

法律资讯汇编

(2021 第 8 期)

上海王岩律师事务所
2021 年 8 月

目 录

行业新闻—— 中国银保监会有关部门负责人就 《银行保险机构消费者权益保护监管评价办法》答记者问	3
新法速递—— 银行保险机构消费者权益保护监管评价办法	6
案例解析—— 行政驳回起诉案件的审理思路和裁判要点	16
业务研究—— 公司可否为股东之间的股权转让提供担保	35
—— 动产让与担保可以指示交付方式设立	42

中国银保监会有关部门负责人就 《银行保险机构消费者权益保护监管评价办法》答记者问

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2021 年 7 月 16 日

为进一步提升银行保险机构消费者权益保护工作质效，切实维护银行业保险业消费者合法权益，银保监会近日印发了《银行保险机构消费者权益保护监管评价办法》（以下简称《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》体现了什么样的指导思想？

做好消费者权益保护工作，是践行习近平总书记“以人民为中心”发展思想的具体体现。近年来，银保监会高度重视金融消费者权益保护工作，建章立制推进消保体制机制建设，通过现场检查、投诉督查、行政处罚集中整治侵害消费者权益乱象，通过教育宣传、风险提示和案例通报提升消费者金融素养，借鉴新时代“枫桥经验”推动健全金融纠纷多元化解机制。我会不断夯实行业消保工作基础，加大消保工作力度，2020 年，督促银行保险机构清退、赔付消费者 177 亿元。

当前，金融交易数字化、金融产品结构化、市场主体多元化对消费者权益保护工作提出更大挑战。消费者反映集中的有校园贷、信用卡、理财、保险等业务，也有虚假宣传、误导销售、捆绑搭售、霸王条款等问题。同时，还有持牌机构与互联网平台合作中侵害消费者权益各种乱象，比如暴力催收、息费定价过高、向未成年放贷、泄露客户信息等。上述业内新问题要求建立监管评价体系，督促银行保险机

构将消保工作内嵌到经营管理中。

为进一步完善行为监管工具箱，督促机构落实主体责任，我会制定《办法》，整合银行业保险业消保监管要求，构建一套标准统一、兼顾特色、动态调整的银行保险机构消费者权益保护年度监管评价体系。消费者权益保护监管评价（以下简称消保监管评价）可增强银行保险机构消保工作针对性，督促机构对照监管要求检视自身消保工作薄弱环节，发挥监管“指挥棒”作用，实现监管要求与消费者保护全覆盖。消保监管评价不仅是消保监管的有力抓手，在实践中金融机构将消保监管评价也视为对其消保工作的全面体检，成为提高消保工作质效的总抓手。

二、消保年度监管评价的主要内容是什么？

消保监管评价将定性和定量有机结合，遵循依法依规、客观公正、科学规范、突出重点的原则。评价要素包括“体制建设”、“机制与运行”、“操作与服务”、“教育宣传”、“纠纷化解”5项基本要素和“监督检查”1项调减要素。5项基本要素总权重为100%。“**体制建设**”主要评价机构消费者权益保护工作相关公司治理和组织架构建设情况。“**机制与运行**”主要评价机构消保工作机制建设和运行情况，包括消保审查、信息披露、个人信息保护、内部员工培训、内部考核、内部审计等。“**操作与服务**”主要评价机构日常经营中对消保要求的落实情况，包括营销宣传、适当性管理、销售行为管控、合作机构管理、服务质量与收费等。“**教育宣传**”主要评价机构消费者教育宣传总体安排、集中教育宣传活动和常态化消费者教育工作开展情况等。“**纠纷化解**”主要评价机构投诉管理、投诉数量以及纠纷多元化解机制落实情况。“**监督检查**”是指监管部门根据消保现场检查、举报调查、投诉督查、重大负面事件和机构相关整改落实等情况，对

得分进行调减。

三、消保监管评价对象范围主要包括哪些机构？

消保监管评价对象为在中华人民共和国境内依法设立的向消费者提供金融产品或服务的银行保险机构，主要包括商业银行、理财公司、信托公司、汽车金融公司、消费金融公司、保险公司等。

为解决消保领域新问题，体现监管新思路，消保监管评价针对互联网平台消保乱象，以及金融产品过于复杂、多层嵌套等问题，设置合作机构管理、消保审查等指标，要求银行保险机构加强对互联网平台等第三方合作机构消保管理。强化消保审查，风控关口前移，防止产品“带病”上市。

四、消保监管评价的结果等级如何划分？

《办法》为评价结果设置了四个等级：90 分（含）以上为一级；75 分（含）至 90 分为二级，60 分（含）至 75 分为三级，60 分以下为四级。其中，一至四级分别代表银行保险机构的消费者权益保护工作在行业内处于领先、中等、偏下以及落后水平。为增强评价结果精准度，二级和三级又细分为 A、B、C 三个等次。

五、对于消保监管评价结果差的机构会采取怎样的措施？

《办法》明确消保监管评价结果作为监管部门制定消费者权益保护监管政策，实施消保分类监管的重要基础，以及配置监管资源和采取监管措施的重要依据。对于评价发现的问题，督促机构及时整改，落实主体责任，有效回应人民群众在银行保险领域的诉求和困难。对评价结果为三级的机构，视情形依法采取下发风险提示函、监管通报、责令限期整改、责令内部问责等方式要求其强化消费者权益保护体制机制建设和执行，必要时公开披露其不当行为。对评价结果为四级且整改措施不力的机构，根据有关法律法规，依法在开办新业务、增设

分支机构等方面采取相关监管措施。

银行保险机构消费者权益保护监管评价办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2021年7月16日

第一章 总则

第一条 为科学评价银行保险机构消费者权益保护工作质效，督促银行保险机构依法合规经营，切实维护银行业保险业消费者合法权益，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》《中华人民共和国保险法》等法律法规，制定本办法。

第二条 银行保险机构消费者权益保护监管评价（以下简称消保监管评价）是指中国银行保险监督管理委员会（以下简称银保监会）及其派出机构根据日常监管和其他相关信息，对银行保险机构消费者权益保护工作开展情况和整体状况作出综合评价的监管过程。

第三条 消保监管评价对象为在中华人民共和国境内依法设立的向消费者提供金融产品或服务的银行保险机构。

第四条 消保监管评价是银行业保险业行为监管的重要组成部分，应充分体现行为监管的特点和要求，兼顾机构体制机制建设和具体操作执行，将定性和定量评价有机结合，遵循依法依规、客观公正、科学规范、突出重点的原则。

第二章 评价要素和等级

第五条 消保监管评价要素包括“体制建设”“机制与运行”“操作与服务”“教育宣传”“纠纷化解”5 项基本要素和“监督检查”1 项调减要素。5 项基本要素总权重为 100%。

（一）体制建设。主要评价银行保险机构消费者权益保护工作相关公司治理和组织架构建设等情况。该要素权重为 10%。

（二）机制与运行。主要评价银行保险机构消费者权益保护工作机制建设和运行情况，包括消费者权益保护审查、信息披露、个人信息保护、内部培训、内部考核、内部审计等。该要素权重为 25%。

（三）操作与服务。主要评价银行保险机构日常经营和服务中对消费者权益保护有关要求的落实情况，包括但不限于营销宣传、适当性管理、销售行为管控、合作机构管理、服务质量与收费等。该要素权重为 30%。

（四）教育宣传。主要评价银行保险机构消费者教育宣传总体安排、集中教育宣传活动、常态化消费者教育工作开展情况等。该要素权重为 10%。

（五）纠纷化解。主要评价银行保险机构投诉管理、投诉数量以及纠纷多元化解机制落实情况。该要素权重为 25%。

（六）监督检查。根据银行保险机构消费者权益保护现场检查、举报调查、投诉督查、复议诉讼情况以及日常舆情、重大负面事件和机构相关整改落实情况进行调减，幅度不超过总权重的 25%。

第六条 消保监管评价各要素下设若干评价指标。银保监会根据行为监管特点，立足行业发展和消费者权益保护工作实际，对消保监

管评价要素下设的具体评价指标进行动态调整。

第七条 消保监管评价计分包括：指标得分、要素得分和总体得分。

（一）指标得分。针对每一评价要素中的不同评价指标评分。在指标得分区间内，根据工作开展情况确定得分。

（二）要素得分。每一评价要素得分为该要素下不同评价指标得分之和。

（三）总体得分。评价总体得分为 5 项基本要素得分和 1 项调减要素得分加总之和。

第八条 消保监管评价总分为 100 分，最小计分单位为 0.1 分。根据最终总体得分，消保监管评价结果分为四个等级。等级数字越大表示机构消费者权益保护工作存在的问题越多，需要越高程度的监管关注。

消保监管评价总体得分在 90 分（含）以上为一级；75 分（含）至 90 分为二级，其中：85 分（含）至 90 分为二级 A，80 分（含）至 85 分为二级 B，75 分（含）至 80 分为二级 C；60 分（含）至 75 分为三级，其中：70 分（含）至 75 分为三级 A，65 分（含）至 70 分为三级 B，60 分（含）至 65 分为三级 C；60 分以下为四级。

第三章 职责分工和操作流程

第九条 消保监管评价周期为一年，评价期间为评价年度 1 月 1 日至当年 12 月 31 日。年度监管评价工作原则上应于评价期间结束后 5 个月内完成。

第十条 银保监会负责组织、督导全国银行业保险业消保监管评价工作，并对直接监管的银行保险法人机构开展评价。

第十一条 银保监会派出机构按照属地监管原则，负责对辖内银行保险法人机构和一级分支机构开展消保监管评价，并将一级分支机构的评价结果和同类机构排名报送相关法人监管机构消费者权益保护职能部门。

第十二条 消保监管评价流程包括：方案制定、机构自评、评价实施、档案归集。

第十三条 银保监会每年根据消费者权益保护监管工作重点、银行保险机构消费者权益保护工作开展情况等因素，制定年度消保监管评价方案，明确当年消保监管评价具体指标、评分细则和具体时间安排等内容。

年度消保监管评价方案原则上于评价年度结束前发布。

第十四条 机构自评。根据银保监会年度消保监管评价方案，银行保险机构就 5 项基本要素开展自评，全面客观评价本机构消费者权益保护工作整体效果，将自评结果和每项评价指标自评所依据的证明材料报送相关监管机构。

第十五条 评价实施。银保监会及其派出机构开展消保监管评价，应全面收集信息，客观分析评价，参考自评情况，形成评价结果。

（一）收集信息。银保监会及其派出机构开展消保监管评价应收集的信息包括：日常监管过程中掌握的与消费者权益保护工作相关的非现场监管和现场检查信息，消费者投诉及处理情况，消费者权益保

护相关举报、复议、诉讼、案件以及日常舆情、重大负面事件等信息，银行保险机构报送的自评情况及相关证明材料，行业组织等相关机构关于行业服务质量的评测情况，消保监管评价相关的其他信息。

（二）综合分析。银保监会及其派出机构应结合所掌握的消费者权益保护工作相关的各类信息，进行全面、客观分析，对每项评价要素和指标做出综合评估，形成评价结果。必要时，可以通过现场调查、抽查、监管会谈等方式进行核查。

（三）确定结果。银保监会及其派出机构应综合银行保险机构法人及各一级分支机构的评价结果，将一级分支机构平均得分和法人评价得分按 40%和 60%进行加权平均，得出银行保险机构的总体得分。

银行保险机构自评得分严重偏离 5 项基本要素监管评价得分的，将视当年同类机构平均偏离情况扣减总体得分。

（四）结果通报。银保监会及其派出机构应适时总结辖内银行业保险业消保监管评价总体情况，在行业内通报，并可通过会谈、监管会议、监管通报等形式向被评机构通报评价结果。

银行保险机构不得为广告、宣传、营销等商业目的将评价结果对外披露。

第十六条 档案归集。消保监管评价结束后，银保监会及其派出机构应对评价过程中生成的重要信息做好归档工作。

第四章 评价结果及运用

第十七条 银保监会及其派出机构应当充分利用消保监管评价结果，将其作为制定消费者权益保护监管政策与工作规划的重要依据，以

及配置监管资源和采取监管措施的重要参考，深入分析银行保险机构消费者权益保护工作存在的问题及其成因，督促银行保险机构对发现的问题及时整改。

第十八条 评价结果。

（一）评价结果为一级，表明机构消费者权益保护工作在行业内处于领先水平，对消费者权益保护工作的重要性有充分认识，消费者权益保护工作组织架构健全，各项工作机制运行顺畅，能够保障在经营管理和业务环节中落实消费者保护理念和要求。

（二）评价结果为二级，表明机构消费者权益保护工作在行业内处于中等水平，消费者权益保护工作组织架构比较合理，各项工作机制基本能够保障在大部分经营管理和业务环节中落实消费者保护理念和要求，但工作存在一定不足，需予以改进。

（三）评价结果为三级，表明机构消费者权益保护工作在行业内处于偏下水平，消费者权益保护工作组织架构建设和各项工作机制运行存在较大问题，经营管理和业务环节中消费者权益保护理念和要求落实不到位，需要及时采取措施提高体制机制执行力，弥补工作缺陷。

（四）评价结果为四级，表明机构消费者权益保护工作在行业内处于落后水平，消费者权益保护工作组织架构建设和各项工作机制运行存在严重问题，难以保障在经营管理和业务环节中落实消费者权益保护要求，侵害消费者合法权益事件屡次发生，必须立即全面检视问题，采取有效措施进行整改。

第十九条 评价结果通报后，银行保险机构应当针对自身消费者

权益保护工作存在的问题和缺陷，研究整改措施、提出整改方案。

评价结果为三级和四级的机构，应于收到评价结果后尽快形成整改计划，并于 90 日内向相关监管机构提交整改情况进展报告。对于短期内难以完成的整改工作，银行保险机构应当制定阶段性整改台账，有序推进。

第二十条 银保监会及其派出机构应当根据消保监管评价结果，依法对银行保险机构采取差异化监管措施。

（一）对评价结果为一级的机构，应指导督促其加强日常经营行为管理，有效防范操作风险。

（二）对评价结果为二级的机构，应关注其消费者权益保护工作薄弱环节，通过窗口指导、监管谈话等方式督促其加强日常经营行为管理，有效防范操作风险。

（三）对评价结果为三级的机构，除可采取对二级机构的监管措施外，还可视情形依法采取下发风险提示函、监管通报、责令限期整改、责令内部问责等方式要求其强化消费者权益保护体制机制建设和执行，必要时公开披露其不当行为。

（四）对评价结果为四级的机构，除可采取对三级机构的监管措施外，对于整改措施不力或到期仍无明显整改效果的机构，可根据有关法律法规，依法在开办新业务、增设分支机构等方面采取相关监管措施。

对于评价结果为三级及以下或在同类机构中排名持续下降的机构，银保监会及其派出机构应增加现场检查频率，并要求机构进一步

提高消费者权益保护内部考核在其综合绩效考评体系中的权重。

第五章 组织保障和工作要求

第二十一条 银保监会及其派出机构消费者权益保护职能部门负责牵头开展消保监管评价工作，包括：

- （一）组织实施消保监管评价具体工作；
- （二）对下辖派出机构的消保监管评价工作进行指导和监督；
- （三）整理消保监管评价档案，做好归档工作；
- （四）根据评价结果对银行保险机构采取后续监管措施；
- （五）其他有关消保监管评价的工作。

第二十二条 银保监会及其派出机构其他相关部门就消保监管评价工作提供有关信息、资料和建议，并配合消费者权益保护职能部门，根据评价结果对银行保险机构采取后续监管措施。

第二十三条 银保监会派出机构可根据工作需要，成立消保监管评价工作委员会，对本级派出机构的评价工作进行指导和监督，并通过会议或传签的形式确定评价结果。

第二十四条 银行保险机构应当真实、准确、完整地提供消保监管评价所需数据以及相关材料。

银行保险机构提交虚假材料的，银保监会及其派出机构应根据具体情节和性质，按照《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国保险法》相关条款进行严肃处理。

第二十五条 消保监管评价应积极利用信息化手段，搭建监管评价信息系统，依托系统集中统一开展数据收集、指标统计、数据分析、结

果运用等工作，增强规范性和准确性。

第二十六条 银保监会派出机构应及时将辖内银行保险机构的消保监管评价结果逐级报送上级监管机构消费者权益保护职能部门。

第二十七条 银保监会及其派出机构应当严格控制评价信息和资料知悉范围，做好消保监管评价信息和资料保密工作。参与消保监管评价的工作人员不得泄露评价过程中获悉的国家秘密、商业秘密、敏感信息和个人信息。

第二十八条 评价工作结束后，发现银行保险机构在评价期间内存在重大违法违规问题，严重侵害消费者合法权益的，银保监会及其派出机构可视情形对评价结果进行调级调档，并将调整情况逐级报送上级监管机构消费者权益保护职能部门。

第六章 附则

第二十九条 本办法规定的消保监管评价对象不包含开发银行、政策性银行、金融资产管理公司、金融资产投资公司、金融租赁公司、企业集团财务公司、货币经纪公司、省联社、贷款公司、农村资金互助社、政策性保险公司、保险集团(控股)公司、再保险公司、农业保险公司、养老保险公司、相互保险组织、保险资产管理公司、养老金管理公司和保险专业中介机构。

第三十条 不开展个人业务或者个人业务占比较小的外资法人银行、外国银行分行等可不作为消保监管评价对象。

第三十一条 截至评价年度末，开业不满 2 个会计年度的银行保险机构不作为消保监管评价对象。

第三十二条 对于农村中小银行，银保监会派出机构每年可根据工作实际，仅对法人机构开展评价，并自行确定机构覆盖范围。原则上应 5 年全覆盖，每年覆盖率不低于 20%。

第三十三条 信用卡中心等持牌专营机构参照一级分支机构进行消保监管评价。

第三十四条 本办法由银保监会负责解释和修订。

第三十五条 本办法自公布之日起施行。《中国银监会关于印发银行业金融机构消费者权益保护工作考核评价办法（试行）的通知》（银监发〔2014〕37 号）、《关于印发〈保险公司服务评价管理办法（试行）〉的通知》（保监发〔2015〕75 号）同时废止。

行政驳回起诉案件的审理思路和裁判要点

来源：上海一中法院公众号

日期：2021 年 7 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《行政驳回起诉案件的审理思路和裁判要点》，推荐阅读时间 28 分钟。

行政驳回起诉案件

是行政案件审查立案后，因原被告主体资格、起诉对象、起诉期限等不符合行政诉讼起诉条件，法院在程序上裁定驳回原告起诉的案件。在立案登记制的背景下，除明显不符合起诉条件裁定不予立案的情形外，对案件起诉条件的审查，也应坚持对行政行为的合法性进行审查。《行政诉讼法》和《行政诉讼法解释》中涉及起诉条件的规定繁多、类型多样，对法院准确适用起诉条件提出较高要求。本文结合司法实践中的典型案例，对较为常见的行政驳回起诉案件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 行政驳回起诉案件的审理难点

03 行政驳回起诉案件的审理思路和裁判要点

01 典型案例

案例一：涉及原告诉讼主体资格的认定

桂某在停车场停车过程中车辆受损，其认为车辆受损系停车场车位设计缺陷且无人进行安全告知和引导所导致，故向 A 区交通委提出履职申请，要求 A 区交通委对物业公司进行行政处罚。A 区交通委答复对其反映事项进行了调查，对桂某要求处罚的申请不予采纳。桂某认为物业公司存在违法违规行为，对桂某造成了财产损失，A 区交通委拒绝对物业公司作出处罚损害了桂某的合法权益，故诉至法院要求 A 区交通委对物业公司进行处罚。

案例二：涉及被告是否具有法定职责的认定

范某因工伤伤情复发向 B 区人保局提出工伤复发确认申请，B 区人保局受理后未作处理。范某诉至法院，请求判令 B 区人保局履行法定职责，受理并处理范某工伤复发确认申请。一审法院认为范某应向劳动能力鉴定委员会提出工伤复发确认申请，范某申请事项并非人保局的法定职责，遂裁定驳回范某的起诉。范某提起上诉，认为区劳动能力鉴定委员会由 B 区人保局组建，因劳动能力鉴定委员会并非行政机关，无法通过诉讼途径解决问题，故其只能以 B 区人保局为被告提起诉讼，起诉符

合法律规定。

案例三：涉及行政行为可诉性的认定

龚某名下的集体土地上房屋被列入征收范围。因对被征收房屋面积存在异议，龚某向 C 镇政府请求出具可建建筑面积认定证明。C 镇政府认为龚某户现有住房的建筑面积已经高于该地区现行农村村民住房建设标准，并无可认定的可建建筑面积，依法作出不予出具可建建筑面积认定证明的答复。龚某对答复不服，诉至法院要求 C 镇政府重新作出认定。

案例四：涉及是否超过起诉期限的认定

吴某因不服市公安局 D 区分局强制戒毒决定向市公安局申请行政复议，市公安局于 2019 年 6 月 19 日作出维持的复议决定，吴某于 6 月 22 日签收并于 7 月 12 日向 E 区法院起诉。E 区法院认为，吴某应在收到复议决定书之日起十五日内即 7 月 7 日前提起诉讼，本案已经超过起诉期限，故裁定驳回起诉。吴某上诉认为，其因被限制人身自由，信件来往不便，且已于 2019 年 6 月 26 日按照复议决定书上的告知内容向 D 区法院邮寄起诉状，D 区法院于 7 月 7 日退回起诉状并告知其应向 E 区法院起诉，本案超期应属情有可原。

02 行政驳回起诉案件的审理难点

（一）原告主体资格把握难

随着经济社会发展和公民权利意识的增强，行政诉讼原告资格呈现扩张趋势，原告资格的扩张也易引发滥用诉权的现象。由于行政行为一般具有公益性，与多数公民均具有一定的利害关系，如不限制易

导致诉权被滥用。利害关系是判断原告资格的核心要素，不仅牵涉保护规范等理论问题，也需要在维护公共利益和保护私人权益之间寻求一定的平衡。

（二）被告主体资格争议大

被告是指作出被诉行政行为的行政机关或者法律、法规、规章授权的组织。司法实践中，行政机关履行公共事务的职能转移至事业单位等较多，如公房管理职能由房管部门转移至公房物业公司，房管部门对涉公房职能定位容易引起纷争。此外，也有部分行政机关在旧城区改建、违章建筑治理中经常组织居委会、村委会出面进行协商甚至拆除房屋等，相关行政机关是否参与进而可以作为被告争议较大。

（三）可诉的行政行为认定难

虽然行政诉讼法律规范对可诉行政行为的规定越来越细致，但对可诉行政行为的认识，仍然存在较多误区。行政行为是否可诉不仅受到法律规定的限制，也在很大程度上受限于国家政策变化、纠纷化解机制改革以及法院纠纷化解能力等因素。此外，行政主体作出的阶段性行为、层级监督行为、行政指导行为等向公众越来越公开，亦增加了可诉行政行为的识别难度。

（四）行政诉讼是否超过起诉期限把握难

不同于民事诉讼的诉讼时效制度，行政诉讼实行的是起诉期限制度。起诉期限是指当事人不服被诉行政行为请求司法救济的时间限制。起诉期限并无中止、中断制度，相对人因此丧失起诉权的情形较多。当事人超过起诉期限起诉的，将丧失进入实体审理的权利。是否

超过起诉期限系法院主动审查的事项，但当事人往往认为法院对起诉期间起始点的认定有误，客观上也存在行政机关未送达、信访处理耽误起诉期限、不可抗力等正当事由，此类因素的审查不当易引起当事人对法院裁判公正性的质疑。

03 行政驳回起诉案件审理的一般思路和裁判要点

法院在审理此类案件时应遵循以下原则：**首先**，以行政实体法与诉讼法的规定为基础，对当事人是否符合起诉条件进行审查；**其次**，在法律规定的基础上，准确把握原被告资格、受案范围、起诉期限等审查要点，特别是以被诉行为的性质为核心，原则上只要有一项不符合起诉条件，案件即不应进入实体审理；**最后**，对不适宜进入实体审理的案件，及时作出驳回起诉裁定，并在说理部分引导当事人通过更加直接、更加有效的途径维权：

（一）原告主体资格的审查要点

1、原告资格审查的一般思路

原告是指认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益，以自己的名义，依法向法院提起诉讼从而引起行政诉讼程序发生的公民、法人或其他组织。

第一，行政诉讼的原告是公民、法人或其他组织，明确排除了行政机关作为原告。**第二**，原告至少应初步证明其权益受损系行政机关的行政行为所致，否则将因缺乏事实根据而不符合起诉条件。**第三**，原告的外延包含行政相对人和利害关系人两种类型。相对人即行政行为直接作用的对象，如行政处罚中的被处罚人；利害关系人则较为复

杂，是指除相对人之外受到行政行为实际影响的其他主体。两者均要求存在利害关系，即利害关系的判断是审查原告资格的核心要素。下文着重阐述利害关系人的审查要点。

2、利害关系人的要件审查

《行政诉讼法解释》第 12 条列举了六类“与行政行为有利害关系”的情形。此处的列举是认定利害关系的典型情形，实践中应当着重关注以下三个要件：

（1）合法权益要件

一方面，当事人应在行政争议中具有合法权益。合法权益的存在是认定利害关系的前提。如原告认为第三人建造房屋影响了通风采光的相邻权，要求行政机关予以查处，但原告自己的房屋就是违章建筑，故其与行政机关是否查处以及如何查处相邻房屋违建的行为之间不具有利害关系。另一方面，原告的合法权益应当归属于行政法上的权利义务范畴。当事人的民事权益，只有在行政法律规范对其加以专门保护的情形下才能成为行政法所保护的权益，形成行政法上的利害关系，进而取得原告主体资格。如债权人认为税务机关变更债务人公司税务登记导致其债权受损，要求撤销变更登记。债权人对税务登记不具有行政法上的权利义务，其民事权益应当通过民事救济途径予以维护。

（2）主观诉讼要件

行政诉讼的权益保障初衷应在于原告为保护自身合法权益提起诉讼，而非为维护团体的集合利益提起诉讼。如小区个别业主对业主委员会的备案行为、小区公共部位的规划建设行为等涉及小区业主公

共利益的行为不服的，不能以自己的名义提起诉讼，只能由业主委员会或者专有部分占建筑物总面积过半数或者占总户数过半数的业主作为原告起诉。

（3）合法权益可能受侵害要件

当被诉行政行为对当事人的合法权益已经造成或势必造成现实的、直接的、特别的影响时，原告方可通过行政诉讼解决争议。司法实践中，法院应当重点审查被诉行政行为是否确与当事人权利义务增减密切或直接相关，当事人权益是否有遭受行政行为侵害的可能性、现实性。现在以及将来都不可能对当事人权益造成影响的行为，如已经与征收部门签订并履行了补偿协议，仍然起诉征收决定行为的，由于被征收人已经对征收行为失去利害关系，不应获得原告主体资格。



3、投诉人原告主体资格的审查要点

当事人以其投诉（举报）权利受损起诉行政机关履行法定职责或者要求重新处理，法院对此类案件是否受理及处理的边界，实践中存在较多争议。在运用前文利害关系要件分析时，法院既要考虑原告投诉事项涉及公共利益还是私人利益，也要考虑相关实体法律规范对原告主张维护的权益是否提供专门保护，更要考虑相关纠纷是否有必要

通过行政诉讼予以解决。

（1）为维护自身合法权益的投诉人的审查要点

《行政诉讼法解释》第 12 条规定，为维护自身合法权益受侵害向行政机关投诉，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未作出处理的，投诉人具有原告主体资格。该条关于受害人原告资格的概括性规定将投诉人分为私益投诉和公益举报，认定为自身利益投诉的投诉人一般具有原告资格；如果为他人利益或者公共利益而举报的，一般不具备原告资格。如投诉人认为有市民侵占城镇用地建造违法建筑向行政机关投诉并要求处理，投诉人对处理不服的情形，由于行政机关是否处理及如何处理主要是为了维护公共利益，对投诉人合法权益不产生实际影响，所以投诉人不具有原告资格。

（2）实体法律规范设置目的的审查要点

需要注意的是，并非所有私益投诉者均具有原告资格。私益投诉者能否获得原告资格，除审查是否为维护自身合法权益外，还要审查行政实体法规范是否着重对私人利益予以保护，是否存在行政机关对投诉事项应依法定程序作出处理的明确规定。如《治安管理处罚法》明确规定，公安机关在行政处罚后，有被侵害人的，公安机关应当将决定书副本抄送被侵害人。这就表明，该法维护受害人人身财产权益，受害人具有对相应处罚起诉的权利。该规定与《行政诉讼法解释》第 12 条第 3 项“要求行政机关依法追究加害人法律责任的”规定具有一致性，体现了应当依照行政实体法的具体规定判定利害关系的意旨。上述投诉权利转化为起诉权利，主要是针对行政机关是否履行职

责，而行政机关一般都具有行政裁量权，受害人并无要求行政机关对加害人作出某项特定处罚的请求权。

（3）对投诉涉及纠纷的解决具有直接性、实效性的审查要点

从表面影响来看，投诉人背后的权益保护似乎都受到了行政机关是否处理以及如何处理的影响，这种影响从心理感受上给投诉人造成足够大的冲击，以致认为是行政机关的拒绝履职导致其权益受损。如果投诉涉及纠纷完全可以通过民事诉讼或其他途径解决，不宜再进入行政诉讼，不能因为民事途径未实现目的而诉诸行政诉讼。放任投诉人寄希望于行政诉讼来解决民事争议，会使民事诉讼和行政诉讼之间的必要分工遭到破坏。

如案例一中，桂某要求交通部门处罚停车场设计不合理等问题，根据《上海市停车场（库）管理办法》规定，区交通委对公共停车场（库）未规范设置经营服务标志、未按照标准划设停车泊位等情形可以进行罚款。然而综观该规定全文，并没有针对一般消费者因停车库不规范经营可以要求管理机关在一定期限内予以处罚的规定。桂某与停车场关于财产损失的纠纷完全可以通过民事诉讼的途径解决，桂某也不能从处理中直接获益，故桂某要求行政机关对停车场进行罚款，不符合原告主体资格要件，其起诉应予驳回

（二）被告主体资格的审查要点

1、一般审查思路

判断行政诉讼的被告是否适格，**首先**审查被诉行为实施者是否具有相应的行政职权，名称是否明确、具体，进而结合法律规定以及起

诉事项判断被告是否具有行政主体资格。**其次**，原告应当对被告是否适格问题承担初步证明责任。如强制拆除房屋案件中，如果原告举证证明行政机关已经发布征收决定或者责令强制拆除违法建筑决定的，原则上应推定作出征收决定或者强制拆除违法建筑决定的行政机关是适格被告。除非上述行政机关有证据证明强制拆除行为确属其他组织所为。在此类案件中，原告仅以被拆除房屋在被诉行政机关辖区范围内为由要求行政机关承担责任，将可能因缺乏事实依据或者被告主体不适格而不能进入实体审理。**最后**，若被告主体不适格，原告将民事主体和行政机关作为共同被告提起诉讼的，法院应告知原告变更被告，原告拒不变更的，方可裁定驳回起诉。

2、确定被告资格规则的审查要点

（1）确定被告资格一般规则的审查

“谁作为，谁被告”“谁署名，谁被告”“谁委托，谁被告”是确定被告资格的一般规则。通常情况下，行政行为一经作出，该行为的主体就已确定，相关行政决定的落款机关即作出行政行为的主体，亦即适格被告。应当注意的是，行政管理的复杂性决定除行政机关外，尚有大量被授权组织也在行使行政职能，即被法律、法规、规章授权的组织。这里的组织不仅包括行政机关、行政机构，还包括企业、事业单位，如高校履行颁发学位证职责、村民委员会行使本村公共事务和公益事业职责时可以作为被告。

如果被授权组织的行为并非在法律、法规、规章的授权范围内，而是行政主体依据其他的规范性文件如通知、会议纪要等所作“授权”

实施的行为，此时的“授权”一般应理解为委托，相应的行政责任应当由委托方负责。如乡镇规土所接受区级规划部门委托核发农村宅基地房屋规划许可，没有相应的法律、法规、规章依据，其权利义务承受主体应为区级规划部门，乡镇规土所及其所属乡镇政府不应属于适格被告。

（2）确定被告资格特殊规则的审查

对内设机构、派出机构、派出机关等是否具有被告资格，应结合相应授权法律规范的层级、被告的设立文件等判定被告能否独立承担行政法律责任。如国务院、省级政府批准设立的开发区管理机构及其职能部门均可作为被告；而对其他层次的开发区管理机构及其职能部门来说，仅能以具有行政主体资格的开发区管理机构或者相应的设立开发区管理机构的地方政府为被告。对于类似综合整治指挥部、综合执法大队等行政机关临时组建的组织，也应以其能否以自己的名义行使职权、是否有独立的编制、能否独立承担行政法律责任为标准综合认定，并应由被告承担主要举证责任。

3、被告明显不具有法定职责的审查

《行政诉讼法解释》第93条第2款规定，法院经审理认为原告所请求履行的法定职责或者给付义务明显不属于行政机关权限范围的，可以裁定驳回起诉。司法实践中较为常见的申请事项如要求上级政府直接履行下级职能部门固有的职责，混淆上下级层级监督职责与各自法定职责之间的关系。

对于是否明显不属于被告职责权限范围，应综合行政机关法定职

权和原告申请事项审慎判定。如果将被告法定职权和原告申请事项综合比对，可以清楚、直观地认定二者不相匹配，则可以将该申请事项认定为明显不属于行政机关权限范围。在事实清楚的情况下，亦可以通过阅卷、调查或者询问当事人，径行裁定驳回起诉，并可以在驳回起诉裁定中，对行政机关应当履行的职责予以必要阐述，引导当事人另行对最有利于行政争议化解的行政行为起诉。反之，若对二者是否匹配尚存在疑问，特别是职权交叉情形下行政机关职责权限较为模糊，应主要由行政机关举证，听取双方对行政机关职责的法律规定及申请事项涉及领域的陈述，判断是否应当进入实体审理。

如案例二中，根据《工伤保险条例》规定，劳动能力鉴定委员会由社会保险行政部门、工会组织、经办机构代表以及用人单位代表组成，其主要职能是作出工伤职工劳动能力鉴定。劳动能力鉴定委员会在法律性质上属于技术鉴定机构，其行使的职能属于专门性的技术鉴定行为，不属于行政职权范畴。因此，若对劳动能力鉴定委员会的行为不服，不能申请复议或提起行政诉讼，一审法院裁定驳回起诉正确。

（三）可诉性行政行为的审查要点

1、基本审查思路

行政诉讼起因于行政争议，以行政行为的合法性审查为主体，但并非所有行政行为均可接受审查。行政行为的可诉性属于行政诉讼法规定的受案范围。审查行政行为是否可诉，首先明确被诉行为，被起诉的对象应是行政主体行使行政职权的作为或者不作为，而不能是司法行为或者民事行为。原告笼统要求行政机关履行职责的属于诉讼请

求不明确，应要求其对起诉的行为内容予以明确，并不得违反一行为一诉的基本规则。其次，要结合《行政诉讼法》和《行政诉讼法解释》以及行政管理方面关于受案范围的实体法律规定，对照行政行为的内容、性质、特点及权益保护类型，确定原告起诉事项是否属于行政诉讼受案范围。

关于受案范围的法律规定，《行政诉讼法》采取特征描述加肯定列举和否定列举的方式，明确行政诉讼独特的受案范围。《**行政诉讼法**》第 12 条列举了行政处罚、行政强制、行政许可、行政确定、征收征用补偿等 11 种可诉的行政行为，第 13 条则列举了国家行为、抽象行为、内部行为及行政终局裁决行为等 4 种不可诉行为。《**行政诉讼法解释**》第 1 条又进一步规定了 11 种不可诉行为，如刑事司法行为、调解仲裁行为、行政指导行为、重复处理行为等。除程序法外，其他行政实体法律、法规亦有关于当事人可以提起行政诉讼的事项也有规定。如根据《**土地管理法**》第 14 条规定，当事人可以就土地所有权与使用权的争议向法院提起诉讼。

2、对行政行为可诉性三个特征的审查要点

（1）具体事件的个别性

抽象性行为一般不能转化为公民的请求权，可诉的行政行为一般是具体行政行为。这里的具体主要是强调行政行为应当是个别的、针对特定对象特定事件的行为，而不应包含针对不特定对象、可反复适用的抽象行政行为，如规范性文件的发布行为等。对规范性文件不服的，当事人可通过附带审查的方式向法院提出。

（2）具备对外法律效果

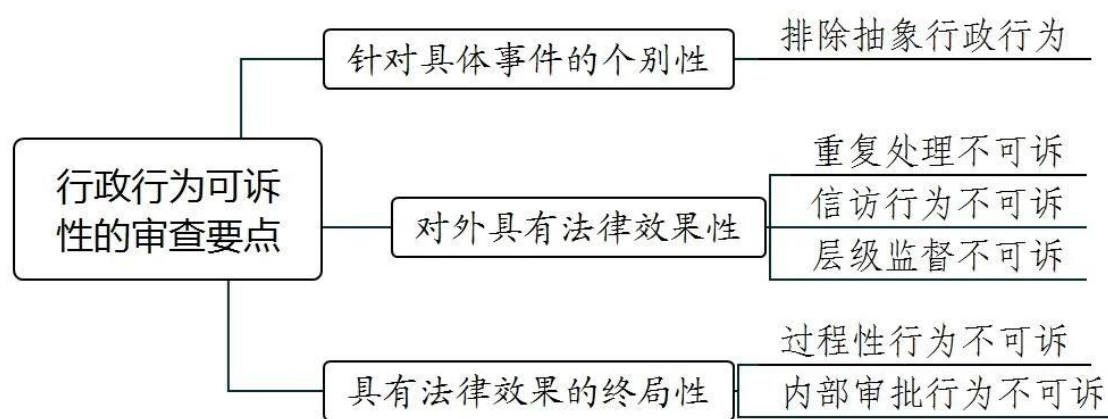
可诉的行政行为可直接设定当事人的权利义务，具有直接的执行效力，其核心特征是对当事人的权利义务产生实际影响。反之，对当事人权利义务不产生实际影响的行为，缺乏实际的法律效果，不属于行政诉讼受案范围。如上级行政机关不直接对外发生法律效力的内部批准行为，驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为，行政机关对信访事项作出的登记、受理、交办、转送、复查、复核意见等行为，尚未外化的政府会议纪要，行政机关维持登记内容不变的补发户口簿等证件行为均对当事人的权利义务不产生增减的影响。

（3）法律效果的终局性

一项完整的行政行为，通常要经过一系列过程性行为才能最终完成。可诉的行政行为属于最终影响当事人权利义务的行为，一般属于成熟性、终局性行为。因此内部行为、过程性行为、行政机关对事实状态的认定行为一般不可诉。上述行为本质上仍属于对当事人未产生最终实际影响的行为。如较为常见的受理通知、补正告知等过程性行为，不具有可诉性。对上述行为是否合法的判断应通过最终的行政行为来确定。若上述行为直接导致相关行政程序终止，则对当事人的权利产生了实际影响，如行政复议中直接告知申请人终结复议程序，则应属于可诉的行为。此外，内部业务指令、多阶段行政行为等属于内部行政领域，不具有可诉性。

如案例三中，朱某认为根据相关法律规定，在征地拆迁时，镇政府应根据具备条件家庭的申请，制作可建建筑面积认定证明，C镇政府

府拒绝作出认定属于行为违法。镇政府出具可建建筑面积认定证明属于政府机关在征收拆迁过程中作出的阶段性事实认定行为，并不具有设定被征收人行政法上权利义务的效果。只有在政府部门作出征收补偿裁决或者签订行政协议时，才对被征收人产生实际影响，故本案系争行为不属于单独可诉的行政行为。其他类似行为还有对被征收房屋的面积、产权等核定与公示等。



（四）起诉期限的审查要点

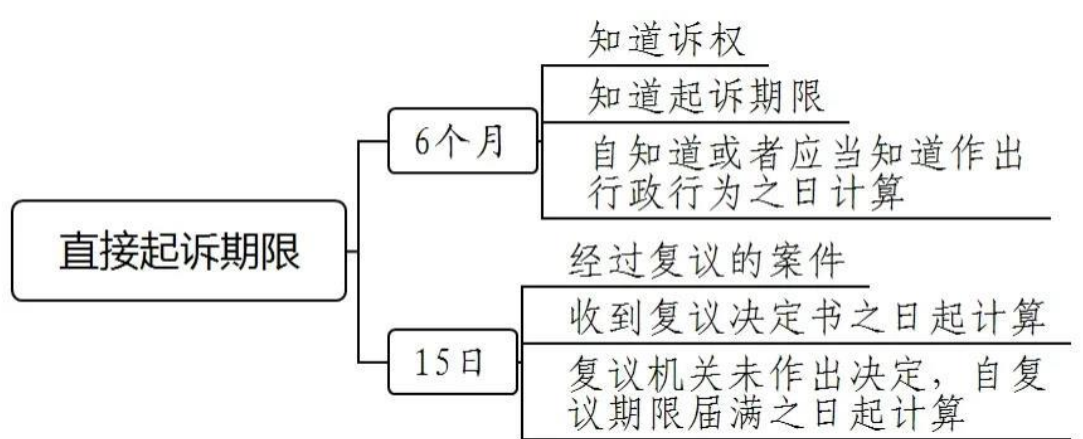
1、一般审查思路

行政立案阶段，除不符合《行政诉讼法》第 49 条规定的四项要件不予立案外，超过起诉期限也是常见不予立案的理由，如原告起诉时明显超过五年或二十年最长起诉期限的情形。对于大部分案件，立案阶段不宜直接认定当事人起诉已经超过期限，应由被告举证答辩后结合双方证据作出处理。根据被告送达证明、原告对超过起诉期限事由的说明及证明材料、原告是否积极行使诉权等，准确认定起诉期限的起始时间，从有利于保护当事人诉权的角度认定是否超过起诉期限。超过起诉期限的，裁定驳回起诉时应阐明起诉期限的起始时间和截止时间。

2、起诉期限的相关规定

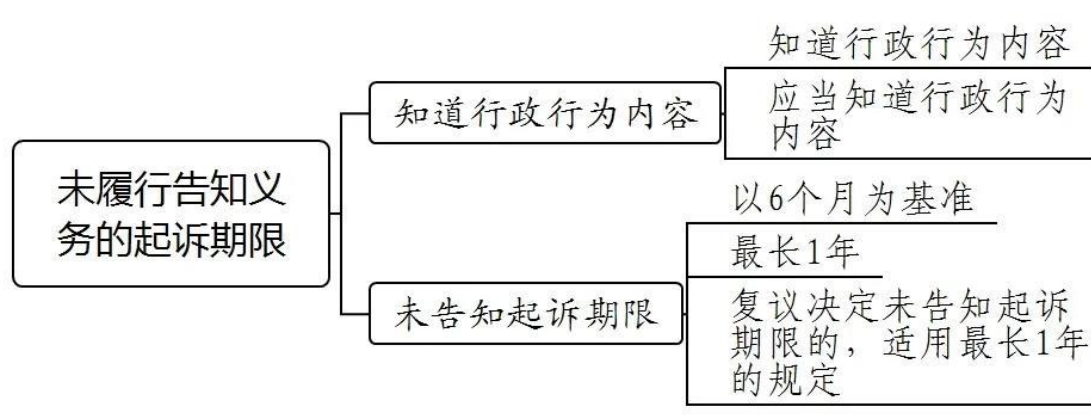
(1) 直接起诉期限

原告直接向法院起诉的期限是六个月，自其知道或者应当知道作出行政行为之日起计算。“知道”应有充分证据证明原告收悉了行政行为的载体或知晓行政行为的内容；“应当知道”则是运用逻辑推理和一般生活经验，根据在案证据推定原告收悉了行政行为的载体或知晓行政行为的内容。“作出行政行为”不仅包含行政机关依据一定的事实和法律规范作出的一项具体行政行为，也包含对诉权和起诉期限的告知，只有在这种情况下才直接适用六个月的起诉期限。行政机关以公告方式送达的，原告知道行政行为的时间应当以公告之日起计算，公告有期限的，从公告期结束之日的次日起计算。对行政机关不履行法定职责提起诉讼的，应当在行政机关履行法定职责期限届满之日起六个月内提出。紧急情况下行政机关不依法履行职责的，则无须等待履行法定职责期限届满。原告不服行政复议决定的，可以在收到复议决定之日起十五日内向法院提起诉讼，复议机关未作出复议决定，起诉期限自复议期限届满之日起计算。



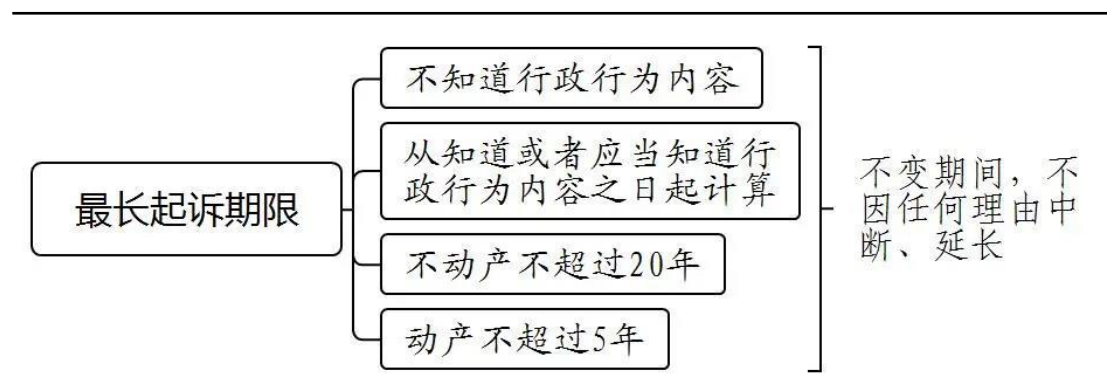
(2) 行政机关未履行告知义务的起诉期限

原告知道行政行为的内容，但行政机关未告知起诉期限，致使原告逾期起诉的，起诉期限从知道或者应当知道起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道行政行为内容之日起最长不得超过一年。复议机关未告知起诉期限，原告对复议决定不服提起诉讼的，起诉期限从其知道或者应当知道行政行为内容之日起最长不得超过一年。



（3）最长起诉期限

原告不知道行政行为内容的，起诉期限从其知道或者应当知道行政行为内容之日起计算，此时仍然首先适用前述六个月或一年的起诉期限，但涉及不动产的案件自行政行为作出之日起超过二十年、其他案件自行政行为作出之日起超过五年提起诉讼的，不予受理。上述期限是行政诉讼起诉的最长期限，也是不变期限，不因任何理由而扣除、延长。实践中对不动产案件范围的理解存在争议，《行政诉讼法解释》将其界定为因行政行为导致不动产物权变动而提起的诉讼，这就较大限缩了不动产案件的范围，有利于行政秩序的稳定，故针对较为常见的房屋拆迁许可、规划许可、验收行为、违法建筑拆除行为等提起诉讼只能适用最长五年的起诉期限。



（4）无效行政行为的起诉期限

无效行政行为自始无效、绝对无效，指行政行为的实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法的情形。需要注意的是，《行政诉讼法解释》规定只有对 2015 年 5 月 1 日之后作出的行政行为，原告才有权起诉请求确认无效。为避免滥用确认无效诉讼，原告应证明行政行为符合无效的情形，法院审查后认为行政行为符合无效情形且系 2015 年 5 月 1 日之后作出的，则不受起诉期限限制。如果行政行为不属于无效情形的，法院应向原告进行释明。原告变更为撤销之诉的，应审查是否符合撤销之诉的起诉期限并作出相应裁判，如果原告拒绝变更的，判决驳回其诉讼请求。

（5）起诉期限的例外规定

因不可抗力或者其他不属于起诉人自身的原因超过起诉期限的，被耽误的时间不计算在起诉期限内；如因其他客观原因耽误起诉期限的，起诉人可以申请延长期限。耽误起诉期限的原因，应当是不可抗力等不属于起诉人怠于行使起诉权利的情形。耽误起诉期限的情形一般指存在直接导致起诉人在起诉期限内客观上不能起诉的因素。有部分起诉人以其多年信访为由要求延长起诉期限，此种情况不足以成为

阻却起诉期限计算的正当事由。

此外，因管辖权调整如行政案件由原来的属地管辖变为集中管辖，有可能造成当事人超过起诉期限。如案例四中，吴某起诉的强制戒毒行为由市公安局 D 区分局作出，本应由 D 区法院受理，在本案起诉期限内 D 区行政案件全部集中由 E 区法院管辖。吴某曾按照复议决定书上告知的管辖法院 D 区法院邮寄起诉状，此时尚未超出起诉期限。D 区法院于 7 月 7 日退回吴某起诉状并告知其应向 E 区法院起诉，吴某遂于 7 月 12 日向 E 区法院起诉，本案超出十五日起诉期限。因此，吴某并非怠于行使诉权，本案超过起诉期限不属于起诉人自身原因的情形，E 区法院裁定驳回起诉不当，本案应继续审理。经过复议的案件，因起诉期限为十五日，期限较短，对短暂超期的案件，法院应尤其注意听取原告意见，存在合理理由的应扣除被耽误的期间。

公司可否为股东之间的股权转让提供担保

来源：法务部

日期：2021 年 7 月 22 日

根据《公司法》第 16 条的规定，公司可以为股东提供担保。但如果该债务系因股东之间的股权转让而发生，在受让股东无法付款时，公司将因承担担保责任而须向出让股东支付股权转让款。此种公司直接付款给股东的行为，实践中易引起股东变相“抽逃出资”的疑问，由此引出了本文的问题：公司为股东之间的股权转让提供担保，是否会因构成“抽逃出资”而无效？

一、理论探析

（一）现有观点

2019 年发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要（征求意见稿）》第 10 条曾对此作出规定：“【公司为股东之间转让股权提供担保的效力】有限责任公司的股东之间相互转让股权，公司与转让股东签订协议，承诺对股权转让款支付承担担保责任，公司根据《公司法》第十六条的有关规定履行了决议程序，如无其他影响合同效力的事由的，应当认定担保合同有效。”但正式稿中删除了这一规定，可见人民法院对于该问题仍持谨慎态度，有待理论和实践的进一步发展。

学理上对于该问题分为“无效说”和“有效说”两种观点。“无效说”认为，公司如果履行了担保责任，等同于公司股东通过股权转

让的方式收回了出资，这是一种典型的抽逃出资行为；“有效说”则认为，《公司法》第 16 条允许公司为股东提供担保，说明公司为股东提供担保，不等同于抽逃出资或者变相抽逃出资，仅仅是需要决议程序保护其他股东的利益；并且，承担担保责任是担保合同的履行问题，是或然的责任，公司承担责任后，享有对股东的追偿权，这与抽逃出资显著不同。

可见，分歧点主要在于该种担保责任的承担是否必然构成抽逃出资。

（二）我们的观点

我们认为，原则上公司提供此种担保并不构成抽逃出资，也不必然侵犯公司债权人的利益。在满足法定程序要件的前提下，公司可以为股东之间的股权转让承担担保责任。理由如下：

首先，《公司法》第十六条允许公司为股东提供担保。基于正常的商业安排，公司当然可以为股东提供担保，只是此种担保属于“关联交易”，容易侵害到其他股东的权利，故《公司法》第十六条规定该担保需要经过股东会的表决，且排除被担保股东的表决权。通过这样的程序设置，其他股东的利益得到了保护。而公司为股东之间的股权转让提供担保并未超出《公司法》第十六条的范畴，通过法定的决策程序后，该担保应当有效。这也是法人人格独立性的体现。

其次，公司为股东之间的股权转让提供担保与股东抽逃出资并无必然联系。股东抽逃出资的实质在于公司的责任财产被不当地减少，公司资金的流出未能换来合理的对价，这不仅侵犯了公司的利益，更

侵犯了公司债权人的在先利益。而在公司为股东之间的股权转让提供担保的情形中，出让股东在交易中的身份是公司的“担保债权人”而非“股东”；并且，公司在承担担保责任之后实际上取得了对受让股东的追偿权，而该追偿权属于公司责任财产的一部分，因此公司或公司债权人的利益难以称为“受损”。

不过，上述追偿权的价值取决于追偿权能否实现，若不能成功追偿，则价值为零。“无效说”的理由之一是该追偿权往往不能得到实现，公司支付股权转让对价之后难以通过追偿权弥补损失，实质上仍然造成了抽逃出资的效果。对此我们认为，前述理由不能否定公司提供担保的效力，理由在于且不论存在成功追偿的情形，即便不能追偿，只要各方当事人的意思表示真实，未有恶意串通之情形，则“不能追偿”之风险属于正常的商业风险，不构成否定担保效力的理由。反之，如果受让方自始不具备任何支付能力，并且有证据证明公司与受让股东恶意串通、损害公司或公司债权人利益、公司所提供的担保显然违反正常商业逻辑的，则公司为股东之间的股权转让提供担保应当认定为系股东抽逃出资的行为而无效。

二、司法实践观点

人民法院对于公司为股东之间股权转让提供担保的效力尚未形成统一观点。我们检索整理了一些有代表性的观点如下：

1. 《公司法》第16条未限制公司为股东担保的主债务的性质，目标公司为股东间股权转让提供担保应认定为有效。

案例：张渭南、张亚明等与陈伟能股权转让纠纷二审民事判决书

案号：(2020)苏 03 民终 2536 号

法院观点：我国公司法并不禁止公司为其股东提供担保，而且在规定公司可以为其股东提供担保时，也未限定主债务的性质或者范围。本案中，源源公司对张渭南、张亚明、张新杰基于《股权转让协议书》所产生的债务提供担保，该债务在本质上与其他债务并无不同，源源公司承担担保责任后可以通过行使追偿权的方式维护公司合法权益。因此，上诉人以违反公司法规定为由主张《股权转让协议书》无效，没有法律依据，本院不予支持。本案源源公司提供担保时，虽没有股东会决议，但源源公司的全部股东均作为《股权转让协议书》的当事人在协议上签字；《股权转让补充协议》上虽没有源源公司签章，但源源公司的全部股东均是该补充协议的当事人。因此，《股权转让协议书》《股权转让补充协议》对源源公司均具有法律约束力。

2. 债权人对担保事项经过股东会决议已尽到审慎注意和形式审查义务，目标公司提供担保有利于自身经营发展需要，并不损害公司及公司中小股东权益，应当认定担保条款合法有效。

案例：强静延、曹务波股权转让纠纷再审民事判决书

案号：(2016)最高法民再 128 号

法院观点：强静延投资全部用于公司经营发展，瀚霖公司全体股东因而受益，故应当承担担保责任。公司法十六条之立法目的，系防止公司大股东滥用控制地位，出于个人需要、为其个人债务而由公司提供担保，从而损害公司及公司中小股东权益。本案中，案涉担保条款虽系曹务波代表瀚霖公司与强静延签订，但是 3000 万元款项并未

供曹务波个人投资或消费使用，亦并非完全出于曹务波个人需要，而是全部投入瀚霖公司资金账户，供瀚霖公司经营发展使用，有利于瀚霖公司提升持续盈利能力。这不仅符合公司新股东强静延的个人利益，也符合公司全体股东的利益，瀚霖公司本身是最终的受益者。即使确如瀚霖公司所述并未对担保事项进行股东会决议，但是该担保行为有利于瀚霖公司的自身经营发展需要，并未损害公司及公司中小股东权益，不违反公司法十六条之立法目的。因此，认定瀚霖公司承担担保责任，符合一般公平原则。

3. 在未经公司注册资本金变动及公示程序的情形下，股东不得以任何形式用公司资产清偿其债务，否则构成实质意义上的抽逃出资。

案例：陈云川、湖南嘉茂房地产开发有限公司股权转让纠纷二审民事判决书

案号：(2019)湘民终 290 号

法院观点：……其次，该条约定不符合《中华人民共和国公司法》第三十五条关于股东缴纳出资后不得抽回的规定。彭辉与陈云川均为嘉茂公司的股东，两人之间发生股权转让，约定由嘉茂公司对受让方欠付的股权转让款本息承担连带给付责任，即意味着在受让方不能支付股权转让款的情形下，公司应向转让股东支付股权转让款，从而导致股东以股权转让的方式从公司抽回出资的后果。公司资产为公司所有债权人债权的一般担保，公司法规定股东必须向公司缴纳其认缴的注册资本金数额，公司必须在公司登记机关将公司注册资本金及股东认缴情况公示，在未经公司注册资本金变动及公示程序的情形下，股

东不得以任何形式用公司资产清偿其债务,构成实质意义上的抽逃出资。综上,《补充协议书》中关于嘉茂公司对陈云川欠付彭辉的股权转让款本息承担连带给付责任应认定为无效。至于陈云川对嘉茂公司是否享有债权,是另一个法律关系,在本案中不应一并解决。彭辉依据《补充协议书》第3条约定起诉要求嘉茂公司承担连带清偿责任没有法律依据,嘉茂公司上诉认为其不应当承担连带清偿责任的理由成立,依法应予支持。

需要特别说明的是在第三个案例中,股东存在越权担保的行为,即公司在决策程序上即存在瑕疵,因此该案的判决结果倒也合理。

三、延伸问题

公司为股东之间股权转让提供担保有一个更为具体的场景,即在对赌纠纷案件中,部分投资人会要求创始股东在对赌条件成就时承担回购股权的义务,并且进一步要求目标公司对此承担担保责任。实践当中,人民法院对于公司是否应当承担此种连带责任亦无统一意见,理由仍然是考虑到公司提供此种担保是否会构成“抽逃出资”。从我们前述的分析和整理来看,原则上应该认可公司对股东回购义务提供担保的效力,但同时也应当仔细审查公司提供此种担保是否履行了法定程序、是否存在恶意串通等违反公司法第三十五条规定的行为。我们认为,对赌纠纷中公司为股东的回购义务提供担保的,通常系为了能够成功融资,该担保有利于公司发展,系一种正常的商业行为,在履行了法定的决策程序后,应当认定公司担保有效。

四、结论

关于公司为股东之间的股权转让提供担保的效力，目前的司法实践尚未形成统一意见，部分法院仍然认为该担保构成了实质意义上的抽逃出资而无效，但大部分法院对该担保持肯定态度。我们认为，原则上只要履行了法定的决策程序，该担保就是有效的，要认定担保无效则需要提供进一步的证据加以证明。另一方面，从公司资本维持的角度来看，这种担保也可能成为股东抽逃出资的工具，进而被人民法院宣告无效，因此当事人需要避免此种情形的出现，特别是在受让股东显然不具有支付能力、公司追偿权难以实现的情况下，公司为股东之间的股权转让提供担保的效力将受到严峻的挑战。

动产让与担保可以指示交付方式设立

来源：人民司法

作者：杨世民

单位：宁波海事法院

日期：2021 年 7 月 1 日

【裁判要旨】

债权人、债务人约定以动产设定质押，但未就交付时间、交付方式等作出约定，而是由债务人通知保管人动产所有权转移给债权人的，可认定双方间成立让与担保合同关系。合同中订有清算条款的，让与担保合同有效。让与担保自债权人与债务人之间有关转让返还原物请求权的协议生效之日起设立；双方未就转让返还原物请求权作出明确约定的，让与担保自债务人通知保管人所有权转移给债权人之日起设立。

【案号】

一审：（2020）浙 72 民初 40 号

【案情】

原告：A 公司。

被告：C 公司、汪某。

第三人：D 公司。

2018 年 4 月至 8 月期间，A 公司及其子公司 B 公司分 6 次与 C 公司签订工矿产品购销合同，分别向 C 公司购买异丙醇 600 吨、600 吨、600 吨、700 吨、500 吨、300 吨，并分别支付 C 公司 396 万元、408 万元、420 万元、455 万元、345 万元、216 万元。每次交易过程中，C 公司均向 D 公司出具货权转移证明，明确将存放于 D 公司的上述数量异丙醇转让给 A 公司或者 B 公司；D 公司均向 A 公司或者 B 公司出具货权证明，确认上述数量的异丙醇所有权已转移给 A 公司或者 B 公司。2019 年 4 月 4 日，A 公司与 C 公司、汪某签订借款及担保合同，确认上述交易情况，并约定：6 笔借款期限均为一个月，借款期限内利率为 1%，利息于还本当日一次性支付；借款到期后，须按照月利率 1%标准支付违约金。C 公司以其所有的异丙醇就本合同项下债务向 A 公司提供质押；该质物担保本合同项下全部未还本金及该本金对应的利息、违约金和其他为实现债权支出的必要费用。C 公司未在一定期限内、以同等市场价格回收质物，A 公司可及时处理，所得款项与尚欠借款本息即时结算。C 公司自愿委托 A 公司处置质物，有权在同等条件下主张优先购买。出卖后不足清偿所欠本息部分，A 公司有权另行追偿。C 公司未按时足额偿还本息的，还应承担 A 公司为实现债权而支付的全部费用，其中包括律师费。汪某自愿为 C 公司拖欠 A 公司的债务承担连带担保责任。后 C 公司陆续归还部分款项。

2019 年 10 月 30 日，B 公司出具情况说明，明确其向 C 公司交付的 396 万元、408 万元借款系受 A 公司委托，该借款项下权利由 A 公司享有。截至 2018 年 12 月 31 日，以 A 公司、B 公司名义存放于 D

公司的异丙醇分别为 2100 吨、165.6480 吨，均已被 C 公司提走。为实现本案债权，A 公司支付了律师费 15 万元。

A 公司起诉请求：1. 判令 C 公司归还本金 12580147 元及相应利息、违约金；2. 判令 C 公司支付律师费 15 万元；3. 判令 A 公司就 C 公司提供的 1830.425 吨异丙醇予以折价，或以变卖、拍卖所得价款在约定的担保范围内优先受偿；4. 判令汪某对 C 公司上述第一、二项付款义务承担连带责任；5. 判令 D 公司向 A 公司交付 C 公司提供的 1830.425 吨异丙醇。庭审中，A 公司明确其主张的担保物权为让与担保。

两被告共同辩称：C 公司与 A 公司之间不是借款关系；违约金约定数额过高。

D 公司述称：让与担保未有效设立，A 公司要求 D 公司交付异丙醇无法律依据；A 公司对涉案异丙醇不具有物权，D 公司无须对其承担侵权责任；即便 D 公司存在侵权行为，亦不能在本案中解决。

【审判】

宁波海事法院一审认为，A 公司与 C 公司虽订立购销合同并支付相应款项，但据涉案借款及担保合同可知，A 公司并不以取得涉案异丙醇的所有权为目的，C 公司自 A 公司、B 公司取得的款项亦非货物价款，双方交易虽采买卖合同形式，但均明知买卖合同非其真实意思表示，双方真意系就借款达成一致表示。该意思表示真实，不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗，故双方间借款合同依法成立并生效，双方应依约履行。A 公司取得涉案异丙醇系为担保其

债权，无权径行取得涉案异丙醇的所有权，而须以其变价款项受偿。故涉案借款及担保合同关于以涉案异丙醇担保的约定，不违反法律规定，依法应认定为有效。A 公司对涉案异丙醇主张的让与担保权利是否成立，取决于涉案异丙醇是否按照物权法的相关规定转让至 A 公司名下并依法公示。涉案异丙醇属动产，归属于 C 公司，由 D 公司直接占有，C 公司向 D 公司出具货权转移证明后，D 公司向 A 公司、B 公司出具货权证明，故可认定 C 公司已通过转指示交付形式将涉案异丙醇交付给 A 公司、B 公司，两公司对涉案异丙醇的让与担保权利已成立。涉案异丙醇系不特定物，均被 C 公司提走，C 公司庭审中确认涉案异丙醇已被其处分，A 公司、B 公司已丧失占有，无法再予特定化。根据标的物灭失物权消灭的法理，A 公司、B 公司就涉案异丙醇所成立的让与担保权利随之消灭。故对 A 公司要求以 C 公司提供的剩余 1830.425 吨异丙醇予以折价或者变卖、拍卖就所得价款优先受偿的诉求，不予支持。涉案借款及担保合同另就律师费承担问题作出明确约定，A 公司有权据此要求 C 公司赔偿其为实现本案债权所支付的律师费 15 万元。A 公司与 C 公司、汪某间系借款担保纠纷，A 公司与 D 公司间系交付货物纠纷，属于不同法律关系，不宜在本案中一并审理。A 公司关于判令 D 公司向其交付涉案 1830.425 吨异丙醇的诉求，可另寻合法途径解决，本案中不予审查。

综上，A 公司要求 C 公司返还借款本金 12580147 元及相应利息、违约金，以及赔偿律师费 15 万元的诉求，于法有据，均予以支持。汪某自愿为 C 公司债务承担连带担保责任，依法应对 C 公司的上述债

务承担连带责任。根据合同法第二百零五条、第二百零六条，及担保法第十八条、第二十一条第一款之规定，宁波海事法院判决：一、C公司返还原告A公司借款12580147元及相应利息、违约金；二、C公司赔偿A公司律师费15万元；三、汪某对C公司上述第一项、第二项债务承担连带责任；四、驳回A公司其余诉讼请求。

一审宣判后，各方当事人均未提起上诉，该案判决已发生法律效力。

【评析】

本案事实清楚，争议均属法律判断问题，笔者分三个层次予以分析。

一、A公司与C公司是否成立借款合同关系

A公司、C公司虽就涉案异丙醇签订购销合同，但双方并无转移异丙醇所有权、支付对价的效果意思，其真意在于以异丙醇担保A公司借款债权，故涉案购销合同属于通谋虚伪表示，根据民法总则第一百四十六条第一款的规定，应属无效。根据该条第二款的规定，对涉案购销合同所隐藏的借款协议的效力，应依照民事法律行为效力的相关规定进行审查。经审查，该协议不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗，亦不存在恶意串通损害他人合法权益的情形，依法应认定为有效。故A公司与C公司间成立借款合同关系，且合法有效。此点对本案审理思路影响甚巨：担保合同系从合同，主合同无效担保合同当然无效；因我国不采物权行为理论，担保合同无效的，债权人不能取得担保物权。

二、股东抽逃出资的举证责任分配

该合同约定 C 公司以异丙醇作为质物，但双方未约定异丙醇的交付时间，亦未就 A 公司取得异丙醇的占有以设定质权作出约定。在该合同签订前，C 公司已通知 D 公司涉案异丙醇的所有权转移给 A 公司或者 B 公司，而 A 公司、B 公司与 D 公司间无仓储合同关系，无法通过间接占有取得对异丙醇的质权。双方关于质押的约定，与物权法质押部分的规定不符，不能认定双方间成立质押合同，但以异丙醇设定担保则为双方所不争。为鼓励交易，并维持 A 公司、C 公司间利益平衡，不宜认定涉案借款及担保合同关于担保的约定无效，而应通过体系解释、历史解释、符合合同目的解释、符合诚信原则解释等合同解释方法，探求双方订立担保条款的真意，认定 A 公司与 C 公司间成立让与担保合同。

让与担保者，系指债务人或第三人为担保债务人之债务，将担保标的物之财产权移转于担保权人，而使担保权人在不超过担保之目的范围内，取得担保标的物之财产权，于债务清偿后，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受偿之非典型担保。^{〔9〕}关于让与担保合同的效力，有三种无效观点：1. 虚伪意思表示说。设定人将标的物的所有权转移给担保权人仅是形式，双方间并无转移标的物所有权的意思，属于双方通谋而为虚伪转移权利的意思表示。2. 脱法行为说。让与担保合同中的流质条款违反了法律的禁止性规定，且法律不允许以占有改定的方式设立动产质权，故此类合同

〔9〕 谢在全：《民法物权论》（下册），中国政法大学出版社 2011 年版，第 1100 页。

系以迂回手段实现法律所禁止的目的。3. 违反物权法定说。让与担保合同创设了法律未规定的物权类型，有悖于物权法定原则。前两种学说自概念、逻辑角度分析，满足于概念的完美、逻辑的自洽，但未能正确认识让与担保的社会作用；第三种学说则陷入物权法定的窠臼，未能认识到经济社会的快速发展已要求适度放宽物权法定的限制，无法实现促进经济发展与保护交易安全的适度平衡。必须看到，相较于传统担保方式，让与担保有其特有的制度优势：其一，让与担保能够扩大融资担保的可能性；其二，设定人继续保留标的物之占有；其三，阻却或削减交易第三人出现的可能性；其四，节约交易成本或制度成本。^{〔2〕}

司法实践中，对让与担保合同的效力长期存在争议，最高人民法院于 2019 年 11 月 8 日发布的《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》）为争议划上了一个句号。该纪要第 71 条第 1 款规定：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者第三人，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。合同如果约定债务人到期没有清偿债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该部分约定无效，但不影响合同其他部分的效力。涉案借款及担保合同中订立了清算条款，即 C 公司到期未清偿债务的，A 公司有权以涉案异丙醇拍卖、变卖或者折价后清偿其债权，多余部分

〔2〕 王闯：“关于让与担保的司法态度及实务问题之解决”，载《人民司法》2014 年第 16 期。

仍须退还给 C 公司，可充分保障 C 公司以及 C 公司其他债权人的合法权益，符合上述规定，应认定为有效。

三、A 公司对涉案异丙醇是否成立让与担保权利

《九民会纪要》第 71 条第 2 款规定：当事人根据上述合同约定，已经完成财产权利变动的公示方式转让至债权人名下，债务人到期没有清偿债务，债权人请求确认财产归其所有的，人民法院不予支持，但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。按照物权区分原则，让与担保合同成立生效仅是债权人取得让与担保的前提，其是否取得物权效力，取决于动产所有权是否在形式上已转移至其名下。涉案异丙醇属于动产，根据物权法第二十三条的规定，A 公司于交付之日在形式上取得所有权，成为形式上的所有人。但 C 公司并未向 A 公司现实交付，而是依据其与 D 公司之间的仓储合同，基于存货人的身份通知保管人 D 公司涉案异丙醇的所有权已转移给 A 公司，D 公司随后亦向 A 公司书面确认该情况。交付有现实交付及观念交付两种，后者乃动产占有在观念上之移转，此为法律顾及交易便捷或特殊情形之需要，而采取之变通方法代替现实交付。^{〔9〕}物权法规定了简易交付、指示交付、占有改定三种观念交付方式。A 公司与 C 公司虽未明确约定通过转让请求 D 公司返还异丙醇的权利代替交付，但自 C 公司通知 D 公司异丙醇所有权转移给 A 公司这一行为，可得出 A 公

〔9〕 谢在全：《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社 2011 年版，第 89 页～第 90 页。

司与 C 公司间系以指示交付方式交付异丙醇的结论。故应认定 A 公司已在形式上取得涉案异丙醇的所有权，取得了让与担保权利。但本案值得讨论的是，A 公司何时取得让与担保？这涉及指示交付何时发生物权变动效力的问题。

就此问题，物权法未作规定，可供参考的是最高法院《关于适用物权法若干问题的解释（一）》第 18 条第 2 款[最高法院《关于适用民法典物权编的解释（一）》第 17 条第 2 款予以沿袭]后段的规定：当事人以物权法第二十六条规定的方式交付动产的，转让人与受让人之间有关返还原物请求权的协议生效时为动产交付之时。该规定虽针对的是善意取得中善意的判断时间，却明确了指示交付的交付时间，对依指示交付产生的物权变动具有很强的参考意义。那么，以转让人与受让人之间有关返还原物请求权的协议生效时间作为指示交付的交付时间，有何法理基础？笔者认为可归纳为三点。

第一，保证物权法动产交付一节体系顺畅的需要。物权法第二十三条确立了交付产生动产物权变动效力的一般规则；第二十五条确立了简易交付自动产物权设立和转让的法律行为生效时产生物权变动效力的规则；第二十七条确立了占有改定自出让人、受让人间关于由出让人继续占有动产的约定生效时产生物权变动的规则。惟未规定指示交付方式下动产物权何时变动。指示交付与简易交付、占有改定均属观念交付，物权法已明确简易交付、占有改定均自相应协议生效时产生物权变动效果，实无充分理由对指示交付的物权变动规则作出不同规定。

第二，保障受让人利益的需要。按指示交付时间节点，有三种动产

物权变动时间模式可供选择。模式一，转让人与受让人关于转让请求第三人返还原物权利的协议生效时；模式二，转让人或受让人通知第三人向受让人交付时；模式三，第三人向受让人交付时。运用逻辑分析方法，可知模式一对受让人保护最为周全。首先，模式二或模式三下，转让请求第三人返还原物权利的协议生效后，标的物所有权仍归属于转让人。如此，转让人可基于其对第三人享有的返还原物债权请求权或者返还原物物权请求权，要求第三人向其交付标的物。受让人因未取得标的物所有权，只能基于与转让人间的约定要求转让人承担债的责任，不能向转让人及第三人行使返还原物请求权。其次，模式二下，转让请求第三人返还原物权利的协议生效时间，与转让人或受让人通知第三人向受让人交付的时间，通常并不一致。类推适用债权转让原理可知，在该通知到达第三人前，第三人向转让人交付的，属于适当履行，转让人对该动产的占有亦属于有权占有。转让人不向受让人交付标的物的，受让人可对转让人行使的仍为债法上的权利，而不能行使物权请求权。再次，模式三下，第三人拒不向受让人交付的，受让人无法取得标的物所有权。如此设计，给受让人取得所有权设置了额外的不确定因素，对受让人的利益维护亦难谓周全。模式一下，转让返还原物请求的协议一经生效，受让人即时取得标的物所有权，不仅可以基于与转让人间的协议要求其交付，还可基于已取得的所有权要求第三人向其交付，对受让人的保护可谓严密周全。

第三，保持指示交付制度活力的需要。物权法第二十六条的规定，学说上称返还请求权之让与，或指示交付，立法理由亦基于简便原则。

〔4〕立法者规定指示交付制度，既是对这一交付方式的肯定，亦透漏出允许、鼓励社会大众采此交付方式以降低交易成本、便利经济生活的态度。但就受让人而言，指示交付相较于现实交付存在先天不足：盖基于动产之交付系以现实交付为原则，而观念交付则为交付方法之变形，且一般而言前者对受让人较为有利，后者尤其是指示交付因标的物仍在第三人占有中，对受让人较为不利。〔5〕为避免出现该项制度无人用于交易、物权法第二十六条沦为具文的情况，至少应保障指示交付的物权变动时间不晚于现实交付产生的物权变动时间。

本案中，涉案借款及担保合同中并无转让请求D公司返还涉案异丙醇权利的条款，故异丙醇交付时间不能按该合同生效时间确定。但是，C公司向D公司发出了所有权转移通知，该通知隐含了一个前提，即C公司与A公司已就转让请求D公司返还异丙醇权利达成协议，在A公司不能举证证明此协议生效时间的情况下，可将双方间转让请求D公司返还异丙醇权利的协议生效时间确定为C公司向D公司发出通知之日。至于D公司是否向A公司确认所有权转移的事实，并不影响A公司取得涉案异丙醇的让与担保权利。

本案还存在一个特殊情况，D公司确认A公司、B公司享有所有权的异丙醇，均已被C公司提走并处分。因异丙醇为种类物，涉案异丙醇又未特定化，按照社会一般观念，被C公司处分后应认定为灭失。按照标的物灭失物权消灭的民法原理，A公司对涉案异丙醇享有的让与担保权利已消灭，故A公司关于以涉案异丙醇拍卖、变卖或者折价以清偿其

〔4〕王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2010年版，第99页。

〔5〕谢在全：《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社2011年版，第95页。

债权的诉请无法获得支持。A 公司可依据涉案借款及担保合同要求 C 公司承担逾期还款的违约责任，也可以 C 公司侵犯其对涉案异丙醇享有的让与担保权利为由要求其承担侵权责任。A 公司选择行使前者，于法有据，依法应予支持。

（案例刊登于《人民司法》2021 年第 14 期）