

法律资讯汇编

(2020 第 8 期)

上海王岩律师事务所
2020年8月

目 录

行业新闻——中国银保监会有关部门负责人就 《商业银行互联网贷款管理暂行办法》答记者问	3
新法速递——商业银行互联网贷款管理暂行办法	10
案例解析——协议填补合同漏洞时的恶意磋商责任认定	27
业务研究——未实际出资仍可享受股东资格	38
——收益权转让及回购合同的性质判断	45

中国银保监会有关部门负责人就 《商业银行互联网贷款管理暂行办法》 答记者问

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2020年7月17日

为规范商业银行互联网贷款业务经营行为，促进互联网贷款业务平稳健康发展，银保监会发布实施《商业银行互联网贷款管理暂行办法》（下称《办法》）。银保监会有关部门负责人就相关问题回答了记者提问。

一、《办法》公开征求意见的情况如何？

2020年5月9日—6月9日，银保监会就《办法》向社会公开征求意见，金融机构、行业自律组织、专家学者和社会公众给予了广泛的关注。银保监会对反馈意见逐条进行认真研究，充分吸收科学合理的建议，绝大多数意见已采纳或纳入相关监管制度。

在风险管理方面，考虑到商业银行互联网贷款多维度、多要素判断借款人信用状况特征，采纳相关机构反馈意见，将第二十条“税务、社会保险基金、住房公积金信息”不作为强制性信用状况判断要素。在放款控制方面，在明确商业银行放款环节加强风控的前提下，允许其根据自身风控模式和手段，自主选择是否再次进行征信查询；在担保增信方面，增加“商业银行不得因引入担保增信放松对贷款质量管控”要求，强化商业银行主体责任，防止商业银行风险管理“空心化”。

二、制定出台《办法》的背景是什么？

近年来，商业银行互联网贷款业务快速发展，各类商业银行均以不同方式不同程度地开展互联网贷款业务。与传统线下贷款模式相比，互联网贷款具有依托大数据和模型进行风险评估、全流程线上自动运作、无人工或极少人工干预、极速审批放贷等特点，在提高贷款效率、创新风险评估手段、拓宽金融客户覆盖面等方面发挥了积极作用。与此同时，互联网贷款业务也暴露出风险管理不审慎、金融消费者保护不充分、资金用途监测不到位等问题和风险隐患。

现行相关管理办法未完全覆盖上述问题，且商业银行互联网贷款对客户进行线上认证，实际上已突破了面谈面签和实地调查等规定。因此，有必要尽快补齐制度短板，促进互联网贷款业务规范发展。

三、《办法》制定遵循的基本原则是什么？

《办法》制定主要遵循以下基本原则：一是坚持立足当前与着眼长远相结合。商业银行互联网贷款业务已有数年发展历程，行业也积累了很多实践经验，《办法》将现有互联网贷款业务纳入规范化轨道，促进新业态的健康发展。同时，适应金融科技发展的趋势，抛弃一刀切的简单监管思路，原则导向为主，并预留监管政策空间。二是坚持服务实体经济与防控金融风险相结合。《办法》支持商业银行通过互联网贷款业务践行普惠金融，满足居民和小微企业的融资需求，提高金融便利度和普惠覆盖面。与此同时，坚持问题导向，注重防控金融风险，提出全面风险管理要求，传导合规审慎开展互联网贷款的理念，防止各类风险积聚。三是坚持鼓励创新与加强监管相结合。一方面，坚持审慎包容的监管态度，鼓励商业银行稳步探索产品和服务创新，

不断提高自主风险管控能力。另一方面，加强事中事后监管，压实商业银行风险管理的主体责任。

四、《办法》定义的互联网贷款的适用范围是什么？

《办法》将互联网贷款定义为“商业银行运用互联网和移动通信等信息通信技术，基于风险数据和风险模型进行交叉验证和风险管理，线上自动受理贷款申请及开展风险评估，并完成授信审批、合同签订、贷款支付、贷后管理等核心业务环节操作，为符合条件的借款人提供的用于消费、日常生产经营周转等的个人贷款和流动资金贷款。”

根据上述定义，以下贷款不属于《办法》规范的范畴，仍适用现有授信、贷款等相关监管规制。一是线上线下结合，贷款授信核心判断仍来源于线下的贷款。例如，目前大多数所谓的线上企业流动资金贷款、供应链融资等，商业银行贷款调查、风险评估和预授信等实质风险评估环节均在线下完成，出于便利借款人和提高效率考虑将贷款申请及后续操作环节于线上完成。二是部分抵质押贷款。例如以房屋等资产为抵押物发放的贷款，押品的评估登记等手续需要在线下完成。三是固定资产贷款。因固定资产贷款涉及较多线下审查内容，不属于《办法》定义范围内的互联网贷款。

互联网贷款除应遵守《办法》规定外，也应遵守现有相关监管规制中关于授信、贷款等的一般规定。

五、《办法》对防控互联网贷款风险，有哪些针对性措施？

互联网贷款业务具有高度依托大数据风险建模、全流程线上自动运作、极速审批放贷等特点，易出现过度授信、多头共债、资金用途

不合规等问题。为有效防控互联网贷款业务风险，《办法》重点从以下方面进行规范。一是明确互联网贷款小额、短期的原则，对消费类个人信用贷款授信设定限额，防范居民个人杠杆率快速上升风险。二是加强统一授信管理，防止过度授信。商业银行应当全面了解借款人信用状况，并通过风险监测预警模型持续性进行监测和评估，发现预警触发条件的，应及时预警。三是加强贷款支付和资金用途管理。商业银行对符合相应条件的贷款应采取受托支付方式，并精细化受托支付限额管理。贷款资金用途应当明确、合法，不得用于房产、股票、债券、期货、金融衍生品和资产管理产品投资，不得用于固定资产和股本权益性投资等。如发现贷款用途违法违规或未按照约定用途使用的，应当采取措施提前收回贷款。四是对风险数据、风险模型管理和信息科技风险管理提出全流程、全方位要求，压实商业银行的风险管理主体责任。五是强化事中事后监管。监管机构对商业银行互联网贷款情况实施监督检查，建立数据统计与监测机制，并可根据商业银行的经营管理情况、风险水平等因素提出审慎性监管要求，严守风险底线”。

六、《办法》在规范商业银行对合作机构管理方面提了哪些要求？

目前，商业银行通过多种方式与第三方机构合作开展互联网贷款业务。有效规范的合作在一定程度上有利于各类机构之间优势互补、提高效率，但部分银行对合作机构管理较为粗放，如没有建立全行统一的管理制度、合作机构资质存在缺陷、对合作机构的持续性管理不足等，引发银行声誉风险。为引导商业银行审慎开展与合作机构的合作，防止合作机构风险向银行传染，《办法》要求商业银行对合作机构从准入到退

出建立全流程、系统性的管理机制，提升其精细化管理能力。一是商业银行应当建立各类合作机构的全行统一的准入机制，并实施分层分类管理。商业银行应当从经营情况、管理能力、风控水平等方面对合作机构进行准入前评估，合作机构资质应和其承担的职能相匹配。二是商业银行与合作机构签订的书面合作协议中，应明确合作范围、操作流程、各方权责、风险分担、客户权益保护等内容。合作协议应体现收益和风险相匹配的原则。三是商业银行应当向借款人充分披露自身与合作机构的信息、合作类产品的信息、自身与合作各方权利义务等，避免客户产生品牌混同。商业银行在依法合规前提下，可通过应用程序接口等技术手段，在获客、合同签订等环节与合作机构开展基于应用场景的合作。四是商业银行应当持续对合作机构进行管理，定期进行全面评估；发现合作机构无法继续满足准入条件的，应当及时终止合作关系。

在与合作机构共同出资发放贷款时，商业银行应当按照自主风控的原则审慎开展业务，避免成为单纯的资金提供方。《办法》要求商业银行建立健全内部管理制度，独立进行风险评估和授信审批，按照适度分散的原则选择合作机构，避免对合作机构的过度依赖；同时要求银行将与合作机构共同出资发放贷款总额纳入限额管理，并对单笔贷款出资比例实行区间管理。

七、《办法》如何体现服务实体经济的思路？

互联网贷款不仅有利于银行提升金融科技水平，促进其转型发展，也有利于更好更便捷地满足居民合理消费需求和支持实体经济发展。互联网贷款作为传统线下贷款的重要补充，可以服务传统金融渠

道难以触及的客户群体，其普惠金融特性较为突出。为此，《办法》按照法律法规和“放管服”改革的要求，不设行政许可，商业银行均可按照《办法》规定开展互联网贷款业务。在强化风险管理、加强监管的同时，对用于生产经营的个人贷款和流动资金贷款授信额度及期限作了相应灵活处理，有助于确保通过互联网渠道开展小微企业融资的连续性，提升小微企业和小微企业主信用贷款的占比，在疫情防控和经济下行压力增大的关键期可以有效支持实体经济。

八、《办法》对消费者权益保护提出哪些要求？

《办法》以互联网贷款开展中消费者保护的痛点、难点为出发点和落脚点，针对互联网贷款中存在的信息披露不充分、数据保护不到位、清收管理不规范等损害金融消费者权益的问题，《办法》在多个章节全面提出消费者保护要求。一是商业银行应当建立互联网借款人权益保护机制，将消费者保护嵌入互联网贷款业务全流程管理，做到卖者尽责。二是围绕借款人数据来源、使用、保管等问题，对商业银行提出明确要求，特别对取得借款人风险数据授权时进行了具体规定。三是要求商业银行落实向借款人的充分信息披露义务，应充分披露贷款主体、实际年利率、年化综合资金成本、还本付息安排、逾期清收、咨询投诉等信息，切实保障客户的知情权和自主选择权。四是严格禁止商业银行与有违规收集和使用个人信息、暴力催收等违法违规记录的第三方机构合作。

九、《办法》是否限制地方性商业银行跨区展业？

地方法人银行应当坚守发展定位，在开展互联网贷款业务时主要

服务当地客户。考虑到各家银行互联网贷款业务开展情况以及风险管理能力差异性较大,《办法》暂未对地方法人银行开展跨区互联网贷款业务设置统一的定量指标进行限制,但地方法人银行应结合自身风控能力审慎开展此类业务,并确保有效识别和监测跨区互联网贷款业务开展情况。同时,监管机构有权根据商业银行跨区业务的规模、风险水平等提出进一步审慎性监管要求。

部分无实体经营网点,业务主要在线上开展的银行不受《办法》关于跨区经营的限制。

十、《办法》的过渡期如何设置?

为尽可能地保证现有互联网贷款业务的连续性和保护客户权益,《办法》按照“新老划断”的原则,设置2年过渡期。《办法》实施之日起,新增业务应当符合《办法》规定。过渡期内,不符合《办法》规定的业务,应在控制整体规模基础上,逐步有序压降,同时按照《办法》规定,在风险治理架构、风险模型管理等方面进行规范或整改。过渡期结束后,商业银行所有存续互联网贷款业务均应遵守本《办法》规定。

为强化现有存量业务的规范,《办法》规定实施之日起1个月内,商业银行应当将业务规划、风险管控措施、存量业务、金融消费者权益保护等情况报告监管机构。监管机构在对上述报告进行评估时发现不符合本《办法》要求的,应当要求商业银行进行整改。商业银行存量业务需要整改的,应对照《办法》制定相应的过渡期整改计划与上述报告同步报告监管机构,由监管机构监督其有序实施,并视情况采取相关监管措施。

商业银行互联网贷款管理暂行办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

中国银行保险监督管理委员会令（2020年第9号）

日期：2020年7月17日

《商业银行互联网贷款管理暂行办法》已于2020年4月22日经中国银保监会2020年第4次委务会议通过。现予公布，自公布之日起施行。

主席 郭树清

2020年7月12日

商业银行互联网贷款管理暂行办法

第一章 总则

第一条 为规范商业银行互联网贷款业务经营行为，促进互联网贷款业务健康发展，依据《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》等法律法规，制定本办法。

第二条 中华人民共和国境内依法设立的商业银行经营互联网贷款业务，应遵守本办法。

第三条 本办法所称互联网贷款，是指商业银行运用互联网和移动通信等信息通信技术，基于风险数据和风险模型进行交叉验证和风险管理，线上自动受理贷款申请及开展风险评估，并完成授信审批、合同签

订、贷款支付、贷后管理等核心业务环节操作，为符合条件的借款人提供的用于消费、日常生产经营周转等的个人贷款和流动资金贷款。

第四条 本办法所称风险数据，是指商业银行在对借款人进行身份确认，以及贷款风险识别、分析、评价、监测、预警和处置等环节收集、使用的各类内外部数据。

本办法所称风险模型，是指应用于互联网贷款业务全流程的各类模型，包括但不限于身份认证模型、反欺诈模型、反洗钱模型、合规模型、风险评价模型、风险定价模型、授信审批模型、风险预警模型、贷款清收模型等。

本办法所称合作机构，是指在互联网贷款业务中，与商业银行在营销获客、共同出资发放贷款、支付结算、风险分担、信息科技、逾期清收等方面开展合作的各类机构，包括但不限于银行业金融机构、保险公司等金融机构和小额贷款公司、融资担保公司、电子商务公司、非银行支付机构、信息科技公司等非金融机构。

第五条 下列贷款不适用本办法：

（一）借款人虽在线上进行贷款申请等操作，商业银行线下或主要通过线下进行贷前调查、风险评估和授信审批，贷款授信核心判断来源于线下的贷款；

（二）商业银行发放的抵质押贷款，且押品需进行线下或主要经过线下评估登记和交付保管；

（三）中国银行保险监督管理委员会规定的其他贷款。

上述贷款适用其他相关监管规定。

第六条 互联网贷款应当遵循小额、短期、高效和风险可控的原则。

单户用于消费的个人信用贷款授信额度应当不超过人民币20万元，到期一次性还本的，授信期限不超过一年。中国银行保险监督管理委员会可以根据商业银行的经营管理情况、风险水平和互联网贷款业务开展情况等对上述额度进行调整。商业银行应在上述规定额度内，根据本行客群特征、客群消费场景等，制定差异化授信额度。

商业银行应根据自身风险管理能力，按照互联网贷款的区域、行业、品种等，确定单户用于生产经营的个人贷款和流动资金贷款授信额度上限。对期限超过一年的上述贷款，至少每年对该笔贷款对应的授信进行重新评估和审批。

第七条 商业银行应当根据其市场定位和发展战略，制定符合自身特点的互联网贷款业务规划。涉及合作机构的，应当明确合作方式。

第八条 商业银行应当对互联网贷款业务实行统一管理，将互联网贷款业务纳入全面风险管理体系，建立健全适应互联网贷款业务特点的风险治理架构、风险管理政策和程序、内部控制和审计体系，有效识别、评估、监测和控制互联网贷款业务风险，确保互联网贷款业务发展与自身风险偏好、风险管理能力相适应。

互联网贷款业务涉及合作机构的，授信审批、合同签订等核心风控环节应当由商业银行独立有效开展。

第九条 地方法人银行开展互联网贷款业务，应主要服务于当地客户，审慎开展跨注册地辖区业务，有效识别和监测跨注册地辖区业务开展情况。无实体经营网点，业务主要在线上开展，且符合中国银

行保险监督管理委员会其他规定条件的除外。

在外省（自治区、直辖市）设立分支机构的，对分支机构所在地行政区域内客户开展的业务，不属于前款所称跨注册地辖区业务。

第十条 商业银行应当建立健全借款人权益保护机制，完善消费者权益保护内部考核体系，切实承担借款人数据保护的主体责任，加强借款人隐私数据保护，构建安全有效的业务咨询和投诉处理渠道，确保借款人享有不低于线下贷款业务的相应服务，将消费者保护要求嵌入互联网贷款业务全流程管理体系。

第十一条 申请事项属于受理机关职权范围的，受理机关对照行政许可事项申请材料目录和格式要求，发现申请材料不齐全或不符合规定要求的，应在收到申请材料之日起5日内向申请人发出补正通知书，一次告知申请人应补正的全部内容，并要求其在补正通知书发出之日起3个月内提交补正申请材料。

中国银行保险监督管理委员会及其派出机构（以下简称银行业监督管理机构）依照本办法对商业银行互联网贷款业务实施监督管理。

第二章 风险管理体系

第十二条 商业银行应当建立健全互联网贷款风险治理架构，明确董事会和高级管理层对互联网贷款风险管理的职责，建立考核和问责机制。

第十三条 商业银行董事会承担互联网贷款风险管理的最终责任，应当履行以下职责：

（一）审议批准互联网贷款业务规划、合作机构管理政策以及跨区域经营管理政策；

- (二) 审议批准互联网贷款风险管理制度；
- (三) 监督高级管理层对互联网贷款风险实施管理和控制；
- (四) 定期获取互联网贷款业务评估报告，及时了解互联网贷款业务经营管理、风险水平、消费者保护等情况；
- (五) 其他有关职责。

第十四条 商业银行高级管理层应当履行以下职责：

- (一) 确定互联网贷款经营管理架构，明确各部门职责分工；
- (二) 制定、评估和监督执行互联网贷款业务规划、风险管理政策和程序，合作机构管理政策和程序以及跨区域经营管理政策；
- (三) 制定互联网贷款业务的风险管控指标，包括但不限于互联网贷款限额、与合作机构共同出资发放贷款的限额及出资比例、合作机构集中度、不良贷款率等；
- (四) 建立互联网贷款业务的风险管理机制，持续有效监测、控制和报告各类风险，及时应对风险事件；
- (五) 充分了解并定期评估互联网贷款业务发展情况、风险水平及管理状况、消费者保护情况，及时了解其重大变化，并向董事会定期报告；
- (六) 其他有关职责。

第十五条 商业银行应当确保具有足够的资源，独立、有效开展互联网贷款风险管理，确保董事会和高级管理层能及时知悉风险状况，准确理解风险数据和风险模型的作用与局限。

第十六条 商业银行互联网贷款风险管理制度应当涵盖营销、调查、授信、签约、放款、支付、跟踪、收回等贷款业务全流程。

第十七条 商业银行应当通过合法渠道和方式获取目标客户数据，开展贷款营销，并充分评估目标客户的资金需求、还款意愿和还款能力。商业银行应当在贷款申请流程中，加入强制阅读贷款合同环节，并设置合理的阅读时间限制。

商业银行自身或通过合作机构向目标客户推介互联网贷款产品时，应当在醒目位置充分披露贷款主体、贷款条件、实际年利率、年化综合资金成本、还本付息安排、逾期清收、咨询投诉渠道和违约责任等基本信息，保障客户的知情权和自主选择权，不得采取默认勾选、强制捆绑销售等方式剥夺消费者意愿表达的权利。

第十八条 商业银行应当按照反洗钱和反恐怖融资等要求，通过构建身份认证模型，采取联网核查、生物识别等有效措施识别客户，线上对借款人的身份数据、借款意愿进行核验并留存，确保借款人的身份数据真实有效，借款人的意思表示真实。商业银行对借款人的身份核验不得全权委托合作机构办理。

第十九条 商业银行应当建立有效的反欺诈机制，实时监测欺诈行为，定期分析欺诈风险变化情况，不断完善反欺诈的模型审核规则和相关技术手段，防范冒充他人身份、恶意骗取银行贷款的行为，保障信贷资金安全。

第二十条 商业银行应当在获得授权后查询借款人的征信信息，通过合法渠道和手段线上收集、查询和验证借款人相关定性和定量信息，可以包括但不限于税务、社会保险基金、住房公积金等信息，全面了解借款人信用状况。

第二十一条 商业银行应当构建有效的风险评估、授信审批和风险定价模型，加强统一授信管理，运用风险数据，结合借款人已有债务情况，审慎评估借款人还款能力，确定借款人信用等级和授信方案。

第二十二条 商业银行应当建立人工复核验证机制，作为对风险模型自动审批的必要补充。商业银行应当明确人工复核验证的触发条件，合理设置人工复核验证的操作规程。

第二十三条 商业银行应当与借款人及其他当事人采用数据电文形式签订借款合同及其他文书。借款合同及其他文书应当符合《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国电子签名法》等法律法规的规定。

第二十四条 商业银行应当与借款人约定明确、合法的贷款用途。贷款资金不得用于以下事项：

- （一）购房及偿还住房抵押贷款；
- （二）股票、债券、期货、金融衍生产品和资产管理产品等投资；
- （三）固定资产、股本权益性投资；
- （四）法律法规禁止的其他用途。

第二十五条 商业银行应当按照相关法律法规的要求，储存、传递、归档以数据电文形式签订的借款合同、信贷流程关键环节和节点的数据。已签订的借款合同及相关数据应可供借款人随时调取查用。

第二十六条 授信与首笔贷款发放时间间隔超过1个月的，商业银行应当在贷款发放前对借款人信用状况进行再评估，根据借款人特征、贷款金额，确定跟踪其信贷记录的频率，以保证及时获取其全面信用状况。

第二十七条 商业银行应当按照借款合同约定，对贷款资金的支

付进行管理与控制，贷款支付应由具有合法支付业务资质的机构执行。商业银行应加强对支付账户的监测和对账管理，发现风险隐患的，应立即预警并采取相关措施。采用自主支付方式的，应当根据借款人过往行为数据、交易数据和信用数据等，确定单日贷款支付限额。

第二十八条 商业银行应遵守《个人贷款管理暂行办法》和《流动资金贷款管理暂行办法》的受托支付管理规定，同时根据自身风险管理水平、互联网贷款的规模和结构、应用场景、增信手段等确定差异化的受托支付限额。

第二十九条 商业银行应当通过建立风险监测预警模型，对借款人财务、信用、经营等情况进行监测，设置合理的预警指标与预警触发条件，及时发出预警信号，必要时应通过人工核查作为补充手段。

第三十条 商业银行应当采取适当方式对贷款用途进行监测，发现借款人违反法律法规或未按照约定用途使用贷款资金的，应当按照合同约定提前收回贷款，并追究借款人相应责任。

第三十一条 商业银行应当完善内部审计体系，独立客观开展内部审计，审查评价、督促改善互联网贷款业务经营、风险管理和内控合规效果。银行业监督管理机构可以要求商业银行提交互联网贷款专项内部审计报告。

第三十二条 互联网贷款形成不良的，商业银行应当按照其性质及时制定差异化的处置方案，提升处置效率。

第三章 风险数据和风险模型管理

第三十三条 商业银行进行借款人身份验证、贷前调查、风险评

估和授信审查、贷后管理时，应当至少包含借款人姓名、身份证号、联系电话、银行账户以及其他开展风险评估所必需的基本信息。如果需要从合作机构获取借款人风险数据，应通过适当方式确认合作机构的数据来源合法合规、真实有效，对外提供数据不违反法律法规要求，并已获得信息主体本人的明确授权。商业银行不得与违规收集和使用个人信息的第三方开展数据合作。

第三十四条 商业银行收集、使用借款人风险数据应当遵循合法、必要、有效的原则，不得违反法律法规和借贷双方约定，不得将风险数据用于从事与贷款业务无关或有损借款人合法权益的活动，不得向第三方提供借款人风险数据，法律法规另有规定的除外。

第三十五条 商业银行应当建立风险数据安全管理的策略与标准，采取有效技术措施，保障借款人风险数据在采集、传输、存储、处理和销毁过程中的安全，防范数据泄漏、丢失或被篡改的风险。

第三十六条 商业银行应当对风险数据进行必要的处理，以满足风险模型对数据精确性、完整性、一致性、时效性、有效性等的要求。

第三十七条 商业银行应当合理分配风险模型开发测试、评审、监测、退出等环节的职责和权限，做到分工明确、责任清晰。商业银行不得将上述风险模型的管理职责外包，并应当加强风险模型的保密管理。

第三十八条 商业银行应当结合贷款产品特点、目标客户特征、风险数据和风险管理策略等因素，选择合适的技术标准和建模方法，科学设置模型参数，构建风险模型，并测试在正常和压力情境下模型的有效性和稳定性。

第三十九条 商业银行应当建立风险模型评审机制，成立模型评审委员会负责风险模型评审工作。风险模型评审应当独立于风险模型开发，评审工作应当重点关注风险模型有效性和稳定性，确保与银行授信审批条件和风险控制标准相一致。经评审通过后风险模型方可上线应用。

第四十条 商业银行应当建立有效的风险模型日常监测体系，监测至少包括已上线风险模型的有效性与稳定性，所有经模型审批通过贷款的实际违约情况等。监测发现模型缺陷或者已不符合模型设计目标的，应当保证能及时提示风险模型开发和测试部门或团队进行重新测试、优化，以保证风险模型持续适应风险管理要求。

第四十一条 商业银行应当建立风险模型退出处置机制。对于无法继续满足风险管理要求的风险模型，应当立即停止使用，并及时采取相应措施，消除模型退出给贷款风险管理带来的不利影响。

第四十二条 商业银行应当全面记录风险模型开发至退出的全过程，并进行文档化归档和管理，供本行和银行业监督管理机构随时查阅。

第四章 信息科技风险管理

第四十三条 商业银行应当建立安全、合规、高效和可靠的互联网贷款信息系统，以满足互联网贷款业务经营和风险管理需要。

第四十四条 商业银行应当注重提高互联网贷款信息系统的可用性和可靠性，加强对互联网贷款信息系统的安全运营管理和维护，定期开展安全测试和压力测试，确保系统安全、稳定、持续运行。

第四十五条 商业银行应当采取必要的网络安全防护措施，加强网络访问控制和行为监测，有效防范网络攻击等威胁。与合作机构涉

及数据交互行为的，应当采取切实措施，实现敏感数据的有效隔离，保证数据交互在安全、合规的环境下进行。

第四十六条 商业银行应当加强对部署在借款人一方的互联网贷款信息系统客户端程序（包括但不限于浏览器插件程序、桌面客户端程序和移动客户端程序等）的安全加固，提高客户端程序的防攻击、防入侵、防篡改、抗反编译等安全能力。

第四十七条 商业银行应当采用有效技术手段，保障借款人数据安全，确保商业银行与借款人、合作机构之间传输数据、签订合同、记录交易等各个环节数据的保密性、完整性、真实性和抗抵赖性，并做好定期数据备份工作。

第四十八条 商业银行应当充分评估合作机构的信息系统服务能力、可靠性和安全性以及敏感数据的安全保护能力，开展联合演练和测试，加强合同约束。

商业银行每年应对与合作机构的数据交互进行信息科技风险评估，并形成风险评估报告，确保不因合作而降低商业银行信息系统的安全性，确保业务连续性。

第五章 公示

第四十九条 商业银行应当建立覆盖各类合作机构的全行统一的准入机制，明确相应标准和程序，并实行名单制管理。

商业银行应根据合作内容、对客户的影响范围和程度、对银行财务稳健性的影响程度等，对合作机构实施分层分类管理，并按照其层级和类别确定相应审批权限。

第五十条 商业银行应当按照合作机构资质和其承担的职能相匹配的原则，对合作机构进行准入前评估，确保合作机构与合作事项符合法律法规和监管要求。

商业银行应当主要从经营情况、管理能力、风控水平、技术实力、服务质量、业务合规和机构声誉等方面对合作机构进行准入前评估。选择共同出资发放贷款的合作机构，还应重点关注合作方资本充足水平、杠杆率、流动性水平、不良贷款率、贷款集中度及其变化，审慎确定合作机构名单。

第五十一条 商业银行应当与合作机构签订书面合作协议。书面合作协议应当按照收益和风险相匹配的原则，明确约定合作范围、操作流程、各方权责、收益分配、风险分担、客户权益保护、数据保密、争议解决、合作事项变更或终止的过渡安排、违约责任以及合作机构承诺配合商业银行接受银行业监督管理机构的检查并提供有关信息和资料等内容。

商业银行应当自主确定目标客户群、授信额度和贷款定价标准；商业银行不得向合作机构自身及其关联方直接或变相进行融资用于放贷。除共同出资发放贷款的合作机构以外，商业银行不得将贷款发放、本息回收、止付等关键环节操作全权委托合作机构执行。商业银行应当在书面合作协议中明确要求合作机构不得以任何形式向借款人收取息费，保险公司和有担保资质的机构除外。

第五十二条 商业银行应当在相关页面醒目位置向借款人充分披露自身与合作机构信息、合作类产品的信息、自身与合作各方权利

责任，按照适当性原则充分揭示合作业务风险，避免客户产生品牌混同。

商业银行应在借款合同和产品要素说明界面等相关页面中，以醒目方式向借款人充分披露合作类产品的贷款主体、实际年利率、年化综合资金成本、还本付息安排、逾期清收、咨询投诉渠道、违约责任等信息。商业银行需要向借款人获取风险数据授权时，应在线上相关页面醒目位置提示借款人仔细阅读授权书内容，并在授权书醒目位置披露授权风险数据内容和期限，确保借款人完成授权书阅读后签署同意。

第五十三条 商业银行与其他有贷款资质的机构共同出资发放互联网贷款的，应当建立相应的内部管理制度，明确本行与合作机构共同出资发放贷款的管理机制，并在合作协议中明确各方的权利义务关系。商业银行应当独立对所出资的贷款进行风险评估和授信审批，并对贷后管理承担主体责任。商业银行不得以任何形式为无放贷业务资质的合作机构提供资金用于发放贷款，不得与无放贷业务资质的合作机构共同出资发放贷款。

商业银行应当按照适度分散的原则审慎选择合作机构，制定因合作机构导致业务中断的应急与恢复预案，避免对单一合作机构过于依赖而产生的风险。

第五十四条 商业银行应当充分考虑自身发展战略、经营模式、资产负债结构和风险管理能力，将与合作机构共同出资发放贷款总额按照零售贷款总额或者贷款总额相应比例纳入限额管理，并加强共同出资发放贷款合作机构的集中度风险管理。商业银行应当对单笔贷款出资比例实行区间管理，与合作方合理分担风险。

第五十五条 商业银行不得接受无担保资质和不符合信用保险和保证保险经营资质监管要求的合作机构提供的直接或变相增信服务。商业银行与有担保资质和符合信用保险和保证保险经营资质监管要求的合作机构合作时应当充分考虑上述机构的增信能力和集中度风险。商业银行不得因引入担保增信放松对贷款质量管控。

第五十六条 商业银行不得委托有暴力催收等违法违规记录的第三方机构进行贷款清收。商业银行应明确与第三方机构的权责，要求其不得对与贷款无关的第三人进行清收。商业银行发现合作机构存在暴力催收等违法违规行为的，应当立即终止合作，并将违法违规线索及时移交相关部门。

第五十七条 商业银行应当持续对合作机构进行管理，及时识别、评估和缓释因合作机构违约或经营失败等导致的风险。对合作机构应当至少每年全面评估一次，发现合作机构无法继续满足准入条件的，应当及时终止合作关系，合作机构在合作期间有严重违法违规行为的，应当及时将其列入本行禁止合作机构名单。

第六章 监督管理

第五十八条 商业银行首次开展互联网贷款业务的，应当于产品上线后10个工作日内，向其监管机构提交书面报告，内容包括：

（一）业务规划情况，包括年度及中长期互联网贷款业务模式、业务对象、业务领域、地域范围和合作机构管理等；

（二）风险管控措施，包括互联网贷款业务治理架构和管理体系，互联网贷款风险偏好、风险管理政策和程序，信息系统建设情况及信

息科技风险评估，反洗钱、反恐怖融资制度，互联网贷款合作机构管理政策和程序，互联网贷款业务限额、与合作机构共同出资发放贷款的限额及出资比例、合作机构集中度等重要风险管控指标；

（三）上线的互联网贷款产品基本情况，包括产品合规性评估、产品风险评估，风险数据、风险模型管理情况以及是否符合本办法相关要求；

（四）消费者权益保护及其配套服务情况；

（五）银行业监督管理机构要求提供的其他材料。

第五十九条 银行业监督管理机构应当结合日常监管情况和商业银行风险状况等，对商业银行提交的报告和相关材料进行评估，重点评估：

（一）互联网贷款业务规划与自身业务定位、差异化发展战略是否匹配；

（二）是否独立掌握授信审批、合同签订等核心风控环节；

（三）信息科技风险基础防范措施是否健全；

（四）上线产品的授信额度、期限、放款控制、数据保护、合作机构管理等是否符合本办法要求；

（五）消费者权益保护是否全面有效。

如发现不符合本办法要求，应当要求商业银行限期整改、暂停业务等。

第六十条 商业银行应当按照本办法要求，对互联网贷款业务开展情况进行年度评估，并于每年4月30日前向银行业监督管理机构

报送上一年年度评估报告。年度评估报告包括但不限于以下内容：

- （一）业务基本情况；
- （二）年度业务经营管理情况分析；
- （三）业务风险分析和监管指标表现分析；
- （四）识别、计量、监测、控制风险的主要方法及改进情况，信息科技风险防控措施的有效性；
- （五）风险模型的监测与验证情况；
- （六）合规管理和内控管理情况；
- （七）投诉及处理情况；
- （八）下一年度业务发展规划；
- （九）银行业监督管理机构要求报告的其他事项。

第六十一条 互联网贷款的风险治理架构、风险管理策略和程序、数据质量控制机制、管理信息系统和合作机构管理等经营期间发生重大调整的，商业银行应当在调整后的10个工作日内向银行业监督管理机构书面报告调整情况。

第六十二条 银行业监督管理机构可以根据商业银行的经营管理情况、风险水平和互联网贷款业务开展情况等对商业银行与合作机构共同出资发放贷款的出资比例及相关集中度风险、跨注册地辖区业务等提出相关审慎性监管要求。

第六十三条 银行业监督管理机构可以通过非现场监管、现场检查等方式，实施对商业银行互联网贷款业务的监督检查。

银行业监督管理机构开展对商业银行互联网贷款业务的数据统

计与监测、重要风险因素评估等工作。

第六十四条 商业银行违反本办法规定办理互联网贷款的，银行业监督管理机构可根据《中华人民共和国银行业监督管理法》责令其限期改正；逾期未改正，或其行为严重危及商业银行稳健运行、损害客户合法权益的，应采取相应的监管措施。严重违反本办法的，可根据《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十五条、第四十六条、第四十七条、第四十八条规定实施行政处罚。

第七章 附则

第六十五条 商业银行经营互联网贷款业务，应当依照本办法制定互联网贷款管理细则及操作规程。

第六十六条 本办法未尽事项，按照《个人贷款管理暂行办法》《流动资金贷款管理暂行办法》等相关规定执行。

第六十七条 外国银行分行参照本办法执行。除第六条个人贷款期限要求外，消费金融公司、汽车金融公司开展互联网贷款业务参照本办法执行。

第六十八条 本办法由中国银行保险监督管理委员会负责解释。

第六十九条 本办法自公布之日起施行。

第七十条 过渡期为本办法实施之日起2年。过渡期内新增业务应当符合本办法规定。商业银行和消费金融公司、汽车金融公司应当制定过渡期内的互联网贷款整改计划，明确时间进度安排，并于办法实施之日起1个月内将符合本办法第五十八条规定的书面报告和整改计划报送银行业监督管理机构，由其监督实施。

协议填补合同漏洞时的恶意磋商责任认定

来源：上海一中法院公众号

编写人：李兴

日期：2020年7月20日

上海一中院在履行司法审判职能的同时，历来高度重视精品案例工作，以总结司法裁判经验，着力提升司法裁判品质。在全国法院系统2019年度优秀案例分析评选活动中，上海一中院获先进组织单位奖，共18篇案例获奖，获奖数量居全国法院第一。现官方微信公众账号推出《案例精选》专栏，选取审判实践中具有典型意义的优秀案例予以推送，以供参考。

翁某诉毕某房屋买卖合同纠纷案

【案例索引】

二审：上海市第一中级人民法院（2018）沪01民终5536号（2018年6月8日）

【裁判要点】

履行期限条款不明确不影响买卖合同本约的成立与生效，当事人应当遵循诚实信用原则，通过后续磋商填补合同漏洞。一方当事人拒绝对方的合理补充要约，坚持以明显违反一般交易习惯或合同既定条款的条件作为要约主张，造成补充协议无法达成，属于恶意磋商行为。恶意磋商方主动提出解约，系明确表示不履行合同义务，构成根本违

约行为，相对人主张由其承担违约责任，人民法院应予支持

【相关法条】

《中华人民共和国合同法》

第六十一条 合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

第六十二条 当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

【基本案情】

上诉人（原审被告）：翁某

被上诉人（原审原告）：毕某

翁某诉称：涉案《房屋买卖合同》的过户期限不明确，双方未能达成补充协议，其不存在违约行为，故合同解除不可归责于任何一方。翁某向一审法院起诉请求：1、确认涉案《房屋买卖合同》于2017年10月12日解除；2、毕某归还定金2万元。

毕某诉称：虽然合同关于过户时间的约定不明确，但毕某也同意给予买家必要的贷款准备时间，而翁某坚持要求“实际过户时间以贷款审批通过为准”，该表述会使过户期限始终处于不明确的状态，导致补充协议无法达成。翁某存在恶意磋商行为，又主动提出解约，应承担违约责任。毕某同意解除合同，但不同意返还2万元定金，同时

提出反诉请求：判令翁某支付违约金 13 万元。

法院经审理查明：毕某系涉案房屋所有权人。

2017 年 4 月 19 日，翁某作为买受方（乙方）与毕某作为出卖人（甲方）签订《房屋买卖合同》一份，约定：涉案房屋总房价为 65 万元，乙方于网签合同后 10 个工作日支付给甲方首期房价款（含 2 万元定金）24 万元，于网签合同后 3 个工作日内向贷款银行申请贷款支付第二期房价款 20 万元，交易过户前支付甲方房价款 21 万元；双方于乙方贷款审批通过后向房地产交易中心申请办理产权过户登记手续；2 万元定金用于担保合同履行；合同解除时，违约方需按总房价款的 20%向守约方支付违约金。合同第 4.4 条约定：如贷款不足，乙方应于本合同约定的过户期限前，将该不足部分补足甲方。第 13 条约定：甲乙双方一致同意严格按照本合同履行，网签合同仅为办理交易过户手续之需。翁某持有的《房屋买卖合同》原件中未约定具体的网签办理时间。

2017 年 4 月 21 日，翁某向毕某支付定金 2 万元。

2017 年 5 月 6 日，毕某、翁某共同到中介门店商谈网签事宜。翁某提出，《房屋买卖合同》中约定是贷款审批通过后再办理过户，现在网签合同明确了 7 月 31 日这个具体日期，但是涉案房屋是商住房，办理购房贷款有难度，其贷款通过时间不能确定，网签合同上的过户期限条款应采取与《房屋买卖合同》一致的表述。中介人员则表示，网签合同版本中必须标明具体的最终过户日期，不能以文字表述代替。翁某还表示：“这 20 万我肯定是要贷款的，如果贷不下来的

话，我肯定是买不了这个房子的。”

2017年5月11日，翁某电话询问毕某，过户时间确定为2017年7月31日前，实际过户时间以贷款审批通过为准，毕某是否同意。毕某表示同意以2017年7月31日作为过户期限，并反问，如果贷款审批不通过怎么办。翁某回复称不清楚。

【裁判结果】

一审法院于2018年3月14日作出民事判决：

一、翁某与毕某于2017年4月19日签订的《房屋买卖合同》于2017年10月12日解除；

二、毕某于本判决生效之日起十日内返还翁某定金20,000元；

三、驳回毕某的反诉请求。

一审宣判后，毕某提起上诉，请求二审法院撤销一审判决第二项，改判驳回翁某要求返还2万元定金的诉讼请求。

上海市第一中级人民法院于2018年6月8日作出（2018）沪01民终5536号民事判决：

一、维持一审民事判决第一、三项；

二、撤销一审民事判决第二项；

三、驳回翁某要求毕某归还购房定金人民币20,000元的诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：一、从双方的协商过程及诉讼中的陈述看，翁某对于与网签时间相关的首付款支付时间、贷款申请时间并无特别要求，其与毕某在网签事宜协商中的唯一争议就是过户期限条款的表

述问题。因此，双方未办理网签手续的真正原因在于未能就过户期限条款达成补充协议。

二、涉案《房屋买卖合同》4.4条明确约定，如贷款不足，乙方应于过户期限前，将不足部分补足甲方。贷款是翁某履行第二期付款义务的优先方式，但贷款不成的风险应由其自行承担，其无权以贷款不成为由拒绝履行付款义务，双方对过户期限的补充磋商均应当建立在这一基础原则之上。翁某提出的条件实际上是将贷款完成作为继续其履行付款义务的前提，其违反诚信磋商义务，应对未达成补充协议承担全部过错责任。

三、在合同漏洞无法通过补充协议填补的情况下，合同双方也并不因此享有任意解除权。翁某在本案中主动诉请解约的行为，应认定为以明确的意思表示拒绝履行合同义务，已经构成根本违约，应当按约承担定金罚则责任，无权主张返还2万元定金。

【案例注解】

涉案《房屋买卖合同》仅仅代表“贷款审批通过后过户”，并未记载具体的过户期限，系对履行期限的约定存在不明确之处。

民法理论将合同中的内容区分为必要之点与非必要之点^[1]。所谓必要之点是指“某种契约所不可缺的原素（要素），这些事项必须由当事人自行达成合意^[2]”。

如当事人对必要之点未达成合意，则应当认定合同不成立。《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）并未明确使用“必要

[1] 参见王泽鉴：《债法原理（一）债之发生基本理论》，中国政法大学出版社2001版，第188页。

[2] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年版，第328页。

“之点”与“非必要之点”的表述，但在第六十一条规定，合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。从文义解释的角度，该条也规定非必备条款未约定或约定不明不影响合同成立生效^[3]。实际上肯定了必要之点与非必要之点的区分。理论通说认为，买卖合同的必要之点就是标的物与价金^[4]。本案中，虽然合同的履行期限有不明确之处，但标的房屋及转让价款均已确定。因此，双方关于房屋买卖的合意已经达成。在双方当事人均同意解约，并且毕某明确其上诉请求系没收2万定金的前提下，需要根据合同漏洞填补的基本规则对本案争议进行阐述：

一、协议补充是当事人填补合同漏洞的优先方式与共同权利

合同中关于某事项（非必要之点）依计划应有订立而未订立，民法理论称之为“合同漏洞”^[5]。关于合同漏洞的填补方式，根据《合同法》第六十一条的规定，当事人可以进行协议补充，此外，根据理论通说，还可以依靠法律的任意性规定或法官补充解释进行填补^[6]。意思自治是《合同法》的基本原则，当事人有缔约能力，也当然具有通过补充协议填补合同漏洞的能力。而且，适用任意性规定或者由法官补充解释都是一种替代性填补，并不代表双方当事人的真实意思表示。因此，从三种方式的选择顺位而言，协议补充应当是最优先的方式。事实上，实践中大量的合同漏洞并没有引发纠纷，原因就在于当

[3] 参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版，第109页。

[4] 参见王泽鉴：《债法原理（一）债之发生基本理论》，中国政法大学出版社2001版，第188页。

[5] 王泽鉴：《债法原理（一）债之发生基本理论》，中国政法大学出版社2001版，第217页。

[6] 王泽鉴：《债法原理（一）债之发生基本理论》，中国政法大学出版社2001版，第219页。

事人能够自行协商解决。

本案中，当事人虽然最终没有达成补充协议，但也曾经在签约后尝试协商补充相应的条款。中介人员曾于2017年4月23日为双方打印出一份网签合同，毕某对该合同版本的内容予以认可，而翁某则仅对该合同版本中的过户期限提出异议。从双方之后的协商过程及诉讼中的陈述看，翁某对于与网签时间相关的首付款支付时间、贷款申请时间并无特别要求，其与毕某在网签事宜协商中的唯一争议就是过户期限条款的表述问题。所有权过户是整个房屋交易的核心，过户期限条款对涉案房屋买卖的后续履行具有实质性、决定性影响。根据《房屋买卖合同》记载，付款、交房均以过户时间作为关联节点，一旦固定过户时间，前述行为的最终期限便均能得以确定，合同漏洞便能得到充分填补。因此，双方未办理网签手续的真正原因在于未能就过户期限条款达成补充协议。

二、当事人应当在既定条款约束下诚实信用地进行补充磋商

根据《合同法》第四十二条的规定，当事人在订立合同的过程中，因违背诚实信用原则给对方造成损失的应承担缔约过失责任。合同成立之前，当事人未尽到诚信磋商的先合同义务尚且要承担赔偿责任，根据举轻以明重的法律推理方法，当事人在合同已经成立生效的前提下进行补充磋商，更应当遵循诚实信用的原则，并承担比缔约过失更为严格的注意义务标准。

笔者认为，法官在认定补充磋商中的行为是否符合诚实信用原则时，除了以一般社会观念和交易习惯进行评价，其中还有一个重要的

标准就是审查其主张是否遵循了合同的相关既定条款。因为，协议补充合同漏洞之主要目的不在于修改已经达成的合同条款，而是将未能明确的事项予以确定。当然，如果当事人自愿达成协议，也可以一并对原有条款进行变更，但就一般原则而言，双方当事人应在既定条款约束的基础之上进行补充磋商。因为，在合同成立生效的前提下，当事人已经对既定条款形成了稳定预期。如果一方随意主张突破既定条款，会扩大争议范围，损害信赖关系，导致达成补充合意的难度增加，尤其是当既定条款关系到合同履行的基本原则时，不遵守该条款会导致整个交易基础被破坏。

本案中，涉案《房屋买卖合同》约定：第二期房款 20 万元以贷款方式支付，贷款审批通过后过户。正是由于该条款的补充磋商未能成功，导致双方的交易失败。需要说明的是，在当前的房屋交易市场中，这是一种很常见的表述，购房人一般都需要以贷款方式支付一部分房款，正常情况下，购房人如果贷款顺利通过，就可以马上进行过户手续，无需再等到特定时间。但这一条款不代表购房人在贷款不成的情况下可以放弃购房，从出卖人的角度而言，贷款只是一种付款方式，其虽然同意配合办理贷款，并给予购房人办理贷款的期限，但购房人贷款不成的风险应当自行承担，即使贷款不成，购房人也应当以现金补足房款。涉案《房屋买卖合同》4.4 条就明确约定：如贷款不足，乙方应于本合同约定的过户期限前，将该不足部分补足甲方。从合同条款之间的逻辑关系看，4.4 条确立了买方在贷款不足情况下继续承担付款义务的基础原则，而过户期限条款是针对履行时间的问

题。因此，结合这两个条款的进行意思表示解释，应当认定办理贷款是翁某履行第二期20万元付款义务的优先方式，但贷款不成的风险应由其自行承担，其无权以贷款不成为由拒绝履行付款义务，双方对过户期限的补充磋商均应当建立在这一基础原则之上。所以，合同中还需要进一步明确一个最终过户期限，以填补购房人补足房款的最后期限不明的合同漏洞，这也是双方进行补充磋商的实质意义所在。

从毕某与翁某的补充磋商过程看：

第一，考虑到实践中，各个银行贷款政策的差别以及购房人备齐相关资料所需要的时间，因此毕某应给予翁某必要的贷款准备期限。在2017年4月23日，毕某就表示同意以中介人员提出的2017年7月31日作为过户期限，如双方于当日完成网签，则翁某应在3日内开始申请贷款，预留的贷款准备期限达3月有余。从当前房屋交易的一般惯例看，这一期限已经足以使购房人享有充分的贷款办理时间，并不存在恶意挤压翁某贷款准备期限的情况。当然，翁某也有权根据自身需求提出合理的期限要求，并没有必然接受毕某主张的义务。

第二，翁某在磋商坚持主张，即使需要表述具体过户期限，也应当补充约定“实际过户时间以贷款审批通过为准”。这一表述看似与原合同中的“贷款审批通过后过户”一致，但实际上有本质区别。由于申请贷款的次数与期限缺乏制约，如果合同条款采用这一表述，2017年7月31日就失去了作为过户节点的意义，交易可能陷入无法预期的拖延状态。翁某在2017年5月6日还曾表示“这20万如果贷不下来，肯定是买不了这个房子”。由此可见，翁某并不是要求将过

户期限延长到某个特定时间，而是要求将贷款审批通过作为继续交易的条件。翁某的上述主张显然违反了合同既定的付款原则，在此情况下，毕某对其主张予以拒绝，是为了避免后续交易陷入缺乏制约的拖延，具有正当理由。

结合上述分析，可以认定，在补充磋商中，毕某主张的过户期限给予了翁某必要的准备时间，符合房屋交易的正常惯例；而翁某的主张属于故意保留合同漏洞，违反诚信磋商义务，应对过户期限条款未达成补充协议承担全部过错责任。

三、恶意磋商导致合同漏洞存续的解约方应承担违约责任

本案中，翁某虽然在补充磋商中存在明显过错，但这一行为还不足以单独构成根本违约，二审的判决结果是基于对翁某行为性质的综合衡量。《合同法》第六十二条第四项规定：当事人就有关合同约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。根据上述法律规定，在双方当事人无法通过补充协议填补合同漏洞时，仍然需要遵循相应规则，合理确定履行期限，合同双方并不当然享有任意解除权。本案中，毕某也表示同意解除合同，因此，涉案《房屋买卖合同》的解除已无争议，无需依照《合同法》第六十二条补充解释履行期限，而是需要对合同解除的违约责任进行判定：

第一，导致过户期限条款的补充协议未能达成的过错责任在于翁某，翁某不享有行使解除权的合法依据。

第二,在期限条款不明的情况下,翁某并未违反具体的履行约定。但根据《合同法》第九十四条第(二)项规定,在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务,相对人有权解除合同。在合同履行期限到来之前,一方当事人在无正当理由的情况下,向另一方当事人明确表示不履行主要债务,理论上称之为明示的预期违约^[7]。翁某主张解约的行为系明确表示不再进行补充磋商,亦不同意再购买涉案房屋,属于明示预期违约,并构成根本违约。在此基础上,毕某同意解除合同的意思表示具有《合同法》第九十四条第(二)项规定的法定解除权基础,并有权主张翁某承担违约责任。

根据涉案《房屋买卖合同》的约定,翁某向毕某支付2万元定金用于担保合同的履行,该定金属于履约定金。在合同因翁某的预期违约行为而解除的情况下,毕某主张根据定金罚则没收2万元定金,具有法律依据,应予支持。

^[7] 江平主编:《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年版,第78页

未实际出资仍可享受股东资格

来源：人民司法

作者：黄飞 魏国军

重庆市第四中级人民法院

日期：2020年7月16日

【裁判要旨】

有限责任公司增资纠纷中，公司章程、工商登记材料、验资报告等文件上均载明股东，该股东并参与公司管理、享受股东分红等股东权利，可认定为具有股东资格。实际出资是股东享有权利的基础，未实际出资并不一定不具有股东资格。

【案号】

一审：（2017）渝 0114 民初 1369 号

二审：（2019）渝 04 民终 570 号

【案情】

原告：重庆市蓬江食品有限公司（以下简称蓬江食品公司）。

被告：倪明洋。

倪明山、倪明河、倪明洋系三兄弟。2009年11月前蓬江食品公司的股东为倪明山、倪明河。2009年12月18日、23日，蓬江食品公司分别向重庆市黔江区惠康地牯牛专业合作社、重庆市鸿业信用担保有限责任公司借款100万元，该款经过几次转账后转到倪明洋账户

上。2009年12月24日，倪明洋账户将200万元转入蓬江食品公司账户。2009年12月25日，蓬江食品公司分别归还重庆市黔江区惠康地牯牛专业合作社及重庆市鸿业信用担保有限责任公司各100万元。

2009年12月24日，重庆金翰会计师事务所出具验资报告载明，倪明洋实际缴纳新增出资额200万元，占注册资本的20%；倪明山出资608万元，占注册资本的60.8%；倪明河出资192万元，占注册资本的19.2%。

2009年12月28日，蓬江食品公司召开股东会议作出股东会决议载明：同意新增倪明洋为公司新股东。同日，重庆市蓬江食品有限公司章程第十条载明，公司由3个股东共同出资设立，股东姓名为倪明山、倪明河、倪明洋。事后，办理了工商登记。2014年2月28日蓬江食品公司形成股东会决议，载明参会人员为法定股东倪明山、倪明河、倪明洋。2014年7月20日蓬江食品公司形成股东分红的决议，载明参会股东为倪明山、倪明河，具体红利分配金额倪明洋为16万元。

蓬江食品公司以倪明洋未实际出资为由提起诉讼，请求确认倪明洋不是蓬江食品公司的股东。

【审判】

重庆市黔江区人民法院于2018年12月21日作出(2017)渝0114民初1369号民事判决：确认倪明洋不具备蓬江食品公司的股东身份。

倪明洋不服，提起上诉。

重庆市第四中级人民法院经审理认为，首先，本案多处事实表明倪明洋具备公司股东身份，且实际享有相关权利并履行了部分义务。蓬江食品公司的工商登记材料、公司章程、验资报告等均记载倪明洋

为股东，倪明洋在公司增资过程中自愿提供身份证、在公司章程上署名、向公司转入增资款项等事实充分显示其具有成为股东的真意。公司章程是公司设立的最主要条件和最重要文件之一，是股东就公司重要事务经协商制订的规范性和长期性安排，属于股东之间的合同，倪明山、倪明河、倪明洋三人共同署名，说明倪明山、倪明河亦同意倪明洋通过增资扩股的形式成为蓬江食品公司股东。且在蓬江食品公司2009年增资后直到2014年3月前的数年间，倪明山、倪明河明知倪明洋具备公司股东身份，并未对倪明洋的股东身份和其他相关事实提出异议，倪明洋也参与了公司经营管理，并分得了股份分红。**其次，依据**现有证据不能认定本案存在公司或股东虚假增资情形。公司增加注册资本是指在公司成立后，经公司权力机构如股东会、董事会等决议，依法定程序在原有注册资本的基础上予以扩大，增加公司实有资本总额的法律行为，目的通常是拓展业务、扩大经营规模、提高公司资信度等。而虚假增资是通过提交虚假证明文件等手段骗取验资报告，取得公司登记，但实际并未交付货币、实物或者未转移财产权的行为，将在一定程度上危害社会经济秩序和交易安全，为法律所禁止。本案没有充分证据显示存在虚假增资情形。**第三**，根据最高人民法院《关于适用公司法若干问题的规定（三）》[以下简称《公司法解释（三）》]第13条第1款、第18条第1款的规定，实际出资只是股东享有权利的基础，未实际出资说明其为瑕疵股东，但并不一定不具有股东资格。本案中，即使倪明洋的增资有瑕疵，未实际履行增资义务，蓬江食品公司、倪明山、倪明河可以请求倪明洋履行义务。

若经过公司催缴后倪明洋未缴纳的，公司可以股东会决议解除倪明洋的股东资格，在未解除之前并不代表倪明洋不具有公司股东资格。综上所述，重庆四中院撤销一审判决，驳回蓬江食品公司的诉讼请求。

【评析】

本案争议的焦点是：倪明洋是否具有蓬江食品公司的股东资格？

一、关于股东资格认定问题

股东资格确认纠纷是指股东与股东之间或者股东与公司之间因是否具备股东资格或股权持有数额、比例等问题产生争议而发生的纠纷。本案实质是股东与公司之间就股权是否存在发生的纠纷。

公司股东通常应当具备下列特征：一是在公司章程上被记载为股东，并在章程上签名盖章；二是向公司投入了章程上承诺投入的资本，拥有公司签发的出资证明书；三是在工商管理部门备案的公司文件中被列为股东；四是享有法律规定的股东权利。

二、关于股东资格认定标准

股东资格确认标准有三种观点：一是以是否实际出资作为股东资格确认的标准；二是以股东名册的记载作为确认股东资格的依据；三是以公司登记机关的登记内容作为股权确认的依据。

股东资格确认可从实质要件和形式要件两方面进行考量，是否实际出资为实质要件，股东名册、公司登记等其他证明文件为形式要件。公司的资本是公司成立和存续的基础，出资是取得股权的实质要件，暂且不论出资方式，是否实际出资被视为股东资格确认的实质要件。但2005年公司法为适应社会经济需要，降低了公司设立门槛，采取

较为宽松的法定资本制。法定资本制是指公司章程所确定的注册资本需高于或等于法定最低资本标准，在公司成立前由股东一次性足额认购完毕，股东可以全部一次性缴足，或者按照法律规定的期限及比例完成首次缴付、使公司满足法定条件得以成立的资本制度。法定资本制分为严格的法定资本制和宽松的法定资本制，标准是是否允许资本分期缴纳。^[①]股东在公司设立阶段认缴全部出资额，实缴可以在两年后完成，股东认缴出资即告出资义务的初步履行，未实际出资不代表不具备股东资格，因此，股东名册、公司登记等形式要件成为司法实践中认定股东资格的关键。

对于公司与股东之间发生的股权纠纷，工商登记可以作为辅助要件，但不具有决定性。公司登记机关的登记虽然具有权威性，但登记机关仅作形式审查，即依照公司提交的材料对股东身份予以确认，主要功能是向善意第三人宣示股东资格，侧重于保护第三人，在处理股东与公司之间的纠纷时，不具有优先性。

有鉴于此，处理公司与股东之间的纠纷时，一般应以股东名册作为认定股东资格的重要依据。依照公司法第三十二条规定，股东名册作为公司内部记载股东个人信息的法定簿册，其效力及于公司和股东之间，以股东名册作为认定股东资格的重要依据，更符合公司法的自治原则，体现了法律对公司权力机构的尊重，有利于提升公司运作效率，进而释放市场经济活力。

股东名册至少具有以下三方面的法律效力：一是权利推定效力。

[①] 甘培忠：《企业与公司法学》，北京大学出版社出版，2014年5月版，第243页。

名册上记名股东推定为公司股东。二是对抗效力。权利人以合法原因或方法受让股权，如果未进行名义更换，仍然不是股东，不可以对公司行使股权。^{〔2〕}它是权利推定效力的自然延伸。三是免责效力。名册记载的股东享有一系列实体权利，即便该形式上的股东并非实质上的股东，公司也可免除责任，公司并无义务查证股权的实际持有人。

除此以外，公司章程、股东会决议等证明文件在股东资格认定过程中同样起着重要作用。公司章程是全体股东共同制定，并记载了公司的重要事项，包括公司名称和住所、公司注册资本、股东的出资方式、出资额等，股东在章程中签字并盖章即表示自愿受章程约束，享有股东权利并履行相应义务。当事人行使股东权利和履行相应义务的行为也可起到强化证明作用。总之，关于股东资格的确认，需结合全案事实审慎认定。

三、出资存在瑕疵亦可以认定为股东，具有股东资格

公司法第二十八条规定，股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应向已经按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。是否实际出资不影响违反出资义务的股东取得相应资格。^{〔3〕}股东是负有出资义务的人，但却不一定是已经实际出资的人。股东未履行出资义务，并不改变其已有的股东资格。在公司增资纠纷中，若公司章程、工商登记材料、验资报告等文件上均载明股东，且该股东参与

〔2〕 李哲松：《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大学出版社2000年版，第243页。

〔3〕 鲍容琴：“股权的认定和处理”，转引自奚晓明主编：《中国民商审判》，法律出版社2003年版，第167页～第171页。

了公司管理，已实质享有分红等股东权利，可认定具有股东资格。本案中，原告方主张的未履行意指被告未实际缴纳出资，但倪明洋有向公司转入增资款项，说明倪明洋已实际履行了部分出资义务，原告的主张与事实不符，倪明洋未足额缴纳出资应认定为出资瑕疵。加之蓬江食品公司的工商登记材料、公司章程、验资报告等均记载倪明洋为股东，倪明洋也曾参与了公司经营管理，享受了股东分红权益，故倪明洋具备公司股东资格。

根据《公司法解释（三）》第13条第1款规定，股东未履行或者未全面履行出资义务，公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的，人民法院应予支持。第18条第1款规定，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。前述规定明确了股东未全面履行出资义务时的法律后果，承认了未实际履行出资义务的股东具有股东资格，公司可以依照法定程序解除其资格。

本案实质是家族企业三兄弟之间的股权纠纷，即使倪明洋的增资有瑕疵，蓬江食品公司、倪明山、倪明河可以请求倪明洋履行义务，若经过公司催缴后倪明洋未缴纳的，公司可通过股东会决议解除倪明洋的股东资格，在未解除之前并不代表倪明洋不具有公司股东资格。在公司增资的股东资格确认纠纷中，即使股东出资有一定瑕疵，其股东资格并不必然丧失。

（案例刊登于《人民司法》2020年第17期）

收益权转让及回购合同的性质判断

来源：人民司法

作者：夏敏

安徽省高级人民法院

日期：2020年7月23日

【裁判要旨】

合同性质的认定不能仅依据合同名称，而应根据合同有关权利义务具体内容来确定。所谓收益权转让及回购合同，受让人支付转让款后并非通过行使收益权本身获取收益，而是要求转让方支付回购价款，且回购价款不是根据应收账款本身价值确定，而是根据转让价款加投资溢价组成，投资溢价是转让价款乘以投资溢价率及投资期限计算得来，符合借款合同出借人收取借款本金及固定期限利息的本质特征，应认定为借款合同。

虽然质押的应收账款具体数额尚不确定，但应收账款债务人曾向借款合同债权人承诺尚欠款项的数额，其应根据承诺履行债务清偿义务；应收账款质权具有特殊性，债务人直接清偿应收账款即可获得现金用于优先受偿权，而无须通过拍卖变卖获得现金，故债权人主张以应收账款债务人直接向其偿还债务的方式实现质权的，人民法院应予支持。

【案号】

一审：（2018）皖民初35号

【案情】

原告：广发银行股份有限公司（以下简称广发银行）、中山证券有限责任公司（以下简称中山证券）、广发银行股份有限公司合肥分行（以下简称广发合肥分行）。

被告：中国城市建设控股集团安徽有限公司（以下简称中城建安徽公司）、中国城市建设控股集团有限公司（以下简称中城建公司）、安徽省淮南市城市建设投资有限责任公司（以下简称淮南城投公司）。

2013年，广发银行与中山证券公司签订中山广发3号定向资产管理计划资产管理合同，约定广发银行委托中山证券公司管理受托资产，由广发银行担任托管人。2015年11月25日，中城建安徽公司（转让方及回购方）与中山证券公司（代表中山广发3号定向资产管理计划及其委托人）签订应收账款收益权转让及回购合同，约定转让方拟向受让方中山证券公司转让其合法拥有的应收账款收益权，并承诺按本合同约定进行回购；标的应收账款收益权的转让价款总额为5亿元；转让方有义务按照约定向受让方回购标的应收账款收益权，并向受让方支付应收账款收益权回购价款；转让方应向受让方支付的回购价款等于投资本金与投资溢价之和，投资本金的金额等于应收账款收益权转让价款的金额，转让价款的投资溢价按照每年投资溢价率6%计算；如转让方中城建安徽公司涉及重大法律诉讼，受让方有权要求转让方提前支付回购价款；受让方根据本合同约定要求转让方提前支付回购价款，转让方不能支付的，自受让方通知转让方提前支付回购价款之日起至回购价款全部支付完毕之日，按逾期未付款项的日万

分之五计收违约金。该合同附件一标的应收账款基本情况载明：债务人为淮南城投公司，金额为65642万元，承诺支付日期为2018年11月23日。

2015年11月，中山证券公司与中城建安徽公司签订应收账款质押合同，约定中城建安徽公司以其依据淮南市东西部第二通道项目投资代建合同享有的65642万元应收账款为该公司在应收账款收益权转让及回购合同项下的全部义务设定质押担保。2015年11月，中山证券公司向广发银行合肥分行出具授权书，载明授权该行作为其代理人办理案涉质押登记手续。2015年11月，案涉应收账款质押在中国人民银行征信中心办理质押登记。2015年12月1日，中山证券公司中山广发3号定向资产管理计划向中城建安徽公司银行账户转款5亿元。中城建安徽公司合计还款444717372.5元。

安徽省高级人民法院另查明：淮南城投公司（委托人）、中城建安徽公司（代建人）、淮南市城乡建设委员会（使用人）曾签订委托代建合同书，约定淮南城投公司委托中城建安徽公司代建淮南市东西部第二通道工程。2014年8月26日，淮南城投公司、中城建公司及中城建安徽公司签订关于淮南市二通道工程款对账确认函，载明：淮南城投尚欠淮南东西部第二通道工程款656425536.76元。2015年7月20日，淮南城投公司向中山证券公司、广发银行合肥分行出具一份承诺函，载明该公司已知悉中城建安徽公司在贵公司通过非标准化债务融资工作，与中山证券公司签订应收账款收益权转让及回购合同申请融资5亿元。为顺利实现中城建安徽公司融资，淮南城投公司承

诺：中城建安徽公司在广发银行合肥分行开立的专户为该公司支付应付账款的唯一账户；本次业务项下全部剩余应付账款真实存在，并不存在任何限制转让条件；按照相关约定及时、足额将应付款项支付给中城建安徽公司。2017年4月21日，淮南市城乡建设委员会、淮南城投公司、广发银行合肥分行、中城建安徽公司签订备忘录，载明：

1. 淮南东西部第二通道尚欠工程款 427875747.84 元，中城建公司已认可并同意专项用于归还广发银行合肥分行贷款。
2. 代垫项目设计费为 322.8 万元，淮南城投公司在办理工程欠款时一并转入中城建安徽公司在广发银行合肥分行开立的账户。
3. 关于代建管理费、融资成本及投资回报率问题。因中城建公司不同意淮南市政府确定的融资费率，由中城建安徽公司采取司法途径解决。

2017年5月8日，中城建安徽公司向安徽省高级人民法院提起诉讼，要求淮南城投公司支付融资成本、投资收益、代建管理费、违约金等合计 524948771.18 元。2018年3月7日，中城建安徽公司提出撤诉申请，安徽省高级人民法院作出（2017）皖民初 20 号民事裁定，准许其撤诉。

安徽省高级人民法院再查明：2018年2月12日，根据兴业国际信托有限公司申请，安徽省高级人民法院作出（2018）皖民初 6 号民事裁定，冻结中城建安徽公司等银行存款 13.8 亿元或查封、扣押其他同等价值财产。2018年5月，广发合肥分行、中山证券公司分别向中城建安徽公司发出关于提前支付全部回购价款金额的通知，通知其提前支付回购价款金额 110385000 元。

因中城建安徽公司到期未履行还款义务，广发银行、中山证券公

司、广发银行合肥分行向安徽省高级人民法院提起诉讼，请求：1. 判令中城建安徽公司向广发银行支付11038.5万元及违约金（自2018年6月13日起按照未偿还投资款每日万分之五的标准计算至款清时止）；2. 广发银行就上述第一项诉讼请求的内容，对案涉应收账款债权享有优先受偿权，淮南城投公司向广发银行直接支付应由其支付给中城建安徽公司的应付款11038.5万元；3. 判令中城建公司对中城建安徽公司上述第一项债务承担连带清偿责任。

【审判】

安徽省高级人民法院经审理认为：

（一）关于本案合同性质。案涉应收账款收益权转让及回购合同约定，转让方在支付5亿元后，其权益实现方式并不是通过应收账款收益权本身，而是通过要求中城建安徽公司回购该应收账款，并分期支付回购价款的方式实现。该合同约定的回购价款不是根据应收账款本身价值确定，而是根据投资本金加投资溢价之和确定，且投资溢价是按照投资本金余额乘以投资溢价率及投资期限计算得来。该投资溢价的计算方式与借款利息计算方式并无二致。此外，各方当事人往来多份函件中均表明中城建安徽公司系从广发银行处获取5亿元融资。因此，从案涉应收账款收益权转让及回购合同的内容及当事人在相关证据材料中的意思表示来看，本案应收账款收益权转让及回购合同应认定为借款合同，本案案由应确定为借款合同纠纷。该合同中转让价款及投资本金实为借款本金的约定，投资溢价实为利息的约定，投资溢价率实为借款利率的约定。

（二）应收账款质押权数额的确认。在本案借款发放之前，淮南城投公司即已知晓中城建安徽公司以应收账款融资 5 亿元，且该公司为中城建安徽公司顺利实现融资，向中山证券公司出具承诺函，承诺其拖欠的案涉 65642 万元应收账款是真实的，并与中城建安徽公司再次签订确认函予以确认。因此，案涉质押的 65642 万元应收账款应当认定为真实有效的债权。在淮南城投公司于 2017 年 5 月 2 日依约支付 431103747.84 元后，该笔应收账款余额为 223877752.16 元。中山证券公司及其委托人广发银行对中城建安徽公司在淮南市东西部第二通道项目代建合同项下应收账款余额 223877752.16 元享有优先受偿权。

（三）关于案涉应收账款质权实现方式。应收账款性质上属于债权，其可直接向债务人主张清偿，即可获得金钱用于清偿质押债务，而无须通过拍卖、变卖形式才能获得现金价款。对于债务人清偿而取得的现金价款，质权人可直接主张优先受偿。因此，中山证券公司及其委托人广发银行诉请由淮南城投公司直接向广发银行支付应收账款具有事实和法律依据，应予支持。淮南城投公司向广发银行偿还应收账款后，淮南城投公司与中城建安徽公司之间债权债务以及中城建安徽公司与广发银行之间的债权债务等额消灭。

据此，安徽省高级人民法院作出（2018）皖民初 35 号民事判决：一、中城建安徽公司自本判决生效之日起 10 日内偿还广发银行借款 109818556.18 元及违约金；二、广发银行对中城建安徽公司基于淮南市东西部第二通道项目代建合同产生的应收账款余额 223877752.16 元享有优先受偿权，并有权在本判决第一项确定的债

权范围内主张淮南城投公司向其直接偿还应收账款；三、中城建公司对本判决第一项确定的中城建安徽公司债务承担连带清偿责任；四、中城建公司在承担担保责任后，有权向债务人中城建安徽公司追偿；五、驳回广发银行、中山证券公司、广发银行合肥分行的其他诉讼请求。

一审判决宣判后，各方均未提起上诉，该判决现已发生法律效力。

【评析】

本案是商业银行非标准化融资业务中债务人违约引发的纠纷。非标准化融资业务是相对银行常规贷款业务等标准化融资渠道而言的，是金融创新的产物。近年来，因可以规避常规贷款业务行业监管要求，商业银行非标准化融资业务发展迅速。商业银行非标准化融资业务的开展，一般通过与证券公司、信托公司、基金管理公司等通道将资金投向基础资产。基础资产分为贷款模式、各类收益权转让模式、附回购条款股权性融资模式等。本案即是广发银行通过中山证券公司的通道，成立单一资金计划，附回购条款购买中城建安徽公司对淮南城投公司应收账款收益权。

一、关于本案主合同应收账款收益权转让及回购合同性质的认定

正确认定合同性质、准确界定当事人之间法律关系，是案件审理的首要任务。司法实践中对于与本案类似的以证券公司资产管理计划或者信托公司集合资金信托计划名义签订的收益权转让及回购合同性质的认定，存在三种不同观点。第一种是认为该合同不符合合同法规定的有名合同典型特征，将其归为无名合同，即将案由定为合同纠纷；第二种是在信托公司作为签订主体情况下，将合同认定为营业信

托法律关系，即将案由定为营业信托纠纷；第三种是认为收益权转让及回购仅是以买卖作为资金融通的形式，将其定性为借款合同，即将案由定为借款合同纠纷。本案裁判采纳的是第三种观点。笔者认为案涉收益权转让及回购合同名称中虽有“转让”“回购”等与买卖含义相一致的表述，但该合同不符合买卖合同的一般特征，反而符合借款合同的典型特征。主要理由如下：

第一，从缔约目的来看。买受人订立买卖合同的目的是取得标的物所有权，出卖人的目的是通过让渡标的物所有权获取永久性收益，买受人一般不会要求出卖人无条件回购该标的物。而本案应收账款收益权的受让方中山证券公司在取得收益权后，要求转让方中城建安徽公司在一定期限内必须回购，表明中山证券公司的目的并不是拥有该收益权，而是以支付转让价款的方式向中城建安徽公司提供资金供其在一定期间内使用。与此相对应，转让方中城建安徽公司也不是通过让渡该应收账款收益权获得永久性收益，而是为了获得对转让价款一定期限内的使用权。故该合同约定的应收账款收益权转让目的并不是让渡该收益权本身，而是以该应收账款收益权转让及回购的方式实现向中城建安徽公司提供5亿元融资的目的。

第二，从转让方中山证券公司获取收益方式来看。根据合同约定，应收账款收益权是指“因享有标的应收账款而取得的一项或数项收益的权利，包括但不限于因债务人的还款而取得的现金收益、因标的应收账款的受让而产生的收入以及因标的应收账款产生的其他任何收入”。从上述应收账款收益权转让字面意思上理解，转让完成后中

山证券公司即应取得该应收账款收益权，即取得了债务人淮南城投公司向中山证券公司还款而取得的现金收益、转让该应收账款取得的收入等。但根据该合同有关回购的约定，中山证券公司在支付5亿元后，其权益实现方式并不是通过应收账款收益权本身，而是通过要求中城建安徽公司回购该应收账款，并分期支付回购价款的方式实现。换言之，即便淮南城投公司在收益权转让及回购合同签订后归还了应收账款，中山证券公司也不能基于其享有应收账款收益权而主张该应收账款归该公司所有，其仍然只能根据合同有关回购的约定向中城建安徽公司主张支付回购价款。

第三，从转让价款及回购价款确定方式来看。买卖合同的标的物价格一般根据该转让标的物实际价值由双方协商确定。而本案合同中标的收益权的价值与转让价格并不具有等价性，尤其是标的收益权回购价格不是根据其实际价值确定，而是根据已支付转让价加投资溢价之和确定，且投资溢价是按照投资本金余额乘以投资溢价率及投资期限计算得来。该投资溢价的计算方式与借款利息计算方式并无二致。

第四，从款项用途来看。买卖合同中对出卖人获得转让价款后的款项用途一般不做约定，且买受人对款项使用不予干涉。而金融借款合同中款项用途一般有着明确的约定，且借款人违反约定用途的应承担违约责任。案涉收益权转让及回购合同对应收账款收益权转让价款用途作出约定，该项约定不应成为转让合同的要素，反而符合借款合同对借款用途约定的典型特征。

第五，从双方往来文件的内容来看。2015年11月2日，中山证

券公司向广发银行合肥分行出具的委托函载明了委托该行代为履行案涉非标准融资的资金用途监控、融资存续期间的风险管理、贷后管理等；2017年4月21日签订的案涉备忘录亦载明就“中城建安徽公司归还广发银行贷款”达成一致意见；2017年5月2日，中城建安徽公司向中山证券公司、广发银行合肥分行出具的承诺函及申请同样载明归还中城建公司在“贵司、贵行”融资的内容。

因此，合同性质的认定不能仅凭合同名称确定，而应当根据合同有关当事人权利义务的约定及其他能够反映当事人真实意思表示的文件来确定合同的性质。从案涉应收账款收益权转让及回购合同的内容及当事人在相关证据材料中的意思表示来看，本案名为买卖合同，实为借款合同。该合同中转让价款及投资本金实为借款本金的约定，投资溢价实为利息的约定，投资溢价率实为借款利率的约定，提前偿还全部回购价款实为提前偿还借款的约定。

二、关于本案质押的应收账款数额应当如何确定

应收账款质押是债务人以其享有的对次债务人应收账款债权质押给债权人，作为其履行债务的担保。实践中，应收账款债权人与债务人之间往往就应收账款具体数额及履行期限等方面存在争议，因此金融机构债权人在接受债务人提供应收账款质押时，一般会对应收账款的真实性进行核查，同时要求次债务人对应收账款的真实性、具体数额及期限等作出确认，并承诺按时还款。在次债务人就应收账款基本情况作出书面确认的情形下，债权人基于对其承诺信任及其资信的认可是其发放借款的重要原因。债权人对次债务人承诺或确认的信赖

利益应予以保护，因此，即便在诉讼中，次债务人抗辩其与债务人之间的债权债务尚不明确或举证证明其并不负有债务，人民法院仍然可以根据次债务人承诺的应收账款数额、期限等内容确定质押应收账款的具体数额。本案中，淮南城投公司与中城建安徽公司签订在案涉借款发放前两次签订关于淮南市二通道工程款对账确认函，明确淮南城投公司尚拖欠中城建安徽公司各项费用约 65642 万元。同时，淮南城投公司于 2015 年 7 月 20 日，向中山证券公司、广发银行合肥分行出具一份承诺函，载明该公司知悉中城建安徽公司申请融资 5 亿元，为顺利实现中城建安徽公司融资，其承诺全部剩余应付账款真实存在并不存在任何限制转让条件。因此，在本案借款发放之前，淮南城投公司即已知晓中城建安徽公司以应收账款融资 5 亿元，且该公司为中城建安徽公司顺利实现融资，向中山证券公司承诺其拖欠的案涉 65642 万元应收账款是真实的，并与中城建安徽公司再次签订确认函予以确认。中山证券公司及其委托人广发银行亦是基于该应收账款真实存在及办理应收账款质押登记才向中城建安徽公司出借 5 亿元借款。因此，即便中城建安徽公司与淮南城投公司之间事实上就工程款具体数额尚存在争议，考虑到淮南城投公司曾明确向中山证券公司等出具承诺函明确承诺案涉 65642 万元应收账款是真实存在，中山证券公司主张案涉质押应收账款数额为 65642 万元，应予支持。

三、关于应收账款质权实现方式

质权作为担保物权的一种，其设立目的即为了债权人就债务人特定财产优先受偿。物权法第二百一十九条第二款规定，债务人不履行

到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以同出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。由此，物权法规定的质权实现的一般方式即是拍卖、变卖质押财产以获得现金形式的价款，并将该现金价款优先偿还质权人的债权。而应收账款性质上属于债权，其可直接向债务人主张清偿即可获得金钱用于清偿质押债务，而无须通过拍卖、变卖形式才能获得现金价款。对于债务人清偿而取得的现金价款，质权人可直接主张优先受偿。具体到本案中，中山证券公司及委托人广发银行可直接向质押的应收账款债务人淮南城投公司主张清偿即可实现质权。因此，中山证券公司及其委托人广发银行诉请由淮南城投公司直接向广发银行支付应收账款具有事实和法律依据，应予支持。淮南城投公司向广发银行偿还应收账款后，淮南城投公司与中城建安徽公司之间债权债务以及中城建安徽公司与广发银行之间的债权债务等额消灭。

（案例刊登于《人民司法》2020年第17期）