

法律资讯汇编

（2021 第 5 期）

上海王岩律师事务所
2021 年 5 月

目 录

行业新闻—— 中国银保监会有关部门负责人就 《商业银行负债质量管理办法》答记者问	3
新法速递—— 商业银行负债质量管理办法	6
案例解析—— “民告官” 中的合同纠纷，法官这样审	14
业务研究—— “人走股留” 情形下股东资格丧失时点问题探析	32
—— 股权让与担保下的股东资格认定	42

中国银保监会有关部门负责人就 《商业银行负债质量管理办法》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 3 月 26 日

为促进商业银行提升负债质量管理水平，维护银行体系安全稳健运行，银保监会发布实施《商业银行负债质量管理办法》（以下简称《办法》）。银保监会有关部门负责人就《办法》回答了记者提问。

一、《办法》公开征求意见的情况如何？

《办法》已于 2021 年 1 月 22 日至 2 月 22 日向社会公开征求意见，金融机构、专家学者和社会公众给予了广泛的关注。各方反馈意见主要包括董事会及高管层职责、量化指标的适用范围、负债质量管理体系的建设及年度报告的内容等方面。银保监会对相关意见建议进行了认真研究，并充分吸收采纳了相关建议。

二、制定《办法》的背景和意义是什么？

党的十九大和十九届五中全会明确，我国经济已转向高质量发展阶段，必须坚持质量第一，效益优先。良好的负债质量管理是商业银行稳健经营的基础，是商业银行服务实体经济的支撑。近年来，随着利率市场化的推进和资本市场、互联网金融、影子银行等金融业态的发展，商业银行负债业务复杂程度上升、管理难度加大。为贯彻落实党中央决策部署，针对商业银行负债业务管理的新形势，客观上需要总结归纳和提炼负债业务的管理评价标准，构建全面、系统的负债业

务管理和风险控制体系，持续推动商业银行强化负债业务管理，提高服务实体经济的效率和水平。

三、《办法》的主要内容是什么？

一是明确商业银行负债质量管理内涵和业务范围。二是确立负债质量管理体系。从组织架构、公司治理、内部控制、业务创新管理等方面对商业银行负债业务管理提出了明确要求。三是提出了负债质量管理的“六性”要素，同时要求商业银行合规开展负债业务、加强负债质量持续监测和分析。四是强化负债质量相关监督检查和监管措施。明确商业银行向监管部门报告负债质量管理情况的要求及负债质量监管评价结果运用的范围等。

四、《办法》中的负债质量管理要素主要包含哪几方面？

《办法》从负债来源稳定性、负债结构多样性、负债与资产匹配的合理性、负债获取的主动性、负债成本适当性、负债项目真实性等六方面明确了负债质量管理核心要素。

一是负债来源稳定性旨在要求商业银行提高对负债规模和结构变动的管理，防止负债大幅异常变动引发风险。二是负债结构多样性旨在要求商业银行形成客户结构多样、资金交易对手分散、业务品种丰富的负债组合，防止过度集中引发风险。三是负债与资产匹配的合理性旨在要求商业银行通过多种方式提升负债与资产在期限、币种、利率、汇率等方面的匹配程度，防止过度错配引发风险。四是负债获取的主动性旨在要求商业银行能够根据业务发展和管理需要，通过各种渠道主动获得所需数量、期限和成本的资金。五是负债成本的适当性旨在要求商业银行建立科学的内外部资金定价机制，防止因负债成本不合理导致过度开展高风险、高收益的资产业务。六是负债项目的

真实性旨在要求商业银行的负债交易、负债会计核算、负债统计等符合法律法规和有关监管规定。

五、《办法》中涉及的相关定量指标的具体口径和相关限额是什么？

《办法》列举的相关定量指标为参考指标。这些指标均为现有规章制度已有指标，口径、限额及适用范围与现有规制保持一致。如：净稳定资金比例、核心负债比例、同业融入比例等指标与《商业银行流动性风险管理办法》中相应指标口径保持一致；存款偏离度指标与《关于完善商业银行存款偏离度管理有关事项的通知》口径相同。

六、商业银行负债质量管理体系与各类风险管理体系内容存在重合的部分，是否需要另行建立？

考虑到商业银行负债质量管理体系与其他相关风险管理体系存在一定的交叉重合，为避免银行内部管理体系的重复建设，《办法》明确商业银行负债质量管理体系与流动性风险等相关风险管理体系存在重复的，可不再单独确立。

七、《办法》的适用范围包括哪些？不同类型商业银行是否可以设置差异化的负债管理指标体系？

《办法》适用于中华人民共和国境内设立的商业银行所开展的境内外、本外币各项负债业务。考虑我国商业银行种类众多，规模和负债基础上存在较大差异，《办法》明确商业银行可根据本行业务特征与风险偏好，对应负债质量管理六性要素，在已列举定量指标基础上，差异化设置负债管理指标和内部限额。

商业银行负债质量管理办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2021 年 3 月 26 日

第一章 总则

第一条 为加强商业银行负债质量管理，维护银行体系安全稳健运行，根据《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 本办法适用于中华人民共和国境内设立的商业银行所开展的境内外、本外币各项负债业务。

第三条 本办法所称负债质量管理是指商业银行以确保经营的安全性、流动性和效益性为目的，按照与其经营战略、风险偏好和总体业务特征相适应的原则，就负债来源、结构、成本等方面所开展的管理活动。

第四条 中国银行保险监督管理委员会（以下简称银保监会）及其派出机构依法对商业银行的负债质量实施监督管理。

第二章 负债质量管理体系

第五条 商业银行应当确立与本行负债规模和复杂程度相适应的负债质量管理体系。

第六条 商业银行应当建立健全负债质量管理组织架构，明确董

事会、高级管理层以及相关部门在负债质量管理中的职责和报告路线，建立相应的考核及问责机制。

商业银行董事会和高级管理层应当对负债质量实施有效管理与监控。董事会承担负债质量管理最终责任，高级管理层承担负债质量的具体管理工作。

第七条 商业银行应制定并执行负债质量管理的策略、制度、流程、限额、应急计划，建立健全有关负债质量管理的内部控制制度体系。商业银行应充分了解并定期评估本行负债质量状况，及时掌握负债质量的重大变化和潜在风险。

第八条 商业银行负债质量管理的策略、制度、流程和应急计划，应涵盖本行境内外所有可能对其负债质量产生重大影响的业务部门、分支机构和附属公司的所有负债业务，及相关重要交易对手、合作机构等，并包括正常情况和压力状况下的负债质量管理。

商业银行应每年对相关负债质量管理的策略、制度、流程、限额和应急计划等进行评估，必要时进行修订。

第九条 商业银行应当建立完善的负债质量管理内部控制体系，并作为银行整体内部控制体系的有机组成部分。负债质量管理的内部控制应当有利于促进有效的业务运作，提供可靠的财务和运行报告，督促商业银行严格遵守相关法律法规和内部的制度、程序，确保负债质量管理体系的有效运行。

第十条 商业银行应当建立健全负债业务创新管理机制，在引入新产品、新客户、新流程、新技术手段前，应当充分识别和评估其包

含的各类风险以及对整体负债质量的影响，并制定相应风险管理措施。引入并运行后，应加强日常监测，定期评估相应措施的有效性，并根据需要及时进行调整。

商业银行开展负债业务创新活动，应当坚持依法合规和审慎原则，确保创新活动与本行的负债质量管理水平相适应，不得以金融创新为名，变相逃避监管或损害消费者利益。

第十一条 商业银行实施负债质量管理，应当充分考虑负债质量管理与各类风险管理的相关性，并协调负债质量管理与各类风险管理的制度和程序。

商业银行负债质量管理体系与流动性风险等相关风险管理体系存在重复的内容，可不再单独确立。

第十二条 商业银行应将负债质量纳入绩效考评体系，并设定科学合理的考核指标，突出合规经营和风险管理的重要性。不得设定以存款时点规模、市场份额、排名或同业比较为要求的考评指标。分支机构不得层层加码提高考评标准及相关指标要求，防范过度追求业务扩张和短期利润。

第十三条 商业银行应当将负债质量管理纳入内部审计范畴，定期对负债质量管理的重要组成部分和管理环节进行独立的审查。商业银行引入对负债质量有重大影响的新产品和新业务、负债质量出现重大变动或者负债质量管理存在严重缺陷时，应当采取扩大内部审计范围、增加内部审计频率或启动专项审计等措施。

第十四条 商业银行应当建立规范的负债质量管理报告制度，明

确负债质量管理的内容及报送形式、频率和范围，确保董事会、监事会、高级管理层和其他管理人员及时了解负债质量管理情况。

第十五条 商业银行应当至少按年度披露负债质量管理体系及负债质量状况等方面信息。

第十六条 商业银行应当建立完备、可靠的信息系统，确保信息系统能够监测负债质量有关指标、限额等情况，为负债质量管理的相关计量、监测和控制提供有效支持。商业银行应当根据需要对管理信息系统进行维护和改进，并采取相应措施确保数据的准确、及时和安全。

第三章 负债质量管理要素

第十七条 商业银行应当重点从以下六个方面加强负债质量管理：

- （一）负债来源的稳定性；
- （二）负债结构的多样性；
- （三）负债与资产匹配的合理性；
- （四）负债获取的主动性；
- （五）负债成本的适当性；
- （六）负债项目的真实性。

第十八条 商业银行应当提高负债来源的稳定性，密切关注影响本行负债来源稳定性的内外部因素，加强对负债规模和结构变动的监测和分析，提高对负债规模和结构变动的管理，防止负债大幅异常变动引发风险。

商业银行应当采用适当的指标和内部限额评估负债来源异动引发的相关风险。包括但不限于：净稳定资金比例（适用于资产规模不

小于 2000 亿元人民币的商业银行)、核心负债比例、存款偏离度、同业融入比例等。

第十九条 商业银行应当提高负债结构的多样性,形成客户结构多样、资金交易对手分散、业务品种丰富、应急融资渠道多元的负债组合,防止过度集中引发风险。

商业银行应根据本行情况,建立行业、客户类型、产品种类等不同维度的负债结构指标管理体系,包括但不限于:最大十户存款比例、最大十家同业融入比例等相关参考指标。

第二十条 商业银行应当提高负债与资产匹配的合理性,通过多种方式提升负债与资产在期限、币种、利率、汇率等方面的匹配程度,防止过度错配引发风险。

商业银行应当采用适当的指标和内部限额评估负债与资产的错配风险。包括但不限于:流动性覆盖率(适用于资产规模不小于 2000 亿元人民币的商业银行)、优质流动性资产充足率(适用于资产规模小于 2000 亿元人民币的商业银行)、流动性匹配率、流动性缺口率、重要币种流动性比例、净息差、银行账簿最大经济价值变动比例、累计外汇敞口头寸比例等。

第二十一条 商业银行应当合理提高负债获取的主动性,根据业务发展和管理需要,提高通过各种渠道及时主动获得所需额度、期限和成本资金的能力。

商业银行应当定期开展市场融资能力评估,确保当市场出现不利变动趋势时,具备以合理的价格进行融资和处置资产的应对能力。

第二十二条 商业银行应当提高负债成本的适当性，建立科学的内外部资金定价机制，加强内部资金转移价格管理，确保以合理的成本吸收资金。采用适当的指标和内部限额，参考市场相关价格变化，及时监测和预警负债成本的变化，防止因负债成本不合理导致过度开展高风险、高收益的资产业务，损害经营的持续性。

第二十三条 商业银行应当确保负债项目的真实性，负债交易、负债会计核算、负债统计等应当符合法律法规和有关监管规定。

各项负债业务应当基于真实的债权债务关系，并符合会计准则的相关要求。禁止通过虚构交易、对做交易以及乱用、错用会计科目或业务不入账等方式调增或调减负债。应确保各项负债的统计数据真实、准确、完整，并与同一业务的会计数据映射一致。

第二十四条 商业银行应当严格执行存款利率和计结息管理及规范吸收存款行为等有关规定，不得采取违规返利吸存、通过第三方中介吸存、延迟支付吸存、以贷转存吸存、提前支取靠档计息等违规手段吸收和虚增存款。商业银行通过互联网吸收存款的，应当遵守相关监管规定。

商业银行应严格遵守同业业务相关规定，审慎选择和管理同业业务交易对手，合理配置同业业务的资金来源与运用。

第二十五条 商业银行应当对负债质量进行持续监测和分析，根据本行业务特征与风险偏好差异化设置负债管理指标和内部限额，及时报告和处理指标异常及超限额的情况。

商业银行应当监测可能引发负债业务风险的特定情景或事件，合理预判未来负债业务的变化趋势。

第四章 负债质量管理监督

第二十六条 商业银行应当按照本办法要求,对负债质量管理情况进行年度评估,每年 3 月底前向银保监会或其派出机构报送上一年度的负债质量管理评估报告。重点内容包括但不限于:

- (一) 负债质量管理的治理体系是否健全;
- (二) 负债质量管理策略、政策及应急计划是否与本行经营战略、风险偏好和总体业务特征相适应;
- (三) 负债质量管理要素是否符合本办法要求;
- (四) 负债质量的识别、计量、监测及控制体系是否完善,对指标异常和超限额的情况报告和处理是否及时得当;
- (五) 负债质量管理相关指标和限额是否符合现行规章制度要求,与过往年度相比是否存在不合理情况。

第二十七条 商业银行应当及时向银保监会或其派出机构报告下列可能对本行负债质量产生不利影响的重大事项和拟采取的应对措施:

- (一) 发生挤兑事件;
- (二) 信用评级大幅下调;
- (三) 重要融资渠道即将受限或失效;
- (四) 大规模出售资产以偿还负债;
- (五) 负债项目被其他监管部门发现重大违规;
- (六) 负债总量或结构异常变化;
- (七) 负债成本异常上升;
- (八) 母公司或集团内其他机构的经营状况、流动性状况和信用

评级等发生重大不利变化；

（九）市场流动性状况对本行负债业务产生重大不利影响；

（十）其他对负债质量可能产生重大影响的事项。

上述事项涉及重大突发事件的，应按照银保监会及其派出机构相关规定，另行报告。

第二十八条 银保监会及其派出机构应当结合日常监管和商业银行负债质量管理报告，对商业银行负债质量管理的健全性和有效性进行评估，并作为制定商业银行监管规划，确定非现场监管重点和现场检查内容、范围，开展年度监管评级的重要考虑因素。

第二十九条 银保监会及其派出机构可根据商业银行的经营管理情况、风险水平和负债业务开展情况等，对商业银行负债业务质量的管理要素、监测与分析工具、信息披露、报告制度等方面提出差异化审慎监管要求。

第三十条 对负债质量管理监管评估发现有重大缺陷和问题的商业银行，银保监会及其派出机构可以要求其制定整改方案，限期整改。情节严重逾期未整改的，可依据相关法律法规采取进一步监管措施或实施行政处罚。

第五章 附则

第三十一条 农村合作银行、村镇银行、农村信用社和外国银行分行参照本办法执行。

银保监会对负债质量管理另有规定的，从其规定。

第三十二条 本办法由银保监会负责解释。

第三十三条 本办法自发布之日起施行。

“民告官”中的合同纠纷，法官这样审

来源：上海一中法院公众号

日期：2021 年 4 月 12 日

为全面提升法官的司法能力和案件的裁判品质，进一步促进类案价值取向和适法统一，实现司法公正，上海一中院探索类案裁判方法总结工作机制，通过对各类案件中普遍性、趋势性的问题进行总结，将法官的优秀审判经验和裁判方法进行提炼，形成类案裁判的标准和方法。

本期刊发《行政协议类案件的审理思路和裁判要点》，推荐阅读时间 25 分钟。

行政协议

是行政机关为实现行政管理或者公共服务的目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。行政协议在本质上属于行政行为，但在形式上又采用“合意”方式作出，具有公法和私法双重属性。行政协议的这种“二元性”在实践中易导致法律适用混乱，本文从行政协议的基本性质出发，结合典型案例，对行政协议类案件中的审理思路和裁判要点进行梳理、提炼和总结。

目录

01 典型案例

02 行政协议类案件的审理难点

03 行政协议类案件的审理思路和裁判要点

04 其他需要说明的问题

一、典型案例

案例一：涉及行政协议诉讼时效的认定

李甲与 A 区土地储备中心于 2005 年签订征用集体所有土地房屋拆迁安置补偿协议。2019 年，李甲的父亲李乙认为其系拆迁户的户主，A 区土地储备中心在未与其协商一致的情况下，与李甲签订协议拆除涉案房屋，侵害其权益，遂向法院提起诉讼，请求确认协议无效。一审法院认为安置补偿协议具有行政协议属性，应适用行政诉讼关于起诉期限的规定，以李乙的起诉已经明显超出最长 2 年的起诉期限为由，裁定驳回起诉。李乙不服提起上诉。

案例二：涉及行政协议内容的合法性审查

王某与 B 区房管局（签约甲方）、B 区三征所（房屋征收实施单位）签订国有土地上房屋征收补偿协议，约定补偿金额、补偿面积以及王某户不享受居住困难户保障。协议签订后，王某户向 B 区三征所交付涉案房屋并领取征收补偿款。后王某以 B 区房管局未认定其为居住困难户且其受到胁迫为由诉至法院，请求确认该协议条款无效并要求按照居住困难户标准进行补偿。一审法院认为王某已经签署相关协议不能反悔，判决驳回其诉讼请求。王某不服提出上诉。

案例三：涉及行政协议履行行为的审查

林甲与 C 区房管局签订国有土地上房屋征收补偿协议约定：采用

产权房屋调换方式安置林甲，林甲户不符合居住困难户标准，林甲作为承租人有义务对同住人进行安置，房管局应当在林甲腾空房屋后 60 日向林甲交付安置房和补偿款。协议签订后，林甲的侄女林乙向房管局提出林甲户应当认定为居住困难户。房管局以林甲户家庭内部不能协商一致为由，拒绝向林甲交付安置房和补偿款。一审法院判决房管局向林甲户履行协议，林甲以房管局履行协议对象错误为由提出上诉。

案例四：涉及行政协议条文的理解

2015 年，D 区住房局与被征收人签订协议。协议中关于交房期限的空白处未填写日期，但在房源使用单中记载交房日期为“该项目取得施工许可证后 36 个月”。该征收基地其他安置房源的交房日期约定为 3 年。征收部门工作人员前期通过展板、触摸屏机器等公示了载有交房日期为该项目取得施工许可证后 36 个月的安置房源清单等相关征收信息。被征收人在协议订立三年后，起诉要求征收人承担未按时交房的违约责任。

02 行政协议类案件的审理难点

行政协议不同于一般行政行为，是行政机关与行政相对人之间达成合意后共同履行的双方法律行为，而非行政机关单方法律行为。行政协议与单方行政行为相比，最本质的区别在于行政相对人的意思表示对行政协议的成立和生效具有决定性作用。需要注意的是，行政机关订立、履行、解除行政协议的行为仍然应当遵循行政法的基本原则。同时，行政协议类案件的审查还必须考虑协议行政性部分的审查以及

行政法规范和民法规范的衔接问题。如何处理好依法行政和意思自治的关系，做到既保障公共利益又维护个人利益，是行政协议类案件审查的重点和难点。

（一）起诉期限和诉讼时效区分难

审理行政协议类案件首要解决的问题是，当事人对行政协议提起诉讼应适用行政诉讼中的起诉期限制度还是民事诉讼中的诉讼时效制度。起诉期限属于程序审理的范畴，针对的是诉讼中的诉权，由法院主动审查。起诉期限届满后，法院对行政争议不再进行实体审理。诉讼时效属于实体审理的范畴，需由当事人自行提出抗辩，法院不主动审查。诉讼时效届满后，债权人丧失胜诉权。行政协议作为行政行为与民事合同融合的产物，具体应适用起诉期限还是诉讼时效，需要依据诉讼请求进行判断。针对行政优益权提起的撤销之诉应适用行政诉讼起诉期限的规定，而针对行政机关不依法履行、未按照约定履行行政协议提起诉讼的，应适用民事诉讼时效的规定。

（二）举证责任分配难

一般行政诉讼中，行政机关对其作出行政行为的合法性负有举证责任。然而因行政协议本身具有契约性、双务性的特征，行政协议类案件中引入民事诉讼“谁主张谁举证”的举证规则。行政相对人对其要求撤销、解除行政协议的事由，以及是否履行协议约定义务承担举证责任。行政机关则需参照行政行为对其职权、职责，以及履行、变更、撤销协议等行为的合法性和程序等承担举证责任。实践中，由于协议签订履行情况复杂，双方权利义务交织，如何理清案件事实、正

确适用举证规则是行政协议类案件的审理难点之一。

（三）意思自治与依法行政平衡难

行政协议允许行政机关与行政相对人通过意思自治达成协议，但行政机关的意思表示不能违反法律、行政法规和规章的规定。与民事合同审理不同的是，即使行政机关与行政相对人对于协议约定的内容不存在争议，法院在审理行政协议案件时仍需对行政行为的合法性进行审查，以保障依法行政的基本要求。因此如何平衡好意思自治与依法行政的关系，也是行政协议类案件的审理难点之一。

（四）法律规范适用难

行政协议需要同时符合行政与民事两方面法律规范的要求，但两者可能存在边界模糊、重叠的情况。例如行政协议无效既适用行政法律规范中关于行政行为无效的规定，也适用民事法律规范中关于合同无效的规定。在行政和民事法律关系交织的情况下，如何根据案件事实准确适用行政、民事法律规范存在一定难度。

（五）行政协议条款认定难

行政协议文本多为格式条款，实践中往往某些关键内容表述不清楚、不规范、不严谨，甚至留有空白。协议关键性内容的缺失给行政审判带来一定困难，需要法院花费较大精力分析认定协议约定所指向的内容。在法院依法作出认定后，一方当事人往往对此认定不予认可，进而对判决结果不服，难以实现实质性解决行政争议的效果。

03 行政协议类案件的审理思路和裁判要点

行政协议类案件的审理，应以《行政诉讼法》及相关司法解释、

《民法典》相关条款为主要法律依据，在保证国家利益、社会公共利益的前提下，运用依法行政、诚实信用、正当程序等原则保护协议双方合法权益，平衡好依法行政与意思自治之间的关系，督促行政机关严格依法行政，合法高效开展行政活动，达到良好的社会治理效果。

（一）行政协议的认定标准

根据《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第 1 条，行政协议应包含四方面要素：

一是主体要素。缔结行政协议的一方应当是行政机关，或者法律、法规、规章授权的组织以及其他依法接受行政机关委托行使公共管理职能的组织。另一方是作为行政相对人的公民、法人或其他组织。行政机关之间的公务协助协议及行政机关与其工作人员订立的劳动人事协议不属于行政协议。

二是目的要素。行政协议的订立目的具有公益性，即为实现行政管理或者公共服务目标而订立行政协议。行政机关为自身需要与合同相对方订立的建设、维修、采购等协议不属于行政协议。

三是协商要素。行政协议是双方法律主体经过协商达成的合意，应体现平等、自愿、协商等特征。需要指出的是，在行政协议中，协议双方法律地位并不完全平等，行政机关需受行政法律法规的规制。

四是内容要素。行政协议需具有行政法上的权利义务内容，可以从行政机关是否行使行政职权、协议是否为实现行政管理目标或公共利益、是否存在法定或约定的优益权进行判断。

如案例一中，案涉协议一方当事人是土地储备中心，虽然其性质

是事业单位，但事业单位也可以民事主体的身份与他人订立协议，必须结合相关法律法规及双方法律地位确定协议性质。该案发生于 2005 年，李甲与土地储备中心依据《城市房屋拆迁管理条例》订立拆迁协议，土地储备中心为拆迁人，李甲为被拆迁人。在城市房屋拆迁制度框架下，拆迁人与被拆迁人属于平等民事主体，如果双方对订立协议或协议履行发生争议，需通过行政裁决或者民事诉讼予以解决。因此本案中土地储备中心属于民事主体，不符合《关于审理行政协议案件若干问题的规定》中确立的主体标准，该协议并非行政协议，而是民事合同，不应当适用行政诉讼起诉期限的规定，而应当适用民事法律规范进行审理。故二审法院撤销一审裁定，指定一审法院继续审理。

（二）行政协议的分类审查

行政协议类案件的审理首先需要明确案涉协议属于行政协议还是民事合同。行政协议类案件不同于传统行政案件，其诉讼请求多样，举证规则、法律适用等亦有不同。根据《关于审理行政协议案件若干问题的规定》，可以将行政协议案件分为行政协议缔约之诉、效力之诉、履行之诉及相关行为之诉四种诉讼类型。

1、行政协议缔约之诉

行政协议缔约之诉是指《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第 9 条第 4 项规定的，原告“请求判决行政机关依法或者按照约定订立行政协议”的诉讼。这类案件的审查重点是原告主体资格。

原告资格限于中标人、公平竞争权人和行政允诺相对人

行政协议缔约之诉原告资格的获得方式分为两类：**第一类**是依法

获得原告资格的情形，如中标人、公平竞争权人。根据《招标投标法》第 46 条规定，招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标投标文件订立书面合同。如果作为招标人的行政机关未按照上述规定与中标人签订协议，中标人可以提起缔约之诉。此外，参与招标、拍卖、挂牌等竞争性活动的公民、法人或者其他组织认为行政机关的行为侵犯其公平竞争权的，也有权提起行政诉讼。**第二类**是依据行政允诺获得原告资格的情形。当行政机关已经通过协议等方式承诺与特定相对人订立行政协议时，如行政机关不履行该义务，行政相对人则有权就此提起行政诉讼。

起诉期限参照请求履行法定职责的规定

关于行政协议缔约之诉的起诉期限，《行政诉讼法》及相关司法解释均无明确规定。若其他单行法律法规有规定的，应当从其规定；若无其他规定的，可以参照要求行政机关履行法定职责的规定来审查原告的诉讼是否超出法定起诉期限：行政相对人或利害关系人应当首先在合理期限内向行政机关提出要求缔约的请求，如果行政机关予以拒绝或者超过两个月未予以答复，行政相对人或利害关系人可以自行政机关拒绝之日或两个月期限届满之日起六个月内提起行政诉讼。

结合实体法进行司法审查

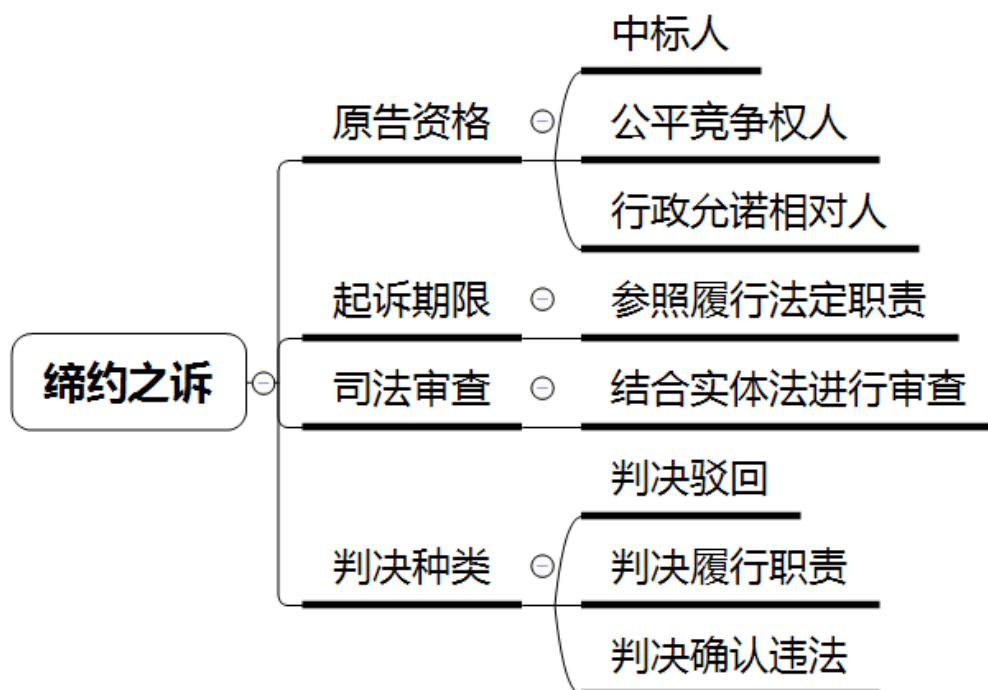
行政协议缔约之诉应根据原告的诉讼请求分别进行审查。如果原告依据特别法的规定，如《招标投标法》《政府采购法》《土地管理法》《城市房地产管理法》《政府采购法实施条例》等作为公平竞争权人提起诉讼，应当着重审查行政机关是否依照法定程序进行招标、

拍卖或者政府采购；如果原告作为中标人要求行政机关与其订立书面协议，应当着重审查行政机关不订立协议的行为是否合法；如果原告依据行政允诺或者行政协议获得相应的请求权，主要应当审查行政机关是否违反承诺或者协议的约定。

判决结果

行政协议缔约之诉案件的判决结果分为三种：一是判决驳回行政相对人的诉讼请求。二是判决行政机关在一定期限内履行职责。三是确认违法，主要是针对公平竞争权人认为行政机关不与其订立协议的行为违法，经审理后认为其诉请和理由成立的，应认定行政机关行为违法。

需要说明的是，此类案件的原告必须是行政行为相对人，故判决双方缔约不涉及判决行政相对人履行签约义务。行政机关被判决履行法定职责而拒绝履行的，法院可以采取罚款、通知被诉行政机关的上级机关、拘留等措施督促行政机关履职。



2、行政协议效力之诉

行政协议效力之诉包括行政协议无效之诉和行政协议撤销之诉，某些特殊情况下也存在确认行政协议有效之诉。行政协议效力之诉的审理一般可参照民事合同效力之诉进行。需要注意的是，与民事合同效力之诉相比，行政协议效力之诉的审查重点还包括：

原告资格仅限于行政协议相对人和利害关系人

依据《关于审理行政协议案件若干问题的规定》，行政机关不具有提起行政诉讼的资格，因此也就无权起诉要求确认协议无效、撤销协议或者解除协议。然而，行政机关在行政协议法律关系中依据法律规定和合同约定享有一定的行政优益权。在行政协议履行过程中行政机关有权进行指挥和监督，有权单方变更和解除协议，有权对违反合同义务的相对人进行制裁。因此，一般情况下，行政机关无需通过司法程序就能单方面解除行政协议，但行政机关的这种单方解除和变更

权并非无限制的，也应当接受司法审查。

认定行政协议无效需同时符合行政法规范和民事法规范

法院认定行政协议无效，首先应根据《行政诉讼法》第 75 条、《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第 12 条认定行政行为是否存在重大且明显违法的情形，从而对行政协议的效力作出认定。其次，法院可以适用民事法律规范确认行政协议的效力。根据《民法典》第 144、146、153、154 条等规定，审查行政协议是否存在行政相对人无民事行为能力，以虚假的意思表示实施行为，协议内容违反法律、行政法规的强制性规定，违背公序良俗，恶意串通、损害他人合法权益等无效的情形。如存在法律规定协议无效的情形，法院应判决确认协议无效；如不存在法律规定的协议无效的情形，应判决驳回起诉。此外，限制民事行为能力人签订的行政协议需根据《民法典》第 145 条规定确认其效力。

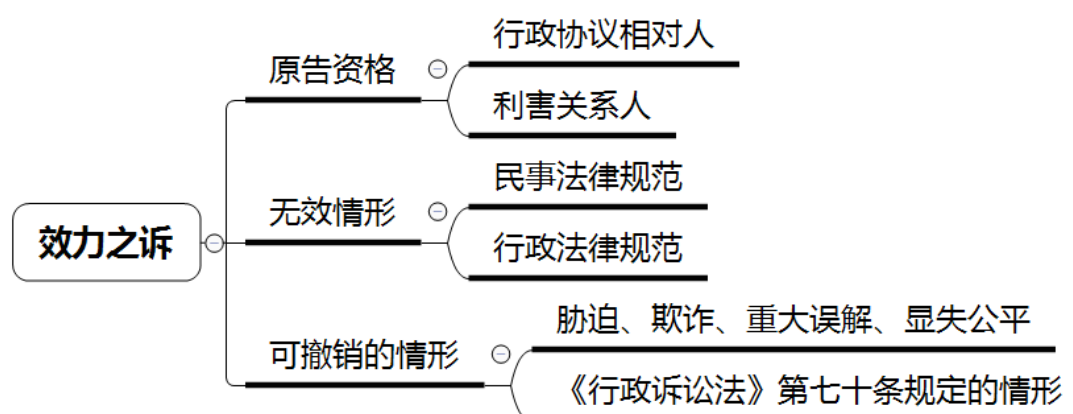
如案例二中，首先应当审查行政协议是否存在明显违法的情形，相对人的意思表示不能免除司法审查。因此，本案应当对订立征收补偿协议的主体是否具有行政主体资格或者是否有职权和法律依据等进行实体审查，还应当审查行政协议是否存在民法上的无效情形。经审查，行政协议既不存在行政法上的无效情形，也不存在民法上的无效情形，二审法院遂判决驳回王某的上诉请求。

认定可撤销行政协议需符合几种法定情形

行政协议的撤销有两种理解：一是基于《行政诉讼法》第 70 条规定，行政协议存在主要证据不足、适用法律法规错误、违反法定程

序、超越职权、滥用职权、明显不当等情形时，法院应判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为。二是根据《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第 14 条，原告认为行政协议存在胁迫、欺诈、重大误解、显失公平等情形而请求撤销，法院经审理认为符合法定可撤销情形的，可以依法判决撤销该协议。

实践中，原告对行政协议提起诉讼时，往往混用确认行政协议无效和撤销行政协议的诉请。法院应通过法律释明，引导当事人明确其诉讼请求和事实理由，适用正确的法律规定，从实质上保障当事人的合法权益。



3、行政协议履行之诉

行政协议履行之诉是行政协议诉讼中行政法规范和民法规范交织范围最广的一类诉讼。与民事合同的履行之诉和传统的行政诉讼相比，行政协议履行之诉的审理需要注意以下要点：

行政协议的利害关系人亦享有原告资格

行政协议的订立和履行不仅涉及到协议当事人的权利义务，也涉及到利害关系人的权利义务，因此行政协议的利害关系人也具备原告

资格。如为保障公房承租人、被征收、征用人等弱势群体的实体权益，赋予用益物权人和公房承租人原告资格。

依合法性、合约性顺序依次进行审查

行政诉讼一般是对行政行为的合法性进行全面审查，因此行政协议履行之诉的前提是对行政协议的效力和合法性进行审查。即使行政相对人对协议效力并无异议，法院也应当对行政协议的合法性主动进行全面审查。经审查认定协议合法性后，进一步审查协议内容及履行情况。

如案例三中，在确认行政协议合法性的前提下，重点审查行政机关向林某个人履行协议是否符合协议约定。本案中行政协议的相对方是林某个人，协议中约定的义务主体也是林某个人，且林某的诉讼请求也是请求向其本人履行协议。行政机关所主张《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》第 44 条规定，是为强调公有房屋承租人对同住人的安置义务，并非对协议履行对象作出规定。一审法院判决向林某户履行协议系判非所请，最终二审撤销原判，改判向林某履行协议。

如案例四中，在审查确认协议效力及合法性后，明确案件主要争议焦点是对协议内容的确定。虽然在协议上对于交房期限的约定为空白，但征收实施单位通过公示公告等方式已告知行政相对人交房日期为“该项目取得施工许可证后 36 个月”，被征收人对此知晓并认可，应视为对系争协议的补充约定。现因施工许可证尚未核发，并不具备交房期限的起算条件，故判决驳回原告诉请。

诉讼时效适用民事法律规范的规定

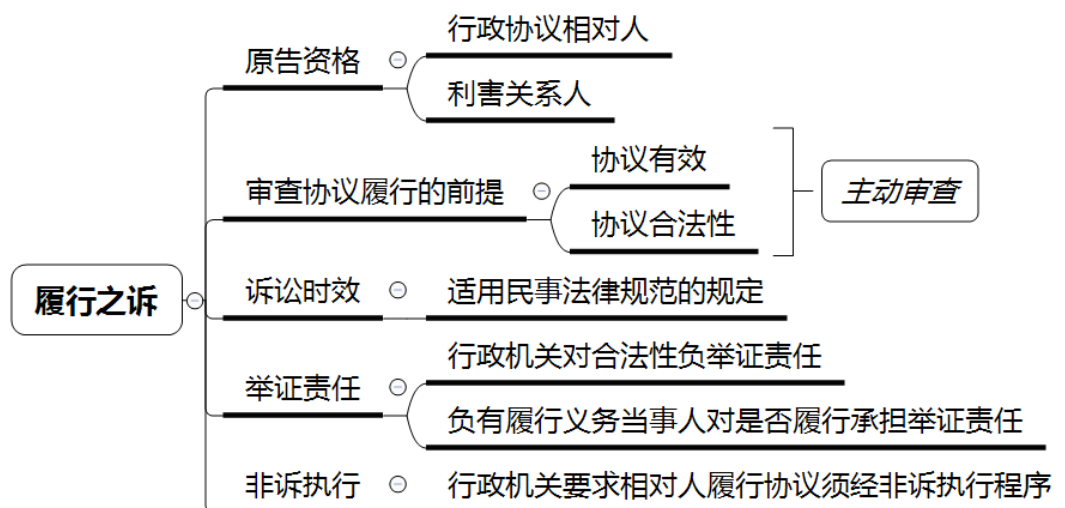
依据《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第 25 条，行政相对人请求行政机关履行合同义务的请求权基础是债权请求权，故行政协议履行之诉案件不适用行政案件关于起诉期限的规定，而适用民事案件诉讼时效的规定。

负有履行义务的当事人对协议是否履行承担举证责任

《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第 10 条第 3 款规定，对行政协议是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。因此在行政协议中，原被告均有可能就自身负有的履行义务承担相应的举证责任。

行政机关要求行政协议相对人履行协议须通过非诉执行程序

基于我国行政诉讼的架构及定位，行政机关不具有行政诉讼的原告主体资格，所以行政机关不能通过履行之诉要求相对人履行协议。对于行政机关要求相对人履行协议义务的，《关于审理行政协议案件若干问题的规定》设置专门的非诉程序，行政机关可以作出书面决定要求行政协议相对人履行协议。如果行政协议相对人收到决定后申请行政复议或者提起行政诉讼，该书面决定视为单方行政行为，法院按照行政行为合法性审查的要件，即职权、程序、事实及法律适用进行审查。如果行政协议相对方收到书面决定后在法定期限内未申请行政复议或者提起行政诉讼，且仍不履行，协议内容具有可执行性的，行政机关可以向法院申请强制执行。



4、行政协议相关行政行为之诉

在行政协议的订立和履行过程中，行政机关也可能基于行政优益权作出单方行政行为，包括对协议履行的监督、对协议相对人的处罚等。所谓行政优益权，是指为实现行政管理或行政服务目的、维护国家利益及社会公共利益，赋予行政机关基于其职务所获得的超出协议本身约定的特别权力。目前在行政审判活动中最为常见且争议最大的行政优益权是行政机关单方变更和解除权。双方当事人的主要争议往往在于单方变更和解除权的行使是否合法、正当。

《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第 16 条奠定了单方变更和解除权的法律框架，即在履行行政协议过程中可能出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形，行政机关可以作出变更、解除协议的行政行为。行政协议相对人对行政机关的上述行政行为不服，可以提起行政诉讼，这类诉讼就是行政协议相关行政行为之诉。此类案件的审理需注意以下要点：

公共利益的需要是单方变更解除权行使的前提

行政机关行使行政优益权需要符合特定前提，即继续履行行政协议可能出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形。行政协议本质上是一种公法合同，其根本目的在于实现国家利益及社会公共利益的最优配置。因此，行政机关基于行政优益权行使单方变更和解除权的前提，是协议的继续履行将会损害国家利益、社会公共利益。这种损害具体表现为对国家安全、公共安全、社会秩序、社会财富等重大损害，或者协议履行明显违反法律法规或重大方针政策。

我国立法并未对公共利益作出明确界定，可以参考《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 8 条规定，即为保障国家安全、促进国民经济和社会发展的公共利益的需要，具体又包括：国防和外交的需要；由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要；由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要；由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要；由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要；法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。

单方变更、解除权的行使应遵循正当程序原则

行政机关因国家利益、社会公共利益需要，需解除、变更行政协议的，应当及时告知行政协议相对人相关情况并说明理由，并与其协商修改方案或补救措施。确实无法继续履行协议或双方对协议修改方案及补救措施未能达成一致的，可以解除协议。如果造成行政协议相对人权益受到损害的，应当给予合理补偿。

判决结果

法院对行政机关单方行使解除和变更权进行审查后,应根据不同情况进行判决。

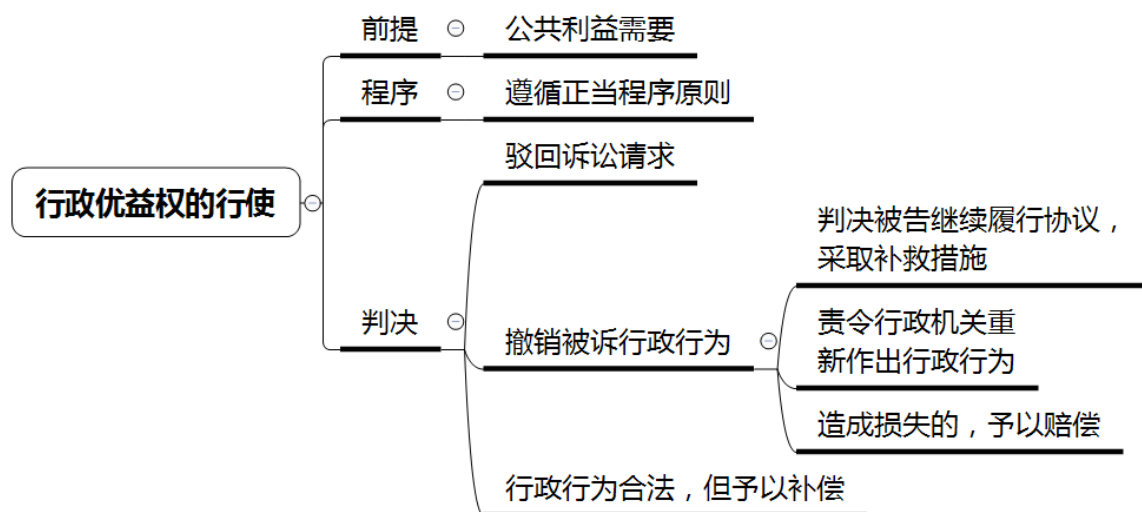
第一,对行政机关行为的合法性作出判决。对于行政机关的单方变更和解除行为的审查,首先要判断行政行为是否存在《行政诉讼法》第 75 条规定的行政行为无效情形。其次,审查行政行为是否存在《行政诉讼法》第 70 条规定撤销和重作判决的情形,以及行政协议继续履行是否存在严重损害国家利益、社会公共利益的情形。

第二,对协议的效力作出判决。行政机关的单方变更和解除行为如果不存在无效和可撤销的情形,法院应当判决驳回原告的诉讼请求,行政协议自行政行为作出之日起,其效力发生相应变更。如果行政机关的单方变更和解除行为被认定为无效或者因违法被撤销,法院可以依据行政诉讼法第 78 条规定判决被告继续履行协议、采取补救措施。需要注意的是,如果行政机关的行为虽因违法被撤销,但行政协议继续履行将严重损害国家利益、社会公共利益的,法院应当在作出撤销判决的同时,责令行政机关重新作出行政行为。

第三,对是否应当进行赔偿或者补偿作出判决。如果行政机关基于国家利益和社会公共利益的需要单方变更、解除行政协议行为合法,但给行政协议相对方造成损失的,仍应判决行政机关予以补偿;如果行政机关单方变更、解除协议行为不合法,给行政协议相对方造成损失的,应判决行政机关予以赔偿。

对于补偿和赔偿的金额,当事人之间对此有约定的,应当遵照当

事人之间的约定计算补偿和赔偿金额。没有约定的，可以适用民事法律规范，同时参照国家赔偿法的相关规定进行计算。



04 其他需要说明的问题

行政协议类案件中行政民事法律关系相互交织，当事人对诉讼类型的选择也可能产生程序问题。例如当事人先通过民事诉讼对国有土地上房屋征收补偿协议的标的物进行分割，当民事生效判决已对标的物作出分割但未对行政协议本身效力作出评判时，当事人又提起行政诉讼要求确认协议无效。此时行政案件是否应当受理、受理后如何避免与生效民事判决产生冲突等，都是我们需要进一步探讨的问题。

“人走股留”情形下股东资格丧失时点问题探析

来源：法务部

日期：2021 年 4 月 17 日

“人走股留”并非专业法律术语，而是在司法实践中逐渐形成的一种通俗说法。“人走股留”条款一般是指当股东从所持有股权的公司离职时，应将其所持有的公司股权退还或转让与特定的主体。目前，司法实践对“人走股留”的条款效力普遍是予以认可的，但对离职股东的股东资格丧失时点的认定却有所不同。一旦职工股东离职，其股东资格的丧失时点十分重要，这意味着离职股东在这之后将不再享有任何股东权利，且配合办理变更登记义务产生。

通过梳理司法实践中的案例，我们发现对于不同类型的股权，人民法院在认定股东资格的丧失时点时，观点也有所不同。本文将离职股东的股东资格丧失分为三种不同的情形进行探讨，以期能够对复杂多样的实践情况加以区分应对处理。

一、股份合作制企业的员工股权

股份合作制企业

在根据《关于发展城市股份合作制企业的指导意见》和《上海市股份合作制企业暂行办法》等法律法规的相关规定，股份合作制企业实行劳动合作和资本合作相结合，企业股东的资格与企业职工的身份直接关联，职工身份是股东身份的前提基础。因此，当职工因退休等

情形从企业离职时，其不再具有企业劳动者的身份，相应的企业股东资格也应随之丧失。

典型案例：姜伟雄与上海山友通信公司股东资格确认纠纷一审民事判决书

案号：（2018）沪 0101 民初 9166 号

上海市黄浦区人民法院认为：原告系股份合作制企业，而股份合作制企业的股东既是企业职工，又是企业的出资者，这是由股份合作制企业的性质所决定的。因此，不具备企业职工身份，不能成为企业的股东，企业的股东也不能脱离生效劳动关系而成为单纯的自有资本的收益者。国家关于股份合作制企业的指导意见规定：职工离开企业时其股份不能带走，必须在企业内部转让，其他职工有优先受让权。同时，上海市政府的相关规章也显示，股份合作制企业设立后，股东所持股份不得退股。但遇职工股东调出、辞职、除名、退休、死亡等情况，可由企业按企业章程规定或者股东大会决议处理。可见，**股份合作制企业的股东与其职工的身份直接相关，一旦丧失职工身份，股东身份已无存在的基础**。因此，本案中，被告于 2014 年 11 月与原告解除劳动关系，其股东身份应自其辞职后消灭。

二、因股权激励取得的员工股权

股权激励

员工股权激励是指公司依据股权激励计划，将一部分股权直接或间接地转让给公司员工，目的是激励公司员工，与公司共同分享发展的成果，实现公司、员工双赢。公司通常是根据岗位的需要设定激励

股权对象，而非针对公司员工个人，即激励对象和其所在的岗位绑定。激励股权通常存在锁定期，锁定期内一旦公司员工离岗或离职，其所得到的股权也将被收回。通过上述内容可以看出，对于股权激励计划中取得股权的员工，其取得股权具有较强的人身依附性，因此，当其与公司不具有劳动合同关系时，其持有公司股权的基础也已经不存在，故其股权同样应当按照章程的特别规定或员工股权激励计划特别约定由公司收回，这也是公司人合性和封闭性的体现，收回完成后应当认定其不再具有股东资格。实践中认定股东资格丧失的标志通常是公司支付对价并且完成回购，至于公司将股权收回后如何再行激励给新的对象则是有限责任公司内部治理问题。

需要特别说明的是，与股份合作制企业不同，员工因股权激励而获取的股权并不能与其职工身份划等号。具有公司职工身份并不等于其必然享有公司股权，同理，在丧失公司职工身份时，其因股权激励而持有的公司股权未必必然丧失。在股权激励背景下，公司有效实现“人走股留”通常有赖于股权激励计划或者公司章程的明确约定。如若实践中出现对此未明确约定的情形，“人走股留”问题将会产生较大争议。单纯从法理角度而言，我们认为基于股权激励计划的目的，当事人之间可以解读出“人走股留”的意思表示，离职员工的股权应予以收回。如果公司在授予员工股权时未作明确约定，在其离职时的股权收回也只能循此思路进行尝试。

典型案例 1：张爱媛与曹先仲、张文平等股东资格确认纠纷二审民事判决书

案号：（2017）京 01 民终 9370 号

北京市第一中级人民法院认为：鉴于双方均确认授予激励对象的股权仍应保留在公司现有股东名下，且张爱媛已经从尚学公司离职，按《股权激励计划草案》规定，离职股东的股权原则上应由公司回购或转让给其他股东。故张爱媛要求确认其系尚学公司股东缺乏依据，该院不予支持。**《股权激励计划草案》规定，离职股东的股权原则上应由公司回购或转让给其他股东，张爱媛亦认可其不存在例外情况，**现张爱媛已经从尚学公司离职，在此情况下，一审法院未确认张爱媛系尚学公司股东，驳回张爱媛的诉讼请求，并无不当，本院予以维持。

典型案例 2：何根来、安徽安纳达钛业股份有限公司股权转让纠纷二审民事判决书**案号：（2015）铜中民二终字第 00186 号**

安徽省铜陵市中级人民法院认为：当事人应当按照约定全面履行自己的义务。2006 年 7 月 31 日，上诉人何根来与被上诉人安纳达公司签订《限制性股票激励协议书》，约定上诉人自取得限制性股票之日起三年内，因辞职而终止与安纳达公司劳动关系时，安纳达公司有权无偿收回上诉人持有的奖励限制性股票及以成本价回购其持有的购买限制性股票。据此，上诉人何根来向被上诉人安纳达公司提出辞职后，双方又于 2009 年 6 月 25 日签订《协议书》一份，约定由安纳达公司回购何根来持有的限制性股票 50000 股，且自协议签订之日起至何根来持有的限制性股票转让完毕期间，由安纳达公司代为管理该股票并享有或依约回购或限售期满卖出股票的选择权。上述协议签订

后，安纳达公司即向何根来支付了相应的回购款，履行了合同义务，何根来却不同意按照安纳达公司的要求将其名下的股票售出并交付售股款，显已构成违约。上述协议系双方当事人的真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，应认定为有效，安纳达公司要求何根来按约售出股票并交付售股款的诉讼请求应予支持。上诉人何根来辩称《限制性股票激励协议书》和2009年6月25日《协议书》中的限制性股票回购条款违反了法律强制性规定，应认定为无效的意见，本院不予采信。首先，《中华人民共和国证券法》第三十八条关于限制性股票限售期内不得买卖和《中华人民共和国公司法》第一百四十二条关于股份有限公司不得收购本公司股份的规定，均属管理性规范，违反上述规定的合同，并非当然无效；其次，安纳达公司虽然在不符合公司法回购条件的情形下与何根来签订具有回购性质的协议，但安纳达公司在协议签订后，没有改变该限制性股票的持股现状，且最终选择要求何根来售出股票并交付售股款，故安纳达公司公司法意义上的回购行为尚未实际发生，不构成对证券市场交易秩序的破坏；再次，何根来持有的该部分股票系安纳达公司员工持股激励机制的产物，具有一定的人身依附性，在何根来丧失员工身份的情形下，依约由安纳达公司回购股份或取得售股款，符合社会公平正义原则，故也不宜认定上述协议无效。

三、其他类型的员工股权

其他类型

我们所说的“其他类型”，就是指除股份合作制企业和员工股权

激励之外的，员工股权的持有与其职工身份并不直接关联的情形。由于员工股权的持有与其职工身份并无关联，如欲实现“人走股留”则将全依赖于有效约定；在此情形之下对股东资格丧失时点的判断也依约定处理。

（一）离职股东与公司之间就股东资格丧失时点达成特别约定

实践中，若离职股东与公司之间就股东资格丧失的时点问题达成协议，且该约定合法有效，则应当按照约定的时点确认股东资格丧失时点。实践当中，当事人通常约定“自股东与公司解除劳动关系之日起，其股东资格相应丧失”。

典型案例 1：计建明诉上海市闵行区建筑工程有限公司股东资格确认纠纷一案二审民事判决书

案号：（2018）沪 01 民终 11563 号

上海市第一中级人民法院认为：公司章程载明对于股东出现“退休”（包括辞职、辞退、除名等）状况时，可以选择：1、股东之间转让；2、董事会收购和收回。该种情况应在规定的时间内办理退股手续，逾期办理者即告失去股东资格。依据该条文内容，能够认定闵行建工公司的股东取得股权具有人身依附性。章程中虽然没有细化办理退股手续的时间，但应有合理期间。在计建明退休半年后取得（计建明认为系被动取得）了所谓的“退股金”。因此，计建明即使原来是股东，亦依据公司章程的规定丧失了股东资格。至于计建明提出的“即使收回股份，前提应当是以公司上一会计年度账目报表的账面资产为参考依据，确定转让股份价格”这一观点，与股东资格的认定无

涉。计建明若认为股权价格不公允，对其投资权益的保护，可以另觅途径解决。因其已在 2013 年 1 月从闵行建工公司退休，故其股份同样应当按照章程的特别规定由公司收回，至此不再具有股东资格。

典型案例 2：景依春与常州大华进出口（集团）有限公司股东资格确认纠纷一审民事判决书

案号：（2018）苏 0404 民初 4549 号

江苏省常州市钟楼区人民法院认为：景依春自 2017 年 7 月 1 日起已不具有大华公司股东资格。理由如下：景依春于 2007 年 12 月通过受让大华公司工会转让的出资额成为大华公司持股会会员，并于 2014 年 5 月登记成为大华公司股东，故大华公司章程对原、被告双方均具有法律约束力。大华公司章程第十五条载明：股东（自然人）如因死亡、经批准调离公司、合同期满、退休、内退等情况离开公司工作岗位，其股份必须进行转让，转让价格按上年末公司资产负债表利润分配后的净资产额确定，其股份由工会认购。同时，该章程第十一条还载明：股东之间可以相互转让其全部或者部分出资；第十二条载明：股东向股东以外的人转让其出资时，必须经全体股东（一人一票）过半数同意，不同意转让的股东应当购买转让的出资，如果在三十天内不购买该转让的出资，视为同意转让；经股东同意转让的出资，在同等条件下，其他股东对该出资额有优先购买权。本院认为，公司章程中的上述条款并不冲突，第十一条、第十二条应为一般条款，而第十五条应为特别条款，也即当股东出现离职、退休、死亡等特殊情形时，股东应根据公司章程规定将其持有的公司股份转让给公司工

会。现景依春已于 2017 年 6 月 30 日因劳动合同期满离职，根据公司章程第十五条的规定，其自 2017 年 7 月 1 日起即应及时将持有的大华公司股份转让给大华公司工会，并配合大华公司及时办理股权变更登记手续。

（二）离职股东与公司之间未就股东资格的丧失时点达成特别约定

对于实践中，股东与公司未能就离职股东资格的丧失时点达成特别约定，并且在公司章程中未能对此问题有明确规定的情形，通过梳理相关司法案例，我们发现，离职股东并不当然丧失股东资格。人民法院认定离职股东资格的丧失通常具有以下三个要点：确认股东解除劳动关系的书面文件+关于离职股东股权转让的有效股东会决议+公司发函正式通知离职股东办理股权转让及工商变更的手续（函件中明确股权受让人以及转让的具体手续等内容）。在满足以上三个条件之后，离职股东的股东资格方才丧失。

此外，实践中有些离职股东无正当理由拒不配合公司办理股权变更登记或拒不签署股权转让合同，对于此类股东，人民法院通常认定合同已成立并发生效力，自公司履行合适的通知义务次日起，即视为离职股东已将其名下公司股份转让，不再享有该部分股权对应的所有权利，相应的股东资格就此丧失。

典型案例 1：郭沛健与启东市建都房地产开发有限公司股东资格确认纠纷二审民事判决书

案号：（2019）苏 06 民终 2245 号

江苏省南通市中级人民法院认为：郭沛健自建都公司 2018 年 1 月 18 日起诉之日起丧失建都公司的股东资格，建都公司有权主张按原价回购郭沛健名下建都公司 1%的股权。首先，本案系原股东与公司之间的纠纷，属于公司内部的矛盾，而非公司股东与外部人员的纠纷，故不应根据工商登记来判断郭沛健退休后是否还具有公司股东身份，而应根据公司章程的规定进行认定。其次，公司章程第七条第二款规定退休等离职人员要“及时”办理股权转让手续，其前提是建都公司要通知郭沛健办理股权转让手续。虽然二审中建都公司提交的“函告”可以证明其 2016 年 7 月 15 日发函通知郭沛健于 2016 年 7 月 31 日前到公司办理股权转让手续，但此前的股东会及该份函告中均未明确股权转让给谁、如何办理手续，因此不能据此认定建都公司已履行了合适的通知义务。直至 2018 年 1 月 8 日，建都公司 26 名股东出具声明，明确由陈建飞受让郭沛健的股权，陈建飞也于 1 月 17 日向郭沛健发出了通知，要求立即办理股权转让手续，但建都公司于 2018 年 1 月 18 日才向法院起诉要求郭沛健将股权变更登记至陈建飞名下，因此本院认定建都公司于 2018 年 1 月 18 日才履行了通知义务，至此郭沛健不再具有建都公司股东资格。

典型案例 2：徐莉君、深圳市航天物业管理有限公司公司盈余分配纠纷二审民事判决书

案号：(2019)粤 03 民终 18320 号

广东省深圳市中级人民法院认为：航天物业 2014 年 10 月对公司章程进行了修正，该修正过后的公司章程经全体股东一致同意，未违反法

律法规禁止性规定，合法有效，对全体股东具有约束力。公司章程规定：“有下列情形之一的，自然人股东应当将所持有的全部股权转让给工会委员会……股东辞职、调离、退休以及因其他原因与公司解除劳动合同关系的……”。根据上述规定，徐莉君与航天物业解除劳动合同关系后，工会委员会即有权要求与徐莉君按照公司章程规定的条件签订股权转让合同。**工会委员会至 2016 年 12 月 16 日向徐莉君提出请求，要求与徐莉君签订《股权转让协议》按照公司章程规定的价格转让其名下的股份，徐莉君无正当理由拒绝签订合同，视为合同已成立并发生效力。即自 2016 年 12 月 17 日起，即视为徐莉君已将其名下公司股份转让给工会委员会，徐莉君不再享有该部分股权对应的所有权利，包括分取红利的权利。**

结语

从以上三类员工股权的分析情况来看，“人走股留”问题的判断仍是遵循“法定+约定”的基本原则：当员工股权的持有与其职工身份直接关联时，离职将导致其丧失股权；当员工股权的持有与其职工身份并不直接关联时，“人走股留”的实现则有赖于相关约定。相应的，“人走股留”情形下对股东资格丧失时点的判断遵循同样的标准。因此，在实践操作中，无论对公司还是员工而言，对“人走股留”以及相应股东资格丧失时点的明确约定至关重要，这有助于定分止争。

股权让与担保下的股东资格认定

来源：人民司法

作者：郭帅

单位：北京市第一中级人民法院

日期：2021 年 4 月 8 日

【裁判要旨】

债务人通过将股权转让至债权人名下为债务提供担保的，成立股权让与担保法律关系。由于股权权能的分离，在债权人与公司关系上，债权人仅享有财产性权利，不享有身份性权利；在债务人与公司关系上，债务人仅享有身份性权利，不享有财产性权利；在双方与公司外第三方关系上，需要根据第三方的具体请求指向，在债权人和债务人之间进行权利义务分配。

【案号】

一审：（2018）京 0107 民初 29633 号

二审：（2019）京 01 民终 2736 号

【案情】

原告：胡雅奇。

被告：北京博源工贸有限责任公司（以下简称博源公司）。

第三人：西藏信托有限公司（以下简称西藏信托公司）。

胡雅奇诉讼请求：1. 确认西藏信托公司不是博源公司股东；2. 确认胡雅奇具有博源公司的股东资格，持有博源公司 80% 的公司股权。

事实和理由：西藏信托公司与胡雅奇虽签署了股权转让合同，但没有实际进行股权转让的真实意思表示。双方真实目的为以股权过户方式实现担保、偿还债务后再过户回转，属股权让与担保性质。西藏信托公司就所受让的股权未支付任何对价，故胡雅奇具有博源公司股东身份。

西藏信托公司辩称，其受让股权系基于双方真实意思表示，其目的在于防止债务人任意处分公司资产，以配合其债权的实现，不存在代持或让与担保情形，也不是买卖关系，请求法院驳回胡雅奇的诉请。

法院认定的事实：博源公司系依法设立的有限责任公司，于 1998 年 1 月 7 日设立。股东为胡雅奇、曹岚，法定代表人为胡雅奇。胡雅奇出资 880 万，出资比例为 80%，曹岚出资 220 万，出资比例为 20%。

胡雅奇系金威中嘉公司实际控制人。颐海出租车公司、恒通出租车公司、东华门出租车公司均为金威中嘉公司所投资的企业。

2013 年 12 月，甲方（金威中嘉公司）与乙方（西藏信托有限公司）以及丙方（颐海出租车公司、鑫颐海出租车公司、恒通出租车公司、东华门出租车公司、胡雅奇、曹岚）三方签订股东借款合同约定：甲方向乙方借款 9950 万元，丙方同意作为共同借款人履行甲方在本合同项下的义务。后，西藏信托公司与博源公司签订抵押合同，约定将博源公司所有的位于石景山区八大处路 39 号的房屋和土地使用权

（以下简称八大处不动产）作为抵押物，为股东借款合同项下金威中嘉公司的债务（包括但不限于本金、利息、罚息、复利、违约金、赔偿金、实现债务的费用等）提供抵押担保，并约定主合同条款发生变更，博源公司对变更后的主合同项下债务承担担保责任。同时约定不论是否存在其他担保，西藏信托公司有权直接要求博源公司承担担保责任。上述房屋、土地均办理了抵押登记，取得房屋他项权证和土地他项权利证明书。

2015 年 5 月 5 日，博源公司作出股东会决议，内容为：1. 同意胡雅奇将其在博源公司 80%的股权（880 万元货币出资）转让给西藏信托公司，同时退出股东会，不再享有和承担相应的权利和义务……3. 同意免去胡雅奇执行董事及法定代表人职务。4. 同意解聘胡雅奇经理职务。全体股东在股东会决议上签字。同日，胡雅奇作为转让方与受让人西藏信托公司签署股权转让协议，约定胡雅奇将其在博源公司 80%股权（880 万元货币出资）转让给西藏信托公司，西藏信托公司同意接收胡雅奇转让的博源公司（880 万元货币出资）。转让双方自签字之日起，股权交割清楚，转让前引起的债权债务由转让人承担，转让后再发生的债权债务由受让人承担。股权转让协议对于股权转让的价格没有约定。2015 年 6 月 17 日，博源公司办理工商变更登记手续，西藏信托公司被登记为博源公司股东。

诉讼中，经法庭询问，办理股权变更登记后，博源公司固定资产及人员仍由胡雅奇进行日常管理。诉讼中，胡雅奇、曹岚和西藏信托公司均称，博源公司与西藏信托公司存在 3 笔债权债务关系，借款本

金约 3 亿元。

【审判】

北京市石景山区人民法院经审理认为，从客观价值立场判断，本案胡雅奇与西藏信托公司的缔约目的在于：胡雅奇通过转让股权并办理变更登记，使西藏信托公司取得名义股东地位，在债务不能清偿时，西藏信托公司可依其股东身份取得资产处置的主动权。因此胡雅奇及西藏信托公司之间的股权转让行为系双方通谋虚伪意思表示，实为以涉案股权为标的的让与担保性质。让与担保作为非典型担保形式并不违反法律及行政法规禁止性规定，应属有效。而股权让与担保的法律构造为：债务人将股权转让至债权人名下，债务清偿后，股权应返还于债务人；债务人履行不能时，债权人可就股权变价并经过债务清算后受偿。因此本案西藏信托公司依据股权转让协议在工商登记中公示为股东，但相关记载应为名义股东性质，并非实际股东。有限公司股权权能中包含财产权及社员权，而股权让与担保本身仅涉及其中的财产权部分，但不应影响实际股东社员权利的行使。胡雅奇并不因此完全丧失股东身份，故本案胡雅奇仍为博源公司的实际股东并行使相应的股东权利，而西藏信托公司作为名义股东，其权利的行使应受到实际股东权利的合理限制。关于西藏信托公司在工商登记仍记载为股东的情况，系双方为实现债权担保及特定商业目的的自主安排，名义股东与实际股东并存之情形并不违反公共利益及法律、行政强制性规范，也符合常见的商业惯例，故应尊重当事人的商业判断和权利处分。综上所述，石景山区法院判决：一、确认胡雅奇系持有博源公司 80%

股权的实际股东;二、驳回胡雅奇的其他诉讼请求。

宣判后,西藏信托公司不服,提起上诉。

北京市第一中级人民法院经审理认为,西藏信托公司与胡雅奇均否认双方之间的协议是股权买卖或股权质押关系,故本案应当着重分析涉案协议是否属于股权转让与担保。在让与担保关系中,通常存在主从两份合同,股权转让与担保作为从合同,是为了担保主合同项下的债务而订立的,这也是判断一个协议是股权转让还是股权转让与担保的重要标准。本案中,当事人均认可博源公司与西藏信托公司之间存在 3 笔债权债务关系,涉及本金约 3 亿元,故上述 3 份借款合同应为主合同,胡雅奇与西藏信托公司之间的股权转让协议即应当属于为了担保上述主合同的履行而签订的从合同。否则,博源公司名下房产及土地价值几亿元,而胡雅奇与西藏信托公司之间的股权转让协议未约定任何对价,这显然与理性的商事主体的交易行为相悖,无法让人信服。同时,让与担保亦包括便于债权人实现债权的功能,这与西藏信托公司关于涉案股权转让协议是为了防范胡雅奇和博源公司处置八大处不动产,保障西藏信托公司抵押权的实现,方便西藏信托公司处置八大处不动产的主张完全相符。综上,一审法院认定本案系股权转让与担保关系正确,予以维持。根据民法总则第一百四十六条第二款“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理”的规定,虚假的意思表示即股权转让协议因其并非当事人的真实意思表示而无效。而隐藏的行为即担保本身并不存在违反法律、行政法规的强制性规定的情形,依法应当认定有效。本案中,西藏信托公司为

名义股东性质，胡雅奇系实际股东，一审已充分认定，不再赘述。综上所述，北京一中院判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

本案系因在股东对外借款背景下，进行股权零对价转让又约定回购引发的性质判断问题。争议焦点围绕是否为股权让与担保而展开，又涉及股权权能是否可以分离的问题。

一、股权让与担保之认定

让与担保，是指债务人或者第三人为担保债务人的债务，将担保标的物的所有权等权利转移于担保权人，而使担保权人在不超过担保之目的范围内，于债务清偿后，担保标的物返还于债务人或第三人，债务不履行时，担保权人得就该标的物优先受偿的一种担保形式。鉴于物权法并未规定让与担保制度及物权法定原则之限制，一般将让与担保视为一种非典型担保制度。由于让与担保能够扩大融资担保范围，节约交易成本，并有效阻却交易第三人出现的可能性，其在实践中屡见不鲜。股权让与担保系让与担保的代表类型之一，顾名思义，是以股权作为担保标的物的非典型担保制度。

近年来，司法实践对股权让与担保日益秉持开放态度，对股权让与担保的效力在不存在合同法第五十二条无效情况下，一般均充分尊重各方当事人的意思自治，认可股权让与担保在双方间产生效力。《全国法院第九次民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民会纪要》）第 71 条规定，“债务人或者第三人与债权人订立合同，约定将财产形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务，债权人将该财产返

还给债务人或第三人，债务人到期没有清偿债务，债权人可以对财产拍卖、变卖、折价偿还债权的，人民法院应当认定合同有效。”第 89 条规定，“当事人在相关合同中同时约定采用信托公司受让目标公司股权、向目标公司增资方式并以相应股权担保债权实现的，应当认定在当事人之间成立让与担保法律关系。”

二、股权让与担保之效果与股权权能分离

在股权让与担保法律关系有效成立时，依据让与担保理论，债务清偿后，股权应当返还转让方；在债务无法清偿时，债权人得就该股权受偿。至于债权人就该股权是否具有优先受偿权，此前理论上和实务中有不同的观点。目前较为一致的观点为具有优先受偿权，理由在于股权让与担保这种形式，已经通过变更登记方式进行了类似的公示，享有优先受偿权并无不可，司法实践中既有判例也曾通过股权质押担保的方式予以确认。^{〔①〕}对此，《九民会纪要》第 71 亦予以明确，债权人请求参照法律关于担保物权的规定对财产拍卖、变卖、折价优先偿还其债权的，人民法院依法予以支持。债务人因到期没有清偿债务，请求对该财产拍卖、变卖、折价偿还所欠债权人合同项下债务的，人民法院亦应依法予以支持。

需要进一步思考的是，在股权让与担保已经形成，股权也已经工商变更登记的情况下，受让人作为公司登记之股东，与公司之间的关系如何处理？转让方虽将股权变更到他人名下，但未放弃对公司经营管理之意图，其与公司之间的关系又该如何处理？目标公司的其他债

〔①〕 参见（2012）辽民二终字第 156 号民事判决书。

权人要求目标公司股东承担义务时，其指向是转让方还是受让方？对于上述疑问，《九民会纪要（征求意见稿）》第 94 条给出了两种方案：“方案一：信托文件的当事人或者目标公司的其他债权人据此主张信托公司享有目标公司股东权利、承担目标公司股东义务的，人民法院不予支持。方案二：目标公司的其他债权人以其信赖工商登记记载的内容为由主张信托公司享有股东权利并应承担目标公司股东义务的，人民法院应予支持。”分析上述方案可知，方案一坚持了股权转让与的担保属性，认为基于让与担保安排的受让方仅为名义股东，并不取得股东资格。方案二则坚持了商事外观主义原则，在对外部第三人而言，优先保护其信赖利益，维护商事登记的稳定。对于这种两难选择，笔者认为，需要借助于对股权权能的进一步解析。

传统公司理论将股权分为财产权和社员权、自益权和共益权。一般认为，自益权均为财产性权利，如分红权、新股有限认购权、剩余财产分配权等，共益权主要指社员权，即参与公司经营事务的权利，如表决权、召开临时股东会议请求权、股东知情权等。从本质上讲，财产性权利为目的权利，公司事务参与权为手段权利，因此有学者认为，股权实际上是目的权利和手段权利的有机结合，是个体性权利和团体性权利的辩证统一。^{〔2〕}从财产性权利和身份性权利相分离的角度看，可以将股权让与担保理解为转让方仅将股权中的财产性权利予以转让，而将身份性权利予以保留。在这种意义上讲，由于股权权能的分离，在债权人与公司关系上，债权人仅享有财产性权利，不享有身

〔2〕 江平、孔祥俊：“论股权”，载《中国法学》1994 年 1 期。

份性权利；在担保人与公司关系上，担保人仅享有身份性权利，不享有财产性权利；在公司与外部债权人关系上，亦根据债权人的具体请求指向，在债权人和担保人之间进行权利义务分配。如在公司其他债权人请求公司股东就抽逃出资承担补偿赔偿责任的情况下，应当以转让方为责任承担主体。在受让方再次转让股权情况下，其他债权人亦可给予善意取得股权。^{〔3〕}《九民会纪要》最终删除了此前的两种方案，在现在的 89 条中规定，“当事人在相关合同中同时约定采用信托公司受让目标公司股权、向目标公司增资方式并以相应股权担保债权实现的，应当认定在当事人之间成立让与担保法律关系。当事人之间的具体权利义务，根据本纪要第 71 条的规定加以确定”。

三、本案焦点解析

回到本案，对于本案是否属于股权让与担保，双方产生争议。从双方的交易模式设定来探究当事人的真实意思表示，股权仅为借款事宜的担保，否则，未约定任何对价的股权转让变更行为在市场交易中根本无法得到合理解释。对于股权让与交易模式的安排，相关学者也对司法实践中的操作进行了梳理，主要归纳为三个阶段：首先，债务人（让与人）与债权人（受让人）签订股权转让合同，约定让与人将股权作为债权的担保，债权人无需支付对价，或为配合工商登记虚构对价。其次，办理股权变更登记手续，受让人成为登记股东。最后，在债务人清偿债务后，受让人无偿回购股权，或是在股权转让合同中约定回购条款。^{〔4〕}本案的

〔3〕 贺小荣：《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理》，人民法院出版社 2018 年 12 月版，第 26 页。

〔4〕 高圣平、曹明哲：“股权让与担保效力的解释论——基于裁判的分析与展开”，载《人民司法》2018 年第 28 期。

情形，亦符合上述模式。

在认可股权让与担保效力的情况下，原告具有股东权能中的身份性权利，西藏信托公司具有股东权能中的财产性权利，原告可以起诉确认自己的身份性权利，即实际股东的权利，但无法否定西藏信托公司的财产性权利，即名义股东的权利。此种处理结果，充分考虑了双方为实现债权担保及特定商业目的的自主安排，回应了当前融资市场的关切，实现了法律效果与社会效果的统一。

（案例刊登于《人民司法》2021 年第 8 期）