小微企业的发展，“几家抬”是一个方面，同时也要发挥金融机构的作用，让金融机构在这个环节中发挥作用，让金融机构的信贷供给流到中小微企业，让中小微企业在市场上更有活力，我们的企业会走得越来越远，我们的企业活力将越来越足。

所以进一步疏通货币传导机制，对促进金融和实体经济的良性循环，防范系统性风险具有重要意义，是打通金融服务实体经济“最后一公里”的关键举措，疏通货币政策传导机制需要多方面的努力。一是货币政策要处理好稳增长与防风险、内部平衡与外部平衡、宏观总量与微观信贷之间的关系，坚持结构性去杠杆的大方向不动摇。二是金融机构要下沉金融管理和服务重心，按照财务可持续原则，合理覆

盖风险、优化考核激励，增强服务小微企业的内在动力。三是与其他部门做好统筹协调，发挥好“几家抬”的合力，坚持不懈抓好小微企业金融服务。四是从长远看，通过改革的举措在体制机制上下功夫，来疏通货币政策渠道，优化金融资源的配置，支持实体经济长期可持续发展。谢谢你的提问。

南华早报记者：关于小微企业，因为中国经济下行风险比较高，也有外来因素，比如贸易保护主义。请问对于小微企业尤其是关于出口的企业，央行有没有一些措施支持他们融资。第二个问题，关于人民币最近波动比较大，央行会不会也有措施保持兑美元汇率在 7 的水平。

朱鹤新：这个问题关注度是比较高的，今天我们李波司长也来了，请李波司长跟大家分享一下相关的情况。

中国人民银行货币政策司司长李波：听下来是问了两个问题，第一个是关于出口型小微企业的融资方面有没有什么举措，这块留给纪司长回答。第二个问题是关于人民币汇率的。今天的主题是缓解小微企业融资难、融资贵问题，我知道汇率问题大家比较关心，我就简单回答几句。

第一，人民币汇率主要是由市场供求决定，大家也看到了，从去年以来人民币对美元有升有贬，人民币汇率的弹性也明显提高。我们强调的是更多发挥市场在汇率形成中的决定性作用，不搞竞争性贬值，也不会把人民币汇率作为工具来应对贸易摩擦等外部扰动。这些我们在本月发布的《政策货币执行报告》中也明确讲了。

第二，在保持汇率弹性的同时，人民银行也坚持了底线思维，在必要的时候也通过宏观审慎政策对外汇供求进行逆周期调节，维护外汇市场平稳运行。今年以来，尤其是 6 月份以来，易纲行长和外汇局的潘功胜局长多次就人民币汇率问题发表看法，我们在一些工具的使用上也发挥了逆周期调节的作用，比如 8 月 6 日，人民银行将远期售汇业务的外汇风险准备金率从 0 调整到 20%，这都是一些宏观审慎的措施来防止外汇市场的顺周期行为导致“羊群效应”。

第三，汇率最终是由经济基本面决定的，中国经济的基本面是好的，是稳中向好的，为人民币汇率提供了有力支撑。我们有信心、也有能力保持人民币汇率在合理均衡水平上的基本稳定。

中国人民银行金融市场司司长纪志宏：我简单补充两句，不同的企业、不同的行业、不同的产品，出口竞争能力是不同的，消化面临困难的方法也是不一样，有些企业加大了转型的力度，有的在融资上面临一些暂时的困难，我们将加强对出口企业的监测，及时采取应对措施。对面临暂时困难的企业，我们也提倡金融机构不简单的抽贷、断贷，如果产品还是有市场、有前景，我们支持银行给予合理的支持。

经济日报记者：最近我们听到有市场人士表达了这样的一种看法，觉得银行在服务小微企业的时候面临资本金的占用和 MPA 考核方面的掣肘，请问朱行长对这个观点怎么看？MPA 考核在引导金融机构支持小微企业方面有什么考虑？

朱鹤新：谢谢你的提问。少数扩张过快的金融机构可能在这方面感觉到有压力，但是当前的 MPA 对总体金融机构广义信贷的增长实际

上是不构成约束的，金融机构有足够的广义信贷增长的空间来支持实体经济的发展。当然我们也说了“三性原则”，必要的资本充足要求是防风险的底线，因为银行是一个审慎的行业、高风险的行业，对资本的要求非常高，所以必要的资本充足要求是防风险的底线，这样也有助于金融机构合理安排资产扩张的速度，也有利于提高金融机构可持续发展的能力。总的看，目前金融机构资本充足率普遍要高于监管的要求，同时还在通过内源和外源的多渠道来补充资本，可以满足实体经济的发展。所以这个上面的担忧是不必要的，因为我们资本是充足的，资本的充足是可以满足实体经济融资的合理需求。

4 月份定向降准以后，我们又在 MPA 中新增临时性的专项指标来专门用于考察金融机构小微企业贷款的情况，要求金融机构将降准释放的资金用于小微企业的信贷性投放，并将节约的资金成本用于向小微企业让利。7 月份定向降准后，根据相应情况更新了考核要求，在 MPA 结构性参数中将考察范围扩展到普惠金融领域，普惠金融领域表现突出的金融机构将获得更优惠的结构性参数，引导金融机构将信贷资源向小微和“三农”等领域倾斜。总之，MPA 也适时做了一些调整，特别是参数上鼓励金融机构围绕方向性的东西做一些推进，通过正向激励解决发展中的问题。

彭博社记者：债券市场也是直接融资的一个重要的渠道，央行是否会采取某些措施来疏通这些渠道的融资。

朱鹤新：大家关注到最近一段时间我们在债券市场有了一些进展，取得了一些成效。纪志宏司长在方面是非常有经验的，请纪司长

给大家作介绍。

纪志宏：其实在朱行长回答问题的时候提到一个数，今年 1-7 月企业债券净融资 1.25 万亿元，同比多 1.35 万亿元，债券市场的融资功能还是表现得很强的，很多大中型企业通过债券市场获得融资以后，也使得商业银行可以有更多的信贷资源来支持中小企业特别是小微企业的融资需求。同时我们也在努力推动债券市场的产品创新，拓宽债券市场覆盖面和渗透水平，让债券市场不只服务大型企业，还能服务中小型企业。下一步我们将在中小企业私募债、小微企业金融债、小微贷款资产证券化等方面做进一步的探索，拓宽资金的来源，更多的支持大中小企业的发展。

中新社记者：国务院常务会议提出通过实施台账管理等措施，落实责任制，强化责任制，请问把支小再贷款等政策落实到位，央行有何考虑？谢谢。

朱鹤新：谢谢你的提问。支农再贷款，人民银行还是用的比较充分、用的比较普遍的，因为我知道各地方对这块是非常欢迎的，特别是一些农村金融机构和一些地方金融机构在服务“三农”和乡村振兴上，人民银行给了很多支持，所以人民银行一贯高度重视再贷款的精准施策，在开展支农、支小再贷款时已经建立了台账制度。从实践看，台账是加强再贷款管理的重要抓手，有效的发挥了再贷款的结构引导和正向激励作用。近期人民银行根据国务院常务会议精神，进一步完善了再贷款台账的管理制度：一是金融机构运用支小再贷款资金发放小微企业贷款应建立台账，详细记录每一笔贷款发放的对象、类型、

证件号码或组织机构代码，贷款金额、期限、利率、用途等要素，并将台账按期报送当地人民银行。这说明资金的用途一定要规范，从哪里来到哪里去、流向哪里要说得清楚。二是人民银行结合台账通过日常的监测评估、现场和非现场核查，对再贷款资金运用情况进行跟踪监测，确保支小再贷款资金全部用于发放小微企业贷款，优先支持单户授信 500 万元及以下的小微企业，将支小再贷款优惠利率政策切实传导至小微企业，缓解小微企业融资难、融资贵问题。这里也有一组数据，7 月末全国支小再贷款约为 1025 亿元，比上月末增加 81 亿元，比年初增加 96 亿元。这里面我还要讲一个事儿，刚才说地方金融机构，特别是农商行、城商行、农信社，支农支小展开业务比较多的，在这个上面人民银行支持的力度也是比较大的，而且这两个是相互匹配的，如果支农支小贷款的力度大，它对支农支小再贷款的需求也相应大，说明小微企业的活力、小微企业的市场也在不断的拓展、不断的延伸。谢谢你的提问。

华尔街日报记者：想问一个去杠杆的问题，朱行长刚才讲到坚持做去杠杆这件事情，请问下一步会怎么样，在这方面会采取什么样的措施。另外，大家都比较关心的一个问题是去杠杆的时间表，会不会从现在的三年延长到五年或者十年的时间。谢谢。

朱鹤新：去杠杆我们已经有了很好的成效，当然这个方向我们不动摇。具体的志宏司长再把情况分享一下。

纪志宏：刚才朱行长特别强调，总体上结构性去杠杆的方向不会变，从这几年落实供给侧结构性改革的情况看，不搞一刀切、把握好

去杠杆的力度和节奏,取得了明显的成效,宏观杠杆率总体趋稳。2017 年我国杠杆率是 248.9%,今年二季度也基本维持在这个水平上,宏观杠杆率已经基本趋于稳定,也就是说落实稳健中性货币政策、加强金融监管协调的共同作用下,去杠杆取得了成效。从结构上来看,国有企业的资产负债率明显回落,今年二季度企业部门的杠杆率是下降的,地方政府隐性债务方面的管理在规范,住户部门杠杆率上升的速度有所下降,杠杆结构呈现优化态势。

2018 年降低企业杠杆率工作要点

来源：中华人民共和国国家发展和改革委员会官网

发改财金（2018）1135 号

日期：2018 年 08 月 03 日

为深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想 and 党的十九大精神，认真落实中央经济工作会议、全国金融工作会议和政府工作报告各项部署，深入推进供给侧结构性改革，按照《国务院关于积极稳妥降低企业杠杆率的意见》（国发〔2016〕54 号）及附件《关于市场化银行债权转股权的指导意见》（以下简称《指导意见》）要求，现提出 2018 年降低企业杠杆率工作要点如下。

一、建立健全企业债务风险防控机制

（一）充分发挥国有企业资产负债约束机制作用。组织落实《关于加强国有企业资产负债约束的指导意见》，建立国有企业资产负债约束机制，区分不同行业、企业类型设置资产负债率预警线和重点监管线，科学评估超出预警线和重点监管线企业的债务风险状况，根据风险大小程度分别列出重点关注和重点监管企业名单，并明确其降低资产负债率的目标和时限。（国家发展和改革委员会、财政部、国务院国有资产监督管理委员会牵头，中国人民银行、中国银行保险监督

管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（二）加强金融机构对企业负债的约束。通过债权人委员会、联合授信等机制以及银行对企业客户开展债务风险评估等方式，限制高负债企业过度债务融资。（中国银行保险监督管理委员会、中国人民银行牵头，国家发展和改革委员会、财政部、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（三）完善国有企业资本管理机制。进一步夯实国有资本，明确国有企业资本补充的条件、标准和资金渠道，支持国有企业通过增加资本积累、增资扩股、引入战略投资者、市场化债转股等方式多渠道筹集资本、充实资本实力、降低企业资产负债率。加强国有企业资本真实性管理，提高财务真实性。规范使用混合型权益融资工具，防止虚假降杠杆。（国务院国有资产监督管理委员会、国家发展和改革委员会牵头，中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（四）健全企业债务风险监测预警机制。分行业、分地区定期对企业杠杆率和债务风险进行动态监测。重点做好大型企业债务风险监测，加强涉企信息整合和共享，对高负债高风险企业建档监控，做好风险防范预案。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、国家市场监督管理总局、中国证券监督管理委员会及各

地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（五）完善大型企业债务风险联合处置机制。对发生债务风险的大型企业，引导各市场主体及早按照市场化法治化原则协商处置，避免损失扩大。对潜在影响较大的债务风险事件，相关部门要联合开展协调，确保依法合规处置，提高处置效率，防止风险蔓延。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

二、深入推进市场化法治化债转股

（六）壮大实施机构队伍增强业务能力。支持符合条件的银行、保险机构新设实施机构。指导金融机构利用符合条件的所属机构、国有资本投资运营公司开展市场化债转股，赋予现有机构相关业务资质。研究推动私募股权投资基金更多参与市场化债转股。支持各类实施机构通过多种方式增强资本实力，推动实施机构与各类股权投资机构和社会产业资本合作，提高业务能力特别是股权管理能力。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（七）拓宽实施机构融资渠道。支持金融资产投资公司通过发行专项用于市场化债转股的私募资管产品、设立子公司作为管理人发起私募股权投资基金等多种方式募集股权性资金开展市场化债转股。支持符合条件的金融类实施机构发行专项用于市场化债转股的金融债

券筹集资金，鼓励符合条件的各类社会资金投向市场化债转股项目。

（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（八）引导社会资金投向降杠杆领域。运用定向降准等货币政策工具，积极为市场化债转股获取稳定的中长期低成本资金提供支持。完善各类社会资金特别是股权性资金参与降杠杆和市场化债转股的引导机制。（中国人民银行、国家发展和改革委员会、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责完成时间：持续推进）

（九）完善转股资产交易机制。研究依托多层次资本市场集中开展转股资产交易，提高转股资产流动性，拓宽退出渠道。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：2018 年底前）

（十）开展债转优先股试点。鼓励依法合规以优先股方式开展市场化债转股，探索以试点方式开展非上市非公众股份公司债转优先。

（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、国家市场监督管理总局、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（十一）推动市场化债转股与完善现代企业制度有机结合。指导

债转股实施机构和企业按照《指导意见》要求在债转股协议中对企业未来债务融资行为进行规范，对企业资产负债率作出明确约定；推动将市场化债转股与国有企业混合所有制改革等工作有机结合，推动企业改组改制，形成股权结构多元、股东行为规范、内部约束有效、运行高效灵活的治理结构。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（十二）加强转股股东权益保障。针对转股企业存在的股东行为规范和公司治理的特殊性问题，研究加强转股股东权利保护的政策措施。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：2018 年底前）

三、加快推动“僵尸企业”债务处置

（十三）完善“僵尸企业”债务处置政策体系。研究出台有效处置“僵尸企业”及去产能相关企业债务的综合政策以及金融等相关领域的具体政策，落实好有利于“僵尸企业”出清的税收政策，通过推动债务处置加快“僵尸企业”出清。（国家发展和改革委员会牵头，最高人民法院、财政部、自然资源部、中国人民银行、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、中国银行保险监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：2018 年底前）

（十四）破除依法破产实施障碍。推动各地建立政府与法院之间

关于企业破产工作沟通协调机制，研究解决破产启动费用问题，协调解决破产程序启动难实施难、人员安置难等问题。（最高人民法院、国家发展和改革委员会、财政部、人力资源和社会保障部及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（十五）完善依法破产体制机制。研究总结依法破产实践中遇到的问题，建立关联企业破产制度，研究完善庭外重组制度和建立预重整制度，探索建立破产案件快速审理机制，推动破产案件繁简分流；完善重整企业的信用修复机制；开展破产法规修订前期研究，适时提出修改企业破产法。（最高人民法院、国家发展和改革委员会、中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

四、协调推动兼并重组等其他降杠杆措施

（十六）积极推动企业兼并重组。深化产融合作，充分发挥资本市场在并购重组中的主渠道作用；加大对基于产业整合的并购重组的支持力度。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、工业和信息化部、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（十七）多措并举盘活企业存量资产。指导企业积极利用产权市场转让质量效益不高、与主业协同度低或非主业、亏损企业等相关资产，有效回收资金；继续通过资金集中管理、两金（应收账款和存货）压降等多种手段提高企业整体资金利用效率。（财政部、国务院国有

资产监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（十八）有序开展资产证券化。按照“真实出售、破产隔离”原则，有序开展信贷和企业资产证券化。（中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（十九）多方式优化企业债务结构。指导企业合理用好各类债务融资工具，形成合理的债务类型和期限结构，降低流动性风险。（国务院国有资产监督管理委员会及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（二十）积极发展股权融资。加强主板、中小板和全国中小企业股份转让系统（新三板）等不同市场间的有机联系。稳步推进股票发行制度改革，深化创业板和新三板改革，规范发展区域性股权市场。积极发展私募股权投资基金。发展交易所债券市场。稳步发展优先股和可转债等股债结合产品，优化上市再融资结构。（中国证券监督管理委员会，完成时间：持续推进）

五、完善降杠杆配套政策

（二十一）稳妥给予资本市场监管支持。对降杠杆及市场化债转股所涉的IPO、定向增发、可转债、重大资产重组等资本市场操作，在坚持市场“三公”原则前提下，提供适当监管政策支持。（中国证券监督管理委员会，完成时间：持续推进）。

（二十二）提高国有资产处置效率。在严格防止国有资产流失的前提下，对于纳入重点降杠杆范围企业的资产处置进行专题研究，予

以支持。严格在法定时限内完成地方国有企业降杠杆涉及的国有资产审批事项，纠正不恰当升高审批层次的做法或不审批不作为的现象。

（国务院国有资产监督管理委员会及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（二十三）加强会计审计业务指导。加强对会计师事务所的业务指导，严格按照相关业务规则提供审计服务。（财政部，完成时间：持续推进）

六、做好降杠杆工作的组织协调和服务监督

（二十四）指导重点行业和地区开展降杠杆工作。对重点降杠杆案例做好组织协调工作，克服障碍推动实施；积极鼓励优质资产企业按市场化原则开展债转股；继续推动优化债转股行业结构，引导实施机构对我国经济转型升级、国家安全具有重要意义的行业和企业开展市场化债转股；指导重点地区降杠杆工作并开展深入调研。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（二十五）发挥典型案例的示范带动作用。及时分析总结降杠杆的典型案例及政府引导激励的典型做法，积极稳妥降低企业杠杆率工作部际联席会议办公室以适当方式进行推广复制。（积极稳妥降低企业杠杆率工作部际联席会议成员单位和部际联席会议办公室及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（二十六）强化监督约束确保有序开展。加强企业降杠杆特别是

债转股的全过程监督检查，严格禁止对不适当企业进行债转股，防止违法违规操作，建立债转股相关主体记录。（国家发展和改革委员会、中国人民银行、财政部、中国银行保险监督管理委员会及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

（二十七）继续做好宣传与舆论引导工作。继续开展降杠杆的正面宣传，及时回应社会关切与热点问题，切实控制不实不良信息传播，加强与有影响力的外媒和有关国际组织沟通，创造良好的内外部舆论环境。（中央宣传部、中央网络安全和信息化委员会办公室及各地区按职责分工负责，完成时间：持续推进）

公司证照返还纠纷常见争议焦点汇总

来源：法务部公众号

日期：2018年08月21日

公司证照包括公司营业执照、组织机构代码证、税务登记证等证件，也包括公司的公章、财务章、发票专用章等印章。公司证件证明公司的主体资格身份，是公司对外的身份证明，而印章则代表公司的意思表示，对外为一定的法律行为。我国《公司法》对于公司证照的管理事项并无明文规定。根据《公司法》第三条的规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。”公司证照作为公司财产，所有权应当归属于公司，无权占有公司证照的，公司可以要求返还。实践中，公司证照返还纠纷的争议焦点主要围绕着诉讼主体、管辖、证照占有人是否有权占有以及举证责任的承担等问题展开。

争议焦点一：哪些主体具有诉讼主体资格？

公司证照作为公司财产的组成部分，其权属当然归公司所有。除公司作为诉讼主体外，股东等其他主体是否具有诉讼资格往往成为争议的焦点之一。

1. 如公司在起诉时持有公章，可直接以公司名义起诉

公司证照属公司财产，由公司依法享有所有权。对于公司证照的不当持有，应当由证照所有权人即公司依法提起诉讼。公司在起诉时

持有公章的，可直接起诉。

2. 公司在起诉时公章由被告持有，可由法定代表人可在起诉状上签名，代表公司提起诉讼

以公司为原告提起证照返还之诉，可能面临无法加盖公章的情形，当法定代表人签字能够代表公司意志时，法定代表人以公司名义提起诉讼应视为公司的行为。在“宋兰芳诉上海莎腾国际贸易有限公司公司证照返还纠纷”[1]一案中，上海市一中院认为，A 作为莎腾公司的法定代表人、股东，在公司印章失去控制时，可以代表公司起诉印章的实际控制人予以返还，该行为属于法定代表人的职务行为。

[1] （2015）沪一中民四（商）终字第 607 号

3. 公司更换法定代表人时公章被原法定代表人占有，可由新法人签字代表公司提起诉讼

当公司通过有效的股东会决议等程序更换法定代表人时，如原法定代表人拒不交还公司证照，公司的新法定代表人可代表公司起诉原法定代表人返还公司证照。在“赵杰与上海菲尔德成衣有限公司公司证照返还纠纷”[2]一案中，上海市高级人民法院判定，菲尔德公司 2008 年 12 月 23 日的特别董事会会议相关决议内容已生效，该决议第 3 条为“任命维特为菲尔德公司董事长”，鉴于菲尔德公司章程规定董事长为法定代表人，故现杰伦维特以其系菲尔德公司董事长、法定代表人的身份，代表菲尔德公司提起本案诉讼，符合法律规定。

[2] （2011）沪高民二（商）终字第 48 号

4. 股东在一定条件下，可以成为公司证照纠纷的诉讼主体

在公司证照返还纠纷中，股东在一定条件下也可成为诉讼主体。股东提起公司证照纠纷之诉的法律依据是《中华人民共和国公司法》第一百五十一条规定的股东代表诉讼制度：公司董事、监事、高级管理人员以及他人侵害公司合法权益的，公司股东有权向人民法院提起诉讼，但要遵循前置程序的要求，即股东应书面请求监事会或者不设监事会的有限公司的监事、董事会或执行董事提起诉讼；监事会、监事或者董事会、执行董事收到书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

在“正源中国地产有限公司与富彦斌公司证照返还纠纷”[3]一案中，最高人民法院认为：根据《公司法》151条的规定，股东代表诉讼的前置程序是一项法定的强制性义务，除非存在情况紧急不立即诉讼公司将会受到不可弥补的损害的情形，才可免除前置程序，正源公司因未履行前置程序被驳回再审申请。

[3]（2015）民申字第 2767 号

在“张长天、张辉强公司证照返还纠纷”[4]一案中，福建省高级人民法院认为，禾山公司目前处于营业执照已被吊销状态，禾山公司以自己名义主张权利在客观上存在障碍，张辉强、林丽琼从实质要件来看具备提起股东代位诉讼的原告主体资格。

[4]（2017）闽民终 453 号

最高院与福建高院的判例均确认了股东代表诉讼在公司证照返

还诉讼中的适用。在有充分证据证明存在免除前置程序的例外情形时，股东可直接提起诉讼；其余情形下，股东均应依据《公司法》151条的规定履行前置程序后，再提起公司证照纠纷之诉。

但此类案件中，因大股东对公司的实际控制，小股东即便有权提起诉讼，仍难以取得证照的管理权。如前述案件中，张辉强、林丽琼作为公司小股东，长期未参与公司经营管理，请求张长天返还公司证照的诉讼请求并不被法院所支持。

5. 清算期间，清算组负责人可代表公司参加诉讼

公司清算期间，清算组负责人有权代表公司提起证照返还之诉。“江苏新中期股份有限公司与杜海燕公司证照返还纠纷”[5]一案中，新中期公司已经处于清算期间，江苏高院认为，清算期间有关公司的民事诉讼应当以公司名义进行，成立清算组的，由清算组负责人代表公司参加诉讼。本案中，以吴茂康为组长的清算组系经临时股东大会选举成立并经省工商管理部门登记备案，江苏省南京市中级人民法院（2012）宁商终字第 670 号民事判决也确认其合法性。因此，吴茂康作为新中期公司清算组负责人有权利代表新中期公司参加诉讼。

[5] （2014）苏审三商申字第 00358 号

争议焦点二：哪些法院对本案是有管辖权？

公司证照返还纠纷案件的请求权基础为侵权法律关系，根据《民事诉讼法》第 28 条的规定，因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或被告住所地法院管辖。实践中大量公司证照纠纷诉讼均存在管辖异议的问题，法院在认定时一般将公司住所地认定为侵权行为地。

争议焦点三：占有人是否有义务返还公司证照？

当前我国法律并未对公司证照的保管事项作出明文规定，证照的管理属于公司的自治事项，公司可通过其内部机制决定公司证照的管理人。证照的管理人可能是公司的法定代表人、董事长、总经理，或是指定的股东、公司员工。当公司证照的占有人为无权占有时，应当承担返还公司证照的义务。司法实践中，法院对公司证照占有人是否为有权占有的判定主要有以下依据：

1. 公司章程

在公司章程有明确约定证照管理事项时，法院直接以其为依据判断证照的管理人员。“王雷蒙(WANG RAY MOND)诉香港雷成时装有限公司公司证照返还纠纷”[6]一案中，涉案公司章程第 19 条约定：“公司印章应由董事会保管，并且未经董事会授权不得使用。”2014 年 11 月 24 日，经香港注册处登记王雷蒙不再担任涉案公司候补董事职务。梁斯德为该公司唯一董事。故上海市一中院据此判定雷成公司有权要求王雷蒙返还涉案公章及登记证。

[6] （2017）沪 01 民终 4938 号

在公司章程无明确约定证照管理事项时，部分法院也会引用公司章程的规定来推定公司证照管理人。如“烟台东金矿业投资有限公司与纪建青、刘宝桐公司证照返还纠纷”[7]一案中，东金矿业公司章程第十五条规定执行董事决定公司内部管理机构 settings；制定公司的基本管理制度。第十九条规定公司执行董事、经理、副经理、财务负责人不得兼任公司监事。法院据此认定，纪建青作为执行董事公司内

部管理机构的设置及基本管理制度负责，刘宝桐作为公司监事不得从事财务负责人等职务，因此公司证照应该由纪建青负责保管或安排他人保管。

[7]（2015）烟商二终字第 252 号

2. 协议约定

部分案件中，《合作协议》、《承包协议》等协议也是法院确定证照保管人的依据。在“徐志明与张斌公司证照返还纠纷”[8]一案中，徐志明与张斌签订的《合作协议》约定由张斌负责保管港丽公司的房产证、土地证、营业证照、公章。上海市高级人民法院认为，该协议系双方当事人的真实意思表示，合法有效，双方均应恪守。根据《合作协议》的约定判决徐志明向张斌返还上述证照、公章，符合当事人的约定。

[8]（2017）沪民申 1908 号

3. 股东会决议

股东会是公司治理的最高权力机构，有权决定公司证照的管理事项。在“沈文诉上海源鹏贸易有限公司公司证照返还纠纷”[9]一案中，上海一中院认为，公司证照、文件等物品是公司财物，其所有权属于公司，如无股东会决议确定由公司股东保管，则应当由公司相应负有职责的人员保管。股东会是公司治理的最高权力机构，有权决定公司的任何事项。源鹏公司已形成有效股东会决议，明确原相关人员应当向公司新的执行董事移交相关公司财物，源鹏公司及其股东均应按此决议执行。三名上诉人主张其无需返还系争物品，违反股东会决

议，不予支持。

[9] （2018）沪 01 民终 274 号

4. 董事会决议

董事会是公司的经营决策机构，对于对公司证照的保管事项有权作出决定。在“曹兆勇诉上海依盟国际贸易有限公司公司证照返还纠纷”[10]一案中，系争董事会决议对曹兆勇的总经理职务予以了解聘，并重新聘用新的总经理。法院认为，在系争董事会决议不存在违反法律、行政法规与公司章程的情形下应予以实施。基于该系争董事会决议的内容，依盟公司的总经理人选已经发生了变更，曹兆勇已经不再承担依盟公司的企业内部经营管理工作之责。虽然曹兆勇目前仍为依盟公司的工商登记法定代表人，基于曹兆勇与依盟公司其他董事及总经理之间的纠纷，如果其不及时移交相关证照、印章等文件材料势必会给依盟公司的日常经营造成实质性的影响。鉴于此，本院认定曹兆勇应依据系争董事会决议的内容向公司移交相关证照、印章等文件材料。

[10] （2015）沪一中民四（商）终字第 2019 号

5. 清算组

在公司进入破产清算程序时，原公章的管理人员应当向清算组移交包括公章在内的公司证照，以便于开展清算工作。在“江苏新中期股份有限公司与杜海燕公司证照返还纠纷”[11]一案中，法院认为，清算组在清算期间需要履行清理公司财产、分别编制资产负债表和财产清单、处理与清算有关的公司未了结业务、代表公司参与民事诉讼

活动等职责，而公章作为公司对外行使权利、负担义务的重要凭据，对公司各项决策和经营活动有重大影响。在公司清算期间，清算组一方面需要利用公章进行对外活动，另一方面也需要利用公章对公司的以往业务账册、文书等资料进行甄别、清理，以顺利完成清算任务。因此，公章作为公司财产的一部分，清算组在清理公司资产的时候，有权利也有义务予以收回。

[11]（2014）苏审三商申字第 00358 号

争议焦点四：公司证照是否由被告持有？

在公司证照返还纠纷案件中，被告是否占有公司证照也是常见的争议焦点之一。被告占有公司证照的举证责任在于原告，如原告难以举证被告确实占有公司证照，法院往往因其诉请缺乏事实依据而不予支持原告之诉请。

在“中山市合富运输有限公司、周某泉公司证照返还纠纷”[1]一案中，合富公司章程并未约定公司印章和法定代表人私章由谁保管，按照公司运营惯例，印章一般由公司法定代表人或者财务负责人保管，而此案中合富公司主张上述印章由公司股东周某泉保管。因合富公司在诉讼中提交的证据不足以支持其主张，广东省高级人民法院因合富公司不能证明公章由被告股东持有，不予支持其诉请。

[12]（2017）粤民申 5183 号

在“上海铭源数康生物芯片有限公司诉姚原公司证照返还纠纷”[13]一案中，上海市一中院认为，当事人对自己的诉讼请求应提供证据加以证明，没有证据或者证据不足以证明当事人主张的，由负有举

证责任的当事人承担不利后果。尽管姚原为公司原法定代表人，但铭源数康公司并未提供证据证明姚原实际持有公章、营业执照等相关证照材料或者该些证照材料在姚原处，故姚原返还公章、营业执照的前提不存在，铭源数康公司的上诉请求不能成立，应予驳回。

[13] (2017) 沪 01 民终 14862 号

在“上海亚瀚船舶代理有限公司公司证照返还纠纷”[14]一案中，上海市一中院认为，亚瀚公司虽主张营业执照正副本、组织机构代码证正副本、税务登记证正副本、外商投资批准证书、外汇登记证、国际船舶代理企业备案回执、法人章、财务章、合同专用章、财务凭证及账册等在黄启洲处，但并未提出证据予以证明。根据谁主张谁举证的原则，亚瀚公司应对其举证不能承担不利后果，故对于亚瀚公司的上诉请求法院不予支持。

[14] (2017) 沪 01 民终 13106 号

可见，无论原告主张公司证照由原法定代表人、总经理等常见的证照保管人占有，还是主张由特定股东占有，均应提出充分证据加以证明，否则可能面临败诉之风险。

转让房地产公司 100%股权竟构成非法倒卖土地使用权罪?房地产公司重点刑事风险防范!

来源: 公司法权威解读公众号

作者: 唐青林、李舒、李斌

日期: 2018 年 08 月 08 日

转让持有土地使用权的房地产公司 100%股权, 除在民事领域涉及上述股权转让协议是否有效的问题外, 在刑事领域出卖人还可能被认定为构成非法转让、倒卖土地使用权罪。实践中, 尤其是自 2010 年以来, 已有一些法院认定该行为构成刑事犯罪, 多名房地产公司负责人因此而被判刑。2010 年 1 月 27 日, 海南省国土环境资源厅发布《关于充分发挥土地调控作用促进房地产业平稳健康发展的通知》, 明确提出“严禁以股权转让为名, 变相违规转让土地使用权”。上述刑事判决及政府规定, 已对意欲转让持有土地使用权的房地产公司 100%股权的企业家构成了重大的刑事法律风险, 本文旨在介绍相关刑事司法裁判观点, 并就相关问题进行探讨。

【相关法律规定】

1、刑法及相关司法规定

1.1 《刑法》

第二百二十八条 以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法转让、倒卖土地使用权价额百分之五以上百分之二十以下罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处非法转让、倒卖土地使用权价额百分之五以上百分之二十以下罚金。

1.2 最高人民法院《关于审理破坏土地资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，具有下列情形之一的，属于非法转让、倒卖土地使用权“情节严重”，依照刑法第二百二十八条的规定，以非法转让、倒卖土地使用权罪定罪处罚：

（一）非法转让、倒卖基本农田五亩以上的；

（二）非法转让、倒卖基本农田以外的耕地十亩以上的；

（三）非法转让、倒卖其他土地二十亩以上的；

（四）非法获利五十万元以上的；

（五）非法转让、倒卖土地接近上述数量标准并具有其他恶劣情节的，如曾因非法转让、倒卖土地使用权受过行政处罚或者造成严重后果等。

第二条 实施第一条规定的行为，具有下列情形之一的，属于非法转让、倒卖土地使用权“情节特别严重”：

（一）非法转让、倒卖基本农田十亩以上的；

（二）非法转让、倒卖基本农田以外的耕地二十亩以上的；

（三）非法转让、倒卖其他土地四十亩以上的；

（四）非法获利一百万元以上的；

（五）非法转让、倒卖土地接近上述数量标准并具有其他恶劣情节，如造成严重后果等。

2、土地管理法律法规相关规定

2.1 《城市房地产管理法》

第三十九条 以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：

（一）按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；

（二）按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的百分之二十五以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。

转让房地产时房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书。

2.2 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》

第十九条 土地使用权转让是指土地使用者将土地使用权再转让的行为，包括出售、交换和赠与。未按土地使用权出让合同规定的期限和条件投资开发、利用土地的，土地使用权不得转让。

一、房地产公司的刑事法律风险不得不防

本文作者对相关案例进行检索和梳理，发现刑事司法实践中，一些法院将转让持有土地使用权的房地产公司100%股权认定为非法转让、倒卖土地使用权罪，多名房地产公司老板因此获刑。

案例 1：浙江省武义县人民法院审理的张洪正非法转让、倒卖土地使用权罪一案〔（2015）金武刑初字第 628 号〕

该案的基本案情是：2009 年 12 月 14 日，被告人张洪正以浙江武义县展润健身器材有限公司法定代表人的名义与武义县国土资源局签订了武义县泉溪镇埠角村王山头工业区（双力杯业西北侧）地块的国有建设用地使用权出让合同，以总计 955 万元的价格购买了上述土地。后被告人张洪正对土地进行了填基、打地基等工程后未对该块土地进行其他的投资建设。

2011 年 6 月份期间，被告人张洪正与华某经过协商，张洪正同意将其取得的武义县泉溪镇埠角村王山头工业区（双力杯业西北侧）的土地以 3300 万元的价格全部转让给华某所有。同时为了规避该工业用地不能买卖的规定，双方以签订“阴阳合同”的方式实现土地使用权买卖，即在签订土地买卖协议书约定土地转让价格以及相关条款的同时，为办理土地使用权变更登记，实现土地非法买卖转让，双方又签订一份“股权转让协议”。被告人张洪正通过非法转让、倒卖土地获取利益达 1700 多万元。

法院认为：“被告人张洪正违法土地管理法规，非法转让、倒卖土地，情节特别严重，其行为已构成非法转让、倒卖土地使用权罪，公诉机关指控成立，本院予以支持。关于被告人张洪正是否构成本罪的问题。被告人张洪正作为浙江武义展润健身器材有限公司的法定代表人，在其与武义县国有国土资源局签订的合同中，双方明确约定投

资总额为 4200 万元，土地转让必须完成投资总额的 25%，而涉案土地的投入明显未达到转让条件，被告人张洪正名义上转让的是公司股权，实质上转让的是依股权享有并控制的国有土地使用权，系采用阴阳合同的办法，以转让股权为名，行非法转让、倒卖土地使用权之实，其辩护人辩称被告人张洪正的该行为仅仅是转让股权，并非转让土地使用权，与事实不符，不予采信。”

案例 2：安徽省淮北市相山区人民法院审理的邓某甲非法倒卖土地使用权罪一案〔（2014）相刑初字第 00002 号〕

该案的基本案情是：2007 年 6 月，淮北市人民政府同意对位于南湖路西、南黎路北地块的国有土地使用权进行招拍挂出让。被告人邓某甲与谢某甲（已判刑）得知这一信息之后，为取得该地块土地使用权，由被告人邓某甲出资，谢某甲于 2007 年 10 月 25 日注册成立青山公司。该公司于 2007 年 11 月 7 日被批准有资格从事房地产开发经营业务，股东为谢某甲、谢某乙，法定代表人谢某甲，注册资本 800 万元。

2007 年 11 月 20 日，青山公司向淮北市国土资源局递交竞买申请书，并支付竞买保证金 3500 万元，其中邓某甲出资 800 万元。同年 12 月，青山公司通过招拍挂出让的方式竞得到淮国土挂（2007）05 号地块的国有土地使用权（位于南黎路北，南湖路西，总面积 88496.55 平方米，132.74 亩），成交价为 6020 万元。此后谢某甲和邓某甲两人便不再支付剩余土地出让金，亦未按照出让合同约定进行开发建设，而预谋对该地块以股权转让的方式进行非法转让牟利。谢、

邓二人谈妥对此地块的收益按二八比例分成。

2009 年下半年，谢某甲、邓某甲与国正公司法定代表人李某甲商谈了以股权转让的方式对该宗地块使用权进行转让的相关事宜。2009 年 11 月 21 日，谢某甲、谢某乙二人与国正公司签订股权转让合同，约定将谢某甲、谢某乙所持有的青山公司的全部股权转让给国正公司，转让总价款为 7500 万元（该价款不包括青山公司未缴纳的土地出让金 2520 万元）。2010 年 3 月 19 日，谢某甲、谢某乙又联合签署了《股东会议记录》和《股权转让协议》，重申了股权转让内容。2010 年 5 月 6 日青山公司递交《土地登记申请书》，2010 年 5 月 10 日，青山公司获得土地使用权登记。2010 年 5 月 12 日，由国正公司申请，青山公司的股东由谢某甲、谢某乙变更为国正公司，法定代表人由谢某甲变更为李某甲。至 2011 年 4 月，国正公司支付给谢某甲及邓某甲转让款 7540 余万元（含契税款 240 余万元）。

法院认为：“被告人邓某甲伙同他人以牟利为目的，违反国家土地管理法规，以股权转让的名义非法倒卖国有土地土地使用权，涉案土地面积 132.74 亩，情节特别严重，其行为已构成非法倒卖土地使用权罪，应依法惩处。”

案例 3：浙江省义乌市人民法院审理的朱某甲、吴某非法转让、倒卖土地使用权罪一案〔（2014）金义刑初字第 2867 号〕

该案的基本案情是：2003 年 3 月份，被告人朱某甲、吴某夫妇注册成立了义乌市某化妆品有限公司，分别占 60%和 40%股份，由被告人朱某甲任法人代表。2007 年 6 月 29 日，被告人朱某甲、吴某以

义乌市某化妆品有限公司名义取得了某镇工业区一块面积 3358.18 平方米的工业用地，上交土地出让金人民币 109 万余元、契税人民币 3 万余元。后因资金紧缺等原因，一直未按规定开发，有出售意图。

2009 年 8 月份，因有购买工业用地意向的杨某甲曾经委托傅某打听消息，当傅某通过熟人朱某乙得知被告人朱某甲欲出售该工业用地的信息后，就将该信息告知杨某甲，并带其前去查看了该地块现状：只围了围墙、平整了场地。杨某甲看后表示满意。接着，傅某帮杨某甲和被告人朱某甲谈妥成交价格，介绍以股权转让方式买卖工业用地是合法的等，促成该工业土地交易。2009 年 8 月 17 日，买卖双方在傅某办公室内签订了由傅某拟写的义乌市某化妆品有限公司股份转让协议书，并一同前往工商局办理公司变更登记手续。这样，义乌市某化妆品有限公司的工业用地以 330 万元人民币的价格，由被告人朱某甲、吴某夫妇出售给了杨某甲、盛某夫妇。

法院认为：“被告人朱某甲、吴某以牟利为目的，违反土地管理法规，非法倒卖土地使用权，情节特别严重，其行为均已构成非法倒卖土地使用权罪。”

案例 4：浙江省磐安县人民法院审理的吕某、周某犯非法转让、倒卖土地使用权罪一案〔（2015）金磐刑初字第 138 号〕

该案的基本案情是：2008 年 8 月 5 日，被告人吕某以投资建设年产 300 万套园林工具生产线项目名义，与磐安新城区建设管理委员会草签了土地出让协议书，磐安新城区建设管理委员会将坐落于新城区深泽高头五号的约 11 亩土地出让给吕某，该宗土地的用途为工业

用地，吕某预付了土地出让款 100 万元。2008 年 12 月 24 日，吕某经过工商注册登记成立磐安县豪瑞工具有限公司，其母亲夏某挂名该公司法人代表。2011 年上半年，吕某在永康电视台做广告欲转让该宗土地，后来在永康办企业的黄某得知信息即与吕某取得联系。2011 年 11 月份，吕某向黄某提议由被告人周某协助办理转让手续，而后三人一起在周某磐安新城区的办公室内商定以股权转让的方式转让土地，转让的价格为 420 万元，黄某于同年 11 月 29 日支付定金 20 万元。2011 年 12 月 9 日，吕某代表磐安豪瑞工具有限公司就上述土地与磐安县国土资源局签订了《国有建设用地使用权出让合同》，约定该宗土地用于工业项目建设，固定资产投资不低于 1535.76 万元。同年 12 月 14 日，吕某付清了剩余的土地出让款 70.64 万元。2012 年 4 月 16 日黄某付清吕某转让款后，被告人周某明知该土地转让违法，仍以股权转让方式协助吕某、黄某办理了磐安豪瑞工具有限公司相关转让手续，并分别向黄某、吕某收取好处费 7.5 万元和 3 万元。

法院认为：“针对本案被告人及辩护人所提辩解及辩护意见，经查，（1）被告人吕某获得土地使用权后，未按出让合同的规定进行投资开发和利用，就以股权转让的形式将土地作价非法转让、倒卖牟利，其实质是非法转让、倒卖土地使用权；被告人周某明知吕某未在本案所涉的土地中投资开发，转让出让的土地违法，仍积极协助办理相关转让手续，且在黄某无力投资开发本案所涉土地时，又与黄某协商转让、倒卖事项，从中分别获利 10.5 万元和 50 万元。因此，被告人周某及三辩护人所提被告人吕某、周某的行为是股权转让，而不是

土地使用权转让，二被告人不构成犯罪的辩解和辩护意见，与法不符，本院不予采纳。”

案例 5：浙江省义乌市人民法院审理的陈朝根、方某、朱某、傅某非法转让、倒卖土地使用权一案〔（2013）金义刑初字第 1257 号〕

该案的基本案情是：2007 年 6 月 19 日，被告人陈朝根以义乌市青口红星铅笔厂的名义取得了义乌市廿三里工业区一块面积 13589 平方米的工业用地，上交土地出让金 444.36 万元人民币。后被告人陈朝根因资金紧缺等原因，该工业用地一直未按土地出让合同规定进行开发利用。

2010 年 8 月初，被告人陈朝根为非法牟利，委托被告人朱某将其所有的工业用地中的一半用于出售。同年 8 月 16 日，被告人陈朝根、朱某与被告人方某、傅某经过协商，被告人陈朝根同意将义乌市青口红星铅笔厂工业用地的一半（6794.5 平方米）出售给被告人方某。同时，为规避该工业用地不能买卖的规定，双方决定以股权转让形式实现买卖土地使用权的目的，后由被告人傅某拟定了“股份转让合同”，被告人陈朝根以人民币 937 万元的价格将其所有的一半工业用地出售给被告人方某。被告人方某委托被告人傅某办理了工商变更登记等手续，取得了该工业用地一半的使用权。事后，被告人陈朝根支付给被告人朱某 15 万元好处费，而被告人方某支付给被告人傅某 2 万元的好处费。

在被告人方某取得义乌市青口红星铅笔厂工业用地一半使用权后，也未对该工业用地进行开发利用。后被告人方某、陈朝根经过合

谋，准备将其二人共有的 20 余亩工业用地进行倒卖牟利，并委托了被告人傅某寻找买家。2011 年 6 月 10 日，被告人陈朝根、方某、傅某用同样的方式，将义乌市青口红星铅笔厂的工业用地以总价 3160 万元的价格出售给黄某，其中被告人陈朝根得款 1560 万元，被告人方某得款 1600 万元。事后，黄某已将上述款项全部支付给被告人陈朝根、方某，办理了工业用地相关的过户手续。被告人傅某收取黄某支付好处费 15 万元人民币，收取被告人方某支付的好处费 6 万元人民币，收取被告人陈朝根支付的好处费 20 万元人民币。

对此，法院认为：“被告人陈朝根、方某、朱某、傅某以牟利为目的，违反土地管理法规，非法倒卖土地使用权，情节特别严重，其行为均已构成非法倒卖土地使用权罪。公诉机关指控成立，应予支持。”

案例 6：浙江省绍兴市越城区人民法院审理的单某、俞某犯非法转让、倒卖土地使用权罪一案〔（2015）绍越刑初字第 24 号〕

该案的基本案情是：2010 年 5 月 6 日，被告人单某、俞某共同出资注册成立浙江港越汽车销售服务有限公司（以下简称“港越公司”），同年 11 月 23 日，港越公司以人民币 1260 万元的价格竞标拍得绍兴市袍江经济开发区汽车城 G2-6 地块，并花费人民币 22 万元对该地块进行了平整。2011 年 2 月 22 日，被告人单某、俞某以牟利为目的，在未经土管部门许可，且不具备土地使用权转让条件的情况下，以公司股权转让的方式，私自将 G2-6 地块土地使用权以人民币 2800 万元的价格转让给温州开元集团有限公司和温州捷顺汽车技术服务有限

公司，被告人单某、俞某共计非法获利人民币 1518 万元。

法院认为：“被告人单某、俞某以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让土地使用权，其行为均已构成非法转让土地使用权罪，且系共同犯罪。公诉机关指控的罪名成立，本院予以支持。”

案例 7：浙江省磐安县人民法院审理的应建国非法转让、倒卖土地使用权罪一案〔（2016）浙 0727 刑初 00094 号〕

法院认为：“依照我国国有土地使用权转让的相关规定，依法转让土地必须符合土地出让合同的约定，诺唯斯公司以出让的方式取得国有土地使用权，其合同明确约定必须要完成开发投资总额的百分之二十五以上的投资以后方能进行转让。涉案土地使用权转让给周某时，土地上仅有土地平整、围墙和挡土墙建设，扣除土地出让金外其他固定资产投资总额仅 159.972 万元，未达到合同约定的投资要求。……应某 1 获得涉案土地使用权后，未按出让合同规定的期限和条件进行投资开发和利用土地，在政府依法督促按照合同投资建设未果并提出回购要求的情况下，仍以公司股权转让的形式将 26.23 亩土地作价非法转让，从中牟取非法利益两百余万元，情节特别严重，其行为已构成非法转让土地使用权罪。”

案例 8：浙江省永嘉县人民法院审理的杨成美非法转让、倒卖土地使用权罪〔（2016）浙 0324 刑初 578 号〕

法院认为：“被告人杨成美等人以牟利为目的，借用他人名义受让空壳公司苍某公司股份，以苍某公司名义获取涉案土地使用权，后以转让公司股份名义转让涉案土地使用权，属于以股份转让形式掩盖非法

倒卖土地使用权目的的行为，应以非法倒卖土地使用权罪论处。”

二、同样的股权转让行为，民事领域却被认定为合法有效

与上述认定构成犯罪的刑事判决相比，在民事领域，以转让公司 100% 股权方式，最终达到转让土地使用权的目的，多数裁判观点认为股权转让协议合法有效。

案例 9：最高人民法院审理的付学玲、沙沫迪等与周盈岐、营口恒岐房地产开发有限公司等股权转让纠纷[(2016) 最高法民终 222 号]认为，“合同效力应当依据《中华人民共和国合同法》第五十二条之规定予以判定……上述条款约定的内容属股权转让中的具体措施及方法，并未违反法律法规所规定的效力性强制性规定，亦未损害国家、集体或其他第三人利益。此外，本院已经注意到，该《公司股权转让合同书》存在以股权转让为名收购公司土地的性质，且周盈岐因此合同的签订及履行而被另案刑事裁定[(2015) 营刑二终字第 00219 号刑事裁定书]认定构成非法倒卖土地使用权罪，但对此本院认为，无论是否构成刑事犯罪，该合同效力亦不必然归于无效。本案中业已查明，沙建武欲通过控制恒岐公司的方式开发使用涉案土地，此行为属于商事交易中投资者对目标公司的投资行为，是基于股权转让而就相应的权利义务以及履行的方法进行的约定，既不改变目标公司本身亦未变动涉案土地使用权之主体，故不应纳入土地管理法律法规的审查范畴，而应依据《中华人民共和国公司法》中有关股权转让的规定对该协议进行审查。本院认为，在无效力性强制性规范对上述

条款中的合同义务予以禁止的前提下，上述有关条款合法有效。”

案例 10：最高人民法院审理的薛惠珲与陆阿生、江苏苏浙皖边界市场发展有限公司、江苏明恒房地产开发有限公司委托代理合同纠纷[(2013)民一终字第 138 号]认为，“薛惠珲主张，案涉《股权转让协议》实质是以股权转让形式实质转移土地使用权的行为，系以合法形式掩盖非法目的，应认定为无效。本院认为，公司股权转让与作为公司资产的土地使用权转让为两个独立的法律关系，现行法律并无效力性强制性规定禁止以转让房地产项目公司股权形式实现土地使用权或房地产项目转让的目的。薛惠珲的该项主张无法律依据，本院不予支持。”

案例 11：最高人民法院审理的马庆泉、马松坚与湖北瑞尚置业有限公司股权转让纠纷[(2014)民二终字第 264 号]认为，“瑞尚公司主张本案所涉合同系名为股权转让实为土地使用权转让，规避法律关于土地使用权转让的禁止性规定而无效。股权转让与土地使用权转让是完全不同的法律制度。股权是股东享有的，并由公司法或公司章程所确定的多项具体权利的综合体。股权转让后，股东对公司的权利义务全部同时移转于受让人，受让人因此成为公司股东，取得股权。依据《中华人民共和国物权法》第一百三十五条之规定，建设土地使用权，是权利人依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利，以及利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施的权利。股权与建设土地使用权是完全不同的权利，股权转让与建设土地使用权转让的法律依据不同，两者不可混淆。当公司股权发生转让时，该公司的资

产收益、参与重大决策和选择管理者等权利由转让方转移到受让方，而作为公司资产的建设用地使用权仍登记在该公司名下，土地使用权的公司法人财产性质未发生改变。乘风公司所拥有资产包括建设用地使用权（工业用途）、房屋所有权（厂房）、机械设备以及绿化林木等，股权转让后，乘风公司的资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利，或者说公司的控制权已由马庆泉、马松坚变为瑞尚公司，但乘风公司包括建设用地使用权在内的各项有形或无形、动产或不动产等资产，并未发生权属改变。当然，公司在转让股权时，该公司的资产状况，包括建设用地使用权的价值，是决定股权转让价格的重要因素。但不等于说，公司在股权转让时只要有土地使用权，该公司股权转让的性质就变成了土地使用权转让，进而认为其行为是名为股权转让实为土地使用权转让而无效。股权转让的目标公司乘风公司为有限责任公司，依据我国公司法的规定，依法独立享有民事权利及承担民事责任，公司股东的变更不对公司的权利能力和行为能力构成影响，不论瑞尚公司购买乘风公司全部股权是为将乘风公司名下的工业用地土地使用权性质变性后进行房地产开发或是其他经营目的，均不因此而影响股权转让合同的效力。”

案例 12：常州市中级人民法院审理的青岛恒生源集团置业有限公司诉杨根平、邹阿俊、枣庄恒生源置业有限公司股权转让合同纠纷 [（2010）常商初字第 18 号]认为，“认定该股权转让协议是否有效，一要考察该协议约定的内容是否违反法律、行政法规强制性规定或存在损害国家利益、损害社会公共利益的情形；二要考察股权转让涉及

土地使用权的，是否能够认定为是以合法形式掩盖非法目的；三要考察该协议约定的内容是否是当事人的真实意思，是否存在欺诈、重大误解等情形。本院认为，本案所涉股权转让合同并不能认定为无效合同。第一，虽然本案转让的股权表现的资产主要是土地使用权和房地产开发项目，但法律、行政法规并未明确禁止此种股权转让；第二，本案股权转让的后果并未导致土地使用权的主体的变更，并未直接违反国家有关土地管理法律。本案中，吴德寿代表青岛恒生源公司还持有枣庄恒生源公司的 20% 股权，并未完全转让其股权。本案所涉土地使用权的主体仍然是枣庄恒生源公司。目前枣庄恒生源公司也履行了支付土地补偿款的义务，并进行了房地产开发，客观上并不存在侵害国家土地管理秩序的行为；第三，以股权转让形式转移开发房地产项目的权利是原告、杨国萍与被告杨根平、邹阿俊之间的真实意思，杨根平、邹阿俊对此是知情的，并未反对。”

案例 13：沈阳市中级人民法院审理的娄国良与秦玉平、李广军、孙艳春、孙玉成股权转让合同纠纷[(2016)辽 01 民终 3666 号]认为，“双方当事人在《股权转让协议》中，不但约定了圣罗木业的原来两位股东，即二被上诉人所持股份分别转让给二上诉人，还约定了圣罗木业的全部财产和经营所需要的相关证照的交付，即企业的经营权利一并转让给了二上诉人。同时，双方还到工商管理机关办理了股权变更登记和圣罗木业的法定代表人变更登记手续，二上诉人对圣罗木业的财产和经营权取得了控制权，这一系列事实说明双方签订的《股权转让协议》的性质就是股权转让。尽管该协议中约定由二被上诉人负

责办理公司名下的固定资产，即土地的《国有土地使用证》，但不能仅以此认定双方签订的《股权转让协议》就是买卖国有土地。现上诉人以该合同是以合法形式掩盖非法目的的合同为由，要求确认该合同无效的理由不成立，本院不予支持。”

案例 14：沈阳市沈河区人民法院审理的娄国良、秦玉平与李广军、孙艳春股权转让纠纷[(2015)沈河民三初字第 01646 号]认为，“原告与被告之间签订的《股权转让协议》系双方真实意思表示，内容虽涉及沈阳圣罗木业有限公司受让的土地，但原、被告之间的股权转让并不导致土地使用权权属的转移，土地仍是沈阳圣罗木业有限公司的资产，协议的性质仍为股权转让，而非土地使用权转让，而且协议书所涉及的内容并未违反法律、行政法规的强制性规定，应为合法有效，双方均应受其约束。关于原告主张，原告与被告之间的《土地转让协议》违反《土地管理法》《城市房地产管理法》《刑法》等法律法规的强制性规定，被告和第三人以牟利为目的，名为股权转让，实为土地转让的行为严重违法，也属于以合法形式掩盖非法目的，原、被告之间的《股权转让协议》意思表示不真实，构成虚伪意思表示违背《民法通则》第 55 条的规定，土地转让依法无效的问题。因公司法规定股东持有的股份可以依法转让，并没有针对特定标的的股权转让进行限制，股权的变更属于公司内部的权利变更，公司作为有独立法人人格权的主体不因股权变更而改变。

本案股权转让合同的内容和形式并不违反公司法关于股权转让的程序和规定，从协议的内容看，协议除涉及公司受让的土地，还约

定了公司经营一切必要的许可，公司的债权债务承担，公章、营业执照、财务账目交接等事宜，表明了股权转让后原告获得公司股权，成为股东从而经营该公司的意思表示。从协议的履行看，股权转让协议已经实际履行，被告交付了公司的资产和营业手续，原告交付了股权转让款，办理了公司股东变更登记手续，原告在成为股东和法定代表人后两年的时间里实际控制经营公司，说明双方对股权转让协议已履行完毕，因此原告认为原告与被告之间是土地转让合同关系没有依据。《土地管理法》《城市房地产管理法》等法律法规的强制性规定是土地使用权转让的程序和规定，不适用于股权交易。对于原告认为被告触犯《刑法》第 228 条的问题，原告并未向公安机关报案，而是起诉被告要求确认合同无效，表明原告认为双方系民事关系选择民事诉讼，应按民事诉讼程序处理。”

案例 15：杭州市萧山区人民法院审理的杭州萧山新时代恒丰餐饮有限公司与上海誉银富知投资合伙企业股权转让纠纷[(2015)杭萧商初字第 1103 号]认为，“涉案股权转让协议系当事人的真实意思表示，且股权转让并没有导致公司财产转让的法律后果，亚润公司拥有的开发经营权或土地使用权并未发生转移，亦无需土地管理部门办理土地使用权变更手续，故该条件下的股权转让协议不存在违反法律、行政法规的强制性规定及损害社会公共利益，故应认定为有效。”

案例 16：上海市金山区人民法院审理的宋某甲、俞某甲诉张某甲、朱某甲股权转让纠纷一案[(2013)金民二(商)初字第 463 号]认为，“原告宋某甲、俞某甲与被告张某甲、朱某甲签订的补充协议，

约定原告方将其所持有的在上海高凡公司的股权转让给两被告，两被告向两原告支付相应的对价。之后双方也按此办理了相关的股权变更手续。补充协议符合股权转让合同的特性，应定性为股权转让合同，难以认定双方这一转让行为实为土地倒卖行为。合同内容也未违反法律或行政法规的强制性规定，合同有效。”

三、部分民事案件直接认定股权转让行为不可能构成犯罪

还有部分民事案件，一方当事人以股权转让行为触犯《刑法》的非法转让、倒卖土地使用权罪为抗辩理由，法院在民事案件审理中直接认定该行为不可能构成此罪。

案例 17：河南省高级人民法院审理的郭凤英、张东奇与何文芝及河南省天冰冷饮有限公司股权转让纠纷[(2014)豫法民二终字第 46 号]认为，“关于何文芝的行为是否涉嫌非法转让、倒卖土地的问题。《中华人民共和国刑法》规定：非法转让、倒卖土地使用权罪，是指以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的行为。本案中，商丘项目所涉土地是以兆隆公司的名义参与竞标并取得土地使用权的，涉案土地的使用权始终登记在兆隆公司名下，土地使用权人是兆隆公司。何文芝只是兆隆公司的实际控制人。

《股权转让协议》涉及的只是股权的转让，并没有对土地使用权人进行变更，不是土地使用权的非法转让、倒卖。郭凤英、张东奇对此的上诉理由不能成立，本院不予支持。”

案例 18：江苏省高级人民法院审理的江苏高成房地产开发有限公司与福中集团有限公司股权转让纠纷[(2014)苏商再终字第 0006

号]认为,“《公司法》允许股权自由转让,而土地使用权的转让则须经过政府主管部门的批准。政府批准证书上的土地使用权人是公司,而股权转让并不引起公司名下土地使用权的转让,土地使用权人仍然是公司,因此,股权的任何转让都不会导致批准证书上的土地使用权人的变更,因而不涉及非法转让、倒卖土地使用权问题。高成公司主张涉案股权转让触犯《刑法》的申诉理由无事实依据,不能成立。”

四、深度分析及评论

仔细研究过上述案例,不难产生这样的疑问:为何同一个行为,在民事领域被认定为合法有效,而在刑事司法裁判中却可能会被认定为犯罪行为?我们不禁要问:以转让公司100%股权方式,最终达到转让土地使用权的目的,是否应当构成非法转让、倒卖土地使用权罪?

1、认定构成犯罪的案例不能代表实践中的主流观点

本文列举了被认定为非法转让、倒卖土地使用权罪的8个案例,除这8个案例外,必然也有一些案情相似、被认定为犯罪的案例。但无论如何,与实践大量存在的以股权转让方式转让土地使用权的情形相比,进入刑事司法程序的案例仍然是极少数。与之相似的情况,多数都被认为是合法的,未纳入司法机关进行刑事考察的视野,自然不会形成判决文书。因此,本文列举的部分非法转让、倒卖土地使用权罪的案例,不能代表实践中的多数观点。

2、股权转让行为不受土地管理法规调整,而受《公司法》调整,合法有效

根据本文介绍的民事审判领域的主流观点，相关股权转让行为应为合法有效。具体理由是：公司股权转让与作为公司资产的土地使用权转让为两个独立的法律关系，股权转让行为既不改变公司本身亦未变动土地使用权之主体，故不应纳入土地管理法律法规的审查范畴，而应受《公司法》调整。现行法律并无效力性强制性规定禁止以转让房地产项目公司股权形式实现土地使用权转让的目的，因此相关股权转让行为应为合法有效。

3、既然股权转让行为不受土地管理法规调整，且在民事领域合法有效，在刑事领域就不应该认定为犯罪

根据最高人民法院《关于审理破坏土地资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的有关规定，构成非法转让、倒卖土地使用权罪的前提是“以牟利为目的，违反土地管理法规”。但如前所述，股权转让行为不受土地管理法规调整，而受《公司法》调整，因此该行为不存在“违反土地管理法规”的可能性，因而也不可能构成犯罪。

并且，刑法是其他部门法的保障法，刑法所打击的犯罪行为首先应当是严重的违法行为。所谓“前提法定性，刑事法定量”，只有在严重违反其他部门法的相关规定的情况下，才有可能上升到刑事犯罪的高度。以转让公司100%股权方式，最终达到转让土地使用权的目的这一行为进行分析，正如前述多个民事判决所指出的，“现行法律并无效力性强制性规定禁止以转让房地产项目公司股权形式实现土地使用权转让的目的”，因此该行为首先并非违法行为。既非违法，更不能构成严重违法的犯罪行为。

本文作者认为，目前刑事司法实践中出现的少数认定该行为构成犯罪的案例，与民事司法实践中认定股权转让行为合法有效的主流裁判观点（包括多个最高法院的相关判决）相违背，这些刑事司法领域的判决结果颇为值得商榷！

【经验总结】

裁判观点有待商榷，但企业家的刑事风险不得不防！

转让房地产公司 100%股权的转让合同，本质上仍是一种股权转让行为，而非土地使用权转让行为，根据《公司法》的规定，该行为合法有效。但考虑到实践中，一些法院错误地认为该行为构成非法转让、倒卖土地使用权罪，企业家也应预防相应的刑事法律风险，在实施相关行为前应当尽量保证符合相关法律法规关于土地使用权转让的条件，或尽量取得当地政府的同意，或者低调行事，最少是不要在当地政府的明确反对下进行。

公司对外担保效力认定将发生“颠覆性”变化

来源：法务部公众号

日期：2018 年 08 月 24 日

近日，《最高人民法院关于审理公司为他人提供担保纠纷案件适用法律问题的解释（稿）》（以下称“《公司对外担保解释稿》”）在网络上广泛流传。该解释稿的真实性暂无据可考，但细细研读后发现，解释稿对于公司对外担保合同效力认定的理论基础和逻辑演进与此前审判实践发生了“颠覆性”的变化。

一、公司担保权限法定限制之推定知悉

《公司对外担保解释稿》第 2 条强调了相对人对公司担保权限法定限制的推定知悉，即相对人仅以“担保合同上加盖了公司印章或者有法定代表人签名、盖章为由，主张担保合同对公司发生效力的，人民法院不予支持”，该规定是对“不知法律不免责”这一应普遍遵循原则的最好诠释。“推定知悉”的规定强化了公司法第 16 条第 1、2 款关于公司对外担保的程序性要求。

而此前司法裁判的观点是：“有限责任公司的公司章程不具有对世效力，有限责任公司的公司章程作为公司内部决议的书面载体，它的公开行为不构成第三人应当知道的证据。强加给第三人对公司章程

的审查义务不具有可操作性和合理性，第三人对公司章程不负有审查义务。第三人的善意是由法律所推定的，第三人无须举证自己善意；如果公司主张第三人恶意，应对此负举证责任。因此，不能仅凭公司章程的记载和备案就认定第三人应当知道公司的法定代表人超越权限，进而断定第三人恶意。”

【详见：2011 年最高院公报案例——中建材诉北京大地恒通进出口代理合同纠纷案】

二、越权担保合同，除构成表见代表外，担保合同对公司不发生效力

根据《公司法》第 16 条规定，公司对外担保须依照公司章程规定，经由公司董事会或者股东会决议；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。未依此程序提供的担保即为“越权担保”。《公司对外担保解释稿》第 1 条明确，越权担保对公司不发生法律效力。

本次《公司对外担保解释稿》确定了《公司法》第 16 条在性质上属“代表、代理权能的限制规范”。有鉴于此，《公司法》第 16 条是公司对外担保的前置程序规范，若构成越权担保，则应适用《合同法》第 50 条规定来确认合同效力。如根据《合同法》相关规定构成表见代表的，则担保合同有效，否则担保合同对公司不发生效力。

三、相对人的形式审查义务以及对善意相对人的信赖保护

《公司对外担保解释稿》对于相对人的审查义务要求是：相对人只需对公司已经就担保所提供的前置程序进行形式审查，即“在文件

记载的内容形式上符合”即可，并不苛求相对人审查对担保事项所形成的决议为有效决议。有鉴于此，若担保所形成的股东（大）会、董事会决议嗣后被撤销或确认无效和不成立的，只要相对人为善意且对决议进行了形式审查，则担保应发生效力。

此前司法实践的裁判观点与此一致：“《股东会担保决议》中存在的相关瑕疵必须经过鉴定机关的鉴定方能识别，必须经过查询公司工商登记才能知晓、必须谙熟公司法相关规范才能避免因担保公司内部管理不善导致的风险，如若将此全部归属于担保债权人的审查义务范围，未免过于严苛，亦有违合同法、担保法等保护交易安全的立法初衷。担保债权人基于对担保人法定代表人身份、公司法人印章真实性的信赖，基于担保人提供的股东会担保决议盖有担保人公司真实印章的事实，完全有理由相信该《股东会担保决议》的真实性，无需也不可能进一步鉴别担保人提供的《股东会担保决议》的真伪。因此，招行东港支行在接受作为非上市公司的振邦股份公司为其股东提供担保过程中，已尽到合理的审查义务，主观上构成善意。本案周建良的行为构成表见代表，振邦股份公司对案涉保证合同应承担担保责任。”

【详见：2015年最高院公报案例——招商银行股份有限公司大远东港支行与大连振邦氟涂料股份有限公司、大连振邦集团有限公司借款合同纠纷案】

四、一人公司、国有独资公司不得为其股东/出资人提供担保

一人公司和国有独资公司并不存在“股东会”这一权架构，故无

法适用《公司法》第 16 条第 2 款对股东担保的前置程序要求。本次《公司对外担保解释稿》第 8 条明确规定了一人公司和国有独资公司不得为股东/出资人提供担保，应引起高度关注。

此前在四川高院“龙召刚与杨光、大英福特曼丽兹酒店有限公司股权转让合同纠纷案”【（2014）川民提字第 334 号】、江苏省常州市中级人民法院“卜邦干诉柯尼马公司保证合同纠纷案”【（2009）常民二终字第 0451 号】，均认定一人有限公司可为其股东提供担保。

关于一人公司为他人提供一般担保的效力如何认定，该稿件中并未作出明确规定。在最高院周伦军法官所著《公司对外提供担保的合同效力判断规则》一文中，则认为“对于一人公司向股东或实际控制人之外的他人提供担保的行为效力，可根据上述规则（表见代表的适用规则）进行判断。此外，实践中还存在一人公司的章程中未规定对外提供担保的决策机关的情况，对此应当认定为公司股东并未授权执行董事或董事会对外提供担保，未经公司股东决定，执行董事或董事会对外担保的行为对公司不生效力”。经检索，在最高院“马鞍山小南山矿业有限公司、交通银行股份有限公司武汉青山支行金融借款合同纠纷案”【（2017）最高法民终 310 号】中，法院认可了一人公司为他人提供担保的合同效力。

五、专业担保公司的例外规定

本次《公司对外担保解释稿》对普通公司对外提供担保和专业担保公司提供担保进行了区分，“以为他人提供担保为主营业务的公司所开展的担保业务，不适用本解释”。

附：《最高人民法院关于审理公司为他人提供担保纠纷案件适用法律问题的解释（稿）》

最高人民法院关于审理公司为他人提供担保纠纷案件

适用法律问题的解释（稿）

为正确审理公司为他人提供担保纠纷案件，根据《中华人民共和国民法总则》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国物权法》《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国担保法》等法律的规定，结合审判实践，制定本解释。

第一条【越权担保合同对公司的效力】公司的法定代表人未按公司法第十六条第一款、第二款的规定以公司名义为他人提供担保，公司依照合同法第五十条等规定，主张担保合同对其不发生效力的，人民法院应予支持。但公司有权决议机构在法庭辩论终结前依法作出同意为他人提供担保的决议及本规定第六条规定情形的除外。

公司其他人员经法定代表人授权，以公司名义为他人提供担保的，适用前款规定。公司其他人员未经法定代表人授权，以公司名义为他人提供担保，担保合同对公司不发生效力，但公司有权决议机构依法作出同意为他人提供担保的决议的除外。

公司实际承担担保责任后，又依据前款规定请求不承担担保责任或者担保权人予以返还的，人民法院应当驳回其诉讼请求。

第二条【公司担保权限法定限制之推定知悉】公司的法定代表人、其他人员等行为人未按公司法第十六条第一款、第二款的规定以公司名义为他人提供担保，相对人仅以担保合同上加盖了公司印章或者有

公司法定代表人签名、盖章为由，主张担保合同对公司发生效力的，人民法院不予支持。

第三条【公司一般担保有权决议机构的认定】公司章程规定公司为他人提供担保由董事会决议，但相对人能够证明公司股东会或者股东大会作出同意决议并主张担保合同对公司发生效力的，人民法院应当予以支持。

公司章程规定公司为他人提供担保由股东会或股东大会作出决议的，相对人仅举证证明担保经董事会决议同意并主张担保合同对公司发生效力的，人民法院不予支持。

公司章程未依照公司法第十六条第一款规定公司为他人提供担保的决议机构，相对人能够举证证明担保经股东会、股东大会或者董事会决议同意并主张担保合同对公司发生效力的，人民法院应当予以支持。

第四条【公司关联担保有权决议机构的认定】公司章程未规定公司为股东提供担保的决议机构，或者规定内容违反公司法第十六条第二款规定，相对人不能举证证明经股东会或者股东大会决议同意担保，其主张担保合同对公司发生效力的，人民法院不予支持。

公司能够举证证明相对人在订立担保合同时，知道或者应当知道公司系为其实际控制人提供担保的，适用前款规定。

第五条【公司决议原则的例外】持有符合法定或章程规定多数表决权的控股股东、公司实际控制人未按公司法第十六条第款规定以公司名义为他人提供担保，公司以担保事项未经决议或者未经适当决议

程序为由，主张担保合同对其不发生效力的，人民法院不予支持。但公司为上市公司的除外。

公司股东未按公司法第十六条第二款规定以公司名义为其他股东或者实际控制人提供担保，相对人能够证明被担保的股东或者受实际控制人支配的股东依照公司法第十六条第三款的规定回避表决后，以公司名义提供担保的股东所持表决权仍过半数的，对相对人主张由公司承担担保责任的诉讼请求，人民法院应予支持。但公司为上市公司的除外。

方案二：删除本条规定。

第六条【表见代表的认定及举证责任】公司依据本解释第条规定主张担保合同对其不发生效力，相对人能够证明其在订立担保合同时对公司章程、公司决议等与担保相关的文件进行了形式审查，文件记载的内容在形式上符合公司法第十六条、第一百二十一条等法律规定的，人民法院应当认定该担保合同对公司发生效力。

前款规定的形式审查范围包括同意担保的决议是否由公司有权决议机构作出、决议是否经法定或章程规定的多数通过以及参与决议表决人员是否为公司章程载明的股东或者董事等。

上市公司为他人提供担保，相对人依据前二款规定进行形式审查的，应当以上市公司公开披露的信息为准。

第七条【对善意相对人的信赖保护】公司以相关董事会、股东会或者股东大会决议具有可撤销、无效或者不成立事由，以及担保金额超出章程规定的担保总额限制等相对人形式审查担保文件所不能发

现的情形为由，主张担保行为对公司不发生效力的，人民法院不予支持。但公司能够举证证明相对人在订立担保合同时对前述情形知道或者应当知道的除外。

担保金额超出公司章程规定的单笔担保限额的，未超出限额部分对公司发生效力。

第八条【一人公司、国有独资公司关联担保的特别限制】一人有限责任公司为其股东、国有独资公司为其出资人提供担保，公司主张担保合同对其不发生效力的，人民法院应当予以支持。

公司能够举证证明相对人在订立担保合同时，知道或者应当知道公司系为其实际控制人提供担保的，适用前款规定。

第九条【国有独资公司一般担保的特别规定】国有独资公司未经履行出资人职责的机构同意，为公司董事、监事、高级管理人员提供担保，相对人主张公司承担担保责任的，人民法院不予支持。

公司能够举证证明在订立担保合同时，相对人知道或者应当知道公司系为其董事、监事、高级管理人员的关联企业或者上述人员的近亲属及其关联企业提供担保的，适用前款规定。

第十条【分别审理合同效力和效果归属】人民法院审理公司为他人提供担保纠纷案件，在认定担保合同是否对公司发生效力的同时，还应当根据案件审理需要，依照合同法、担保法等相关法律规定认定担保合同效力。

第十一条【越权行为的法律责任】公司依照本解释规定不承担担保责任，相对人请求行为人依过错承担相应民事责任的，人民法院应

当予以支持。相对人不能举证证明与其订立合同的行为人的，人民法院应当裁定驳回起诉。

公司依照本解释规定承担担保责任后，公司或者公司股东依法请求行为人向公司承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。

第十二条【专业担保公司的例外规定】以为他人提供担保为主营业务的公司开展的担保业务及商业银行、保险公司开展的保函等担保业务，不适用本解释。

融资担保公司依法为其股东提供担保的，适用本解释。

第十三条【溯及力】本解释自 2018 年月日起施行。最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的，不再适用。

本解释施行前订立的公司担保合同所发生纠纷案件，适用合同订立时的法律、法规和有关司法解释；本解释施行以后订立的公司担保合同所发生纠纷案件，适用本解释。

本解释施行前人民法院已经受理、施行后尚未审结的一审、二审案件，以及本解释施行时已经终审，施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

方案二：

本解释自 2018 年 月 日起施行。最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的，不再适用。

2006 年 1 月 1 日之后成立的公司担保合同所发生纠纷案本解释施行后尚未终审的，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

最高人民法院办公厅秘书一处

2018 年 8 月 9 日印发