

法律资讯汇编

(2022 第 09 期)

上海王岩律师事务所
2022年09月

目 录

行业新闻—— 中国银保监会有关部门负责人就 《理财公司内部控制管理办法》答记者问	3
新法速递—— 理财公司内部控制管理办法	8
案例解析—— 违约方合同解除之债权人 在合理期限内未请求履行的认定	20
业务研究—— 公司清算期间能否提起股东代表诉讼	35
—— 动产流动质押中质物交付的判断及责任认定	40

中国银保监会有关部门负责人就 《理财公司内部控制管理办法》答记者问

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2022年8月25日

为贯彻落实党中央、国务院关于加强金融法治建设的重要部署，推动理财公司依法合规经营和持续稳健运行，按照诚实信用、勤勉尽责原则切实履行受托管理职责，中国银保监会制定《理财公司内部控制管理办法》（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》公开征求意见的情况如何？

2022年4月29日至5月29日，银保监会就《办法》向社会公开征求意见，并对反馈意见逐条进行认真研究，进一步完善了《办法》。

《办法》充分吸收采纳合理建议，主要包括：一是按照同类资管产品监管一致性原则，结合理财业务特点规律，细化相关规定。二是进一步完善关联交易、风险准备金等管理规定和具体操作要求。三是对部分表述进行调整完善。

二、制定《办法》的背景是什么？

2018年12月《商业银行理财子公司管理办法》（以下简称理财公司办法）发布实施以来，共有30家理财公司获批筹建，其中28家获批开业。截至2022年6月末，银行及理财公司理财产品合计余额

29.1 万亿元。其中，理财公司产品余额 19.1 万亿元。理财公司作为具备独立法人资格的新型资管机构，有必要尽快构筑全面有效的内控管理制度。

一是资管新规等法规均提出加强内部控制的原则性要求。制定《办法》是对《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（以下简称资管新规）、《商业银行理财业务监督管理办法》（以下简称理财新规）、理财公司办法等相关监管制度的细化和补充，有利于推动理财公司建立健全统一规范的内控标准。二是充分发挥理财公司内控防线作用。理财公司处于“洁净起步”的关键时期，亟需构建与自身业务规模、特点和风险状况相适应的内控合规管理体系，为依法合规和稳健运行提供坚实保障。三是持续强化风险隔离。理财公司还需进一步在人员、资金、投资管理、信息、系统等方面建好风险隔离墙，提高自身独立经营能力。

三、制定《办法》的原则和意义是什么？

制定《办法》主要遵循四项原则：一是坚持问题导向，针对理财公司内控管理薄弱环节和不足提出具体要求，提高规则的可执行性和可操作性。二是坚持行业对标，充分借鉴国内外金融业实践，推动同类业务规则一致。三是坚持风险底线，强化理财公司审慎经营理念，切实增强防范化解各类风险隐患的能力，保障稳健可持续发展。四是坚持保护投资者合法权益，充分发挥内控管理机制作用，落实落细投资者保护要求。

《办法》是理财公司更好履行受托管理职责和信义义务的重要制

度保障，是理财业务高质量发展的内在要求，是实现有效监管的重要途径和有力抓手。在理财公司转型发展的新时期、新阶段发布实施《办法》，有利于促进同类资管业务监管标准统一，增强理财公司法治观念和合规意识，建立健全内控合规管理体系，推动理财行业形成良好发展生态。

四、《办法》的总体结构是什么？

《办法》共六章 46 条。第一章“总则”，明确立法依据、适用范围、定义、总体要求、监督管理等。第二章“内部控制职责”，规定理财公司内部控制组织架构，董监高、内控职能部门、内审部门等职责分工和定位等。第三章“内部控制活动”，细化理财公司在内控制度、产品设计和存续期管理、账户和销售管理、投资和交易制度流程、重要岗位关键人员管理、风险准备金、关联交易管理、与母行风险隔离、投资者权益保护等方面的监管要求。第四章“内部控制保障”，明确理财公司在信息系统管理、网络和信息安全管理、数据质量、会计和估值、内控考评、内控培训等方面应遵循的监管要求。第五章“内部控制监督”，明确理财公司内部审计和年度报告义务，监管部门持续监管责任等。第六章为“附则”。

五、《办法》对强化理财公司受托管理职责有哪些规定？

《办法》要求理财公司对各项业务活动和管理活动制定全面、系统、规范的内控制度体系，并至少每年进行一次全面评估。一是加强产品设计和存续期管理。要求理财产品发行前严格履行内部审批程序，持续跟踪每只产品风险监测指标变化情况，开展压力测试并及时

采取有效措施。二是强化理财业务账户管理。要求完整准确获取投资者身份信息，为投资者开立理财账户，理财资金归集、收付和划转等全部流程通过银行账户及银行清算结算渠道办理，理财产品销售信息和数据交换通过银行业理财登记托管中心中央数据交换平台等银保监会认可平台进行。每只理财产品分别设置投资账户，更好追踪资金投向，落实“三单管理”。三是完善投资和交易制度流程。要求合理划分投资决策权限，建立投资决策授权持续评价和反馈机制。明确不同类型资产投资审核标准、决策流程、风控措施和投后管理要求。健全交易全流程管理制度，有效识别和控制相关风险。四是实行重要岗位关键人员全方位管理。实施岗位责任制度和不相容岗位分离措施，强调开展投资交易应当使用统一管理的通讯工具并进行监测留痕。五是强化与母行风险隔离。要求理财公司对每笔投资进行独立审批和投资决策。全面准确识别关联方，规范管理关联交易行为，合理审慎设定重大关联交易标准。

六、《办法》在同类业务规则一致性上主要有哪些规定？

《办法》充分对标国内外资管行业良好监管实践，结合理财公司特点细化了相关要求。一是设立首席合规官。负责对内部控制建设和执行情况审查、监督和检查，并可以直接向董事会和监管部门报告，更好发挥其监督制衡作用。二是进一步强化信息披露。建立人员信息登记和公示制度，明确投资人员、交易人员名单。在理财公司官方网站或者中国理财网等行业统一渠道公示投资人员任职信息、关联交易信息、托管机构信息等。三是加强交易监测、预警和反馈。实行

公平交易、异常交易监测制度，前瞻性识别和防范风险。实行集中交易和交易记录制度，确保投资和交易相分离，以及交易信息可回溯、可检查。四是完善个人信息保护。建立信息隔离制度，强化信息隔离，防止敏感信息不当传播和使用。依法处理投资者个人信息，保护投资者个人信息安全。

七、《办法》对加强理财公司内外部监督有哪些规定？

《办法》坚持内部监督和外部监管相结合，共同推动理财公司完善内部控制长效机制。一是要求理财公司内控职能部门至少每年组织内控考评，考评结果纳入绩效考核指标体系。二是要求理财公司内审部门至少每年开展内控审计评估，发挥监督制衡作用。三是监管部门加强持续监管，逐步建立理财公司评价体系，提升监管有效性。

八、《办法》关于过渡期有何安排？

《办法》过渡期为施行之日起六个月。不符合《办法》规定的，应当在过渡期内完成整改。理财公司应当在过渡期结束前逐项对照《办法》要求向银保监会相关监管部门提交内控自评报告，确保将《办法》各项规定内化为自身制度和操作实践。

九、《办法》与现行有关制度规则的关系？

《办法》与资管新规、理财新规、理财公司办法等制度规则，共同构成理财公司内控管理的根本遵循。上述制度规则已有规定的，如销售管理、内外部审计等内容，《办法》与之充分衔接。对于目前仍通过内设部门开展理财业务的银行，其内控管理主要遵循《商业银行内部控制指引》；该指引未予明确的，参照《办法》执行。

理财公司内部控制管理办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2022年8月25日

第一章 总则

第一条 根据《中华人民共和国银行业监督管理法》等法律法规，以及《人民银行 银保监会 证监会 外汇局关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（银发〔2018〕106号，以下简称《指导意见》），制定本办法。

第二条 本办法适用于理财公司，包括在中华人民共和国境内依法设立的商业银行理财子公司，以及中国银行保险监督管理委员会（以下简称银保监会）批准设立的其他主要从事理财业务的非银行金融机构。

第三条 本办法所称内部控制是指理财公司为防范化解风险，保证依法合规经营和持续稳健运行而建立的组织机构、制度流程和管控措施等。

第四条 理财公司内部控制应当至少符合以下要求：

（一）贯穿决策、执行、监督和反馈全过程，覆盖各项业务流程和管理活动，覆盖所有部门、岗位和人员；

（二）形成合理制约、相互监督、切实有效的治理结构和运行机制；

（三）根据本机构发展战略、管理模式、业务规模和复杂程度、风险管理水平等及时动态优化调整；

（四）坚持审慎经营、防范风险和投资者利益优先理念，诚实守

信、勤勉尽职地履行受人之托、代人理财职责，保护投资者合法权益。

第五条 银保监会及其派出机构依法对理财公司内部控制活动实施监督管理。

第二章 内部控制职责

第六条 理财公司应当建立分工合理、职责明确、相互制衡的内部控制组织架构。

理财公司应当针对内部控制风险较高的部门和业务环节，制定专门的内部控制要点和管理流程。

第七条 理财公司董事会对内部控制的有效性承担最终责任，监事会（或者不设监事会的理财公司监事，下同）履行监督职责，高级管理层负责具体执行。

理财公司董事长、监事长和高级管理人员原则上不得由理财公司股东、实际控制人及其关联方的人员兼任。

第八条 理财公司应当在高级管理层设立首席合规官。首席合规官直接向董事会负责，对本机构内部控制建设和执行情况进行审查、监督和检查，并可以直接向董事会和银保监会及其派出机构报告。首席合规官应当对理财公司内部控制相关制度、重大决策、产品、业务等进行审查，并出具书面审查意见。首席合规官不得兼任和从事直接影响其独立性的职务和活动。

首席合规官应当由理财公司董事会聘任、考核和解聘。首席合规官应当参照银保监会关于非银行金融机构行政许可事项的相关规定获得任职资格。

理财公司应当保障首席合规官开展工作所需的知情权和调查权等，确保首席合规官能够充分履职。

第九条 理财公司董事会应当指定专门部门作为内部控制职能

部门，牵头内部控制体系的统筹规划、组织落实、检查评估和督促整改。

内部控制职能部门原则上由首席合规官分管。分管内部控制职能部门的高级管理人员，不得同时分管与内部控制存在利益冲突的部门。

理财公司应当在人员数量和资质、薪酬和其他激励政策、信息系统访问权限、信息系统建设以及内部信息渠道等方面，给予内部控制职能部门足够的支持。

第十条 理财公司内部审计部门应当对内部控制制度建设、执行情况和有效性进行审计，及时向董事会、监事会报告发现问题并监督整改。内部审计工作应当独立于业务经营、风险管理和内控合规。

第十一条 理财公司各部门应当对内部控制制度建设、执行情况等开展自查自评，及时向董事会、监事会、高级管理层或相关部门报告发现问题并进行整改。

第三章 内部控制活动

第十二条 理财公司应当建立健全内部控制制度体系，对各项业务活动和管理活动制定全面、系统、规范的业务制度和管理制度，并至少每年进行一次全面评估。

第十三条 理财公司应当建立理财产品设计管理制度，发行理财产品前应当严格履行内部审批程序。涉及发行创新产品、对现有产品进行重大改动、拓展新的业务领域以及其他可能增加风险的产品或业务，应当获得董事会或者董事会授权的专门委员会批准。

第十四条 理财公司应当建立产品存续期管理制度，持续跟踪每只理财产品风险监测指标变化情况，定期或者不定期开展压力测试，并及时采取有效措施。

第十五条 理财公司应当建立理财账户管理制度，理财账户用于登记投资者持有的本机构发行的所有理财产品份额及其变动情况。理财公司应当在完整准确获取投资者身份信息，采取有效措施核实其真实性的基础上，为每位投资者开立独立唯一的理财账户，提供理财账户信息查询服务。

理财产品销售、投资、收益分配等全部业务活动、业务环节涉及的资金归集、收付和划转等全部流程，应当通过银行账户及银行清算结算渠道办理。理财公司和理财业务相关机构应当严格执行银行账户管理相关规定，加强资金全流程管理监测，并实行每日登记对账，保障投资者资金安全。

理财公司不得违规开立和使用账户，不得将理财账户、银行账户与其他账户混同使用。理财公司应当至少每年跟踪监测各类账户风险及合规状况，并出具分析报告。

第十六条 理财公司应当建立理财产品销售管理制度，要求理财产品销售机构按照实名制要求，采取联网核查、生物识别等有效措施，对投资者身份进行核验并留存记录，确保投资者身份和销售信息真实有效。

理财公司应当严格隔离理财产品销售结算资金与其他资金。理财产品赎回、分红及认（申）购不成功的相应款项，应当划入投资者认（申）购时使用的银行账户；无法退回原银行账户的，理财公司和理财产品销售机构应当在验证投资者身份和意愿后，将上述款项退回投资者指定的其他同名账户。

理财产品销售信息和数据交换原则上应当通过银保监会认可的技术平台进行。参与信息和数据交换的相关机构应当符合技术平台相关规范要求，采取切实措施保障信息数据传输和存储的保密性、完整

性、准确性、及时性、安全性。

第十七条 理财公司应当建立投资决策授权管理制度，合理划分投资决策职责和权限，明确授权对象、范围和期限等内容，严禁越权操作。

理财公司应当建立投资决策授权持续评价和反馈机制，至少每年评估一次授权执行情况 and 有效性，及时调整或者终止不适用的授权。

第十八条 理财公司应当建立理财资金投资管理制度，明确投资不同类型资产的审核标准、投资决策流程、风险控制措施和投后管理等内容，并对每笔投资进行独立审批和投资决策，保证资金投向、比例严格符合国家政策和监管要求。

理财公司应当针对理财资金投资的资产，建立风险分类标准和管理机制，及时动态调整资产风险分类结果，确保真实准确反映资产质量。

第十九条 理财公司应当建立理财产品投资账户管理制度，按照相关法律法规为不同理财产品分别设置相关投资账户，并在资金清算、会计核算、账户记录等方面确保独立、清晰与完整。

第二十条 理财公司应当建立理财投资合作机构管理制度，明确准入标准与程序、责任与义务、存续期管理、利益冲突防范机制、信息披露义务、退出机制等内容。

理财公司应当对理财投资合作机构的资质条件、专业服务能力和风险管理水平等开展尽职调查，实行名单制管理，并通过签订书面合同，明确约定双方的权利义务和风险承担方式。

理财公司应当审慎确定各类理财投资合作机构的合作限额，以及单一受托投资机构受托资产占理财公司全部委托投资资产的比例，逐笔记录委托投资有关交易信息，妥善保存相关材料，并由内部控制职能部门组织核查。

第二十一条 理财公司开展投资交易活动，应当至少采取以下内部控制措施：

- （一）建立交易监测系统、预警系统和反馈系统；
- （二）实行集中交易制度和投资指令审核制度，投资人员不得直接向交易人员下达投资指令或者直接进行交易；
- （三）实行公平交易制度，不得在理财业务与自营业务、理财顾问和咨询服务等业务之间，理财产品之间，投资者之间或者与其他主体之间进行利益输送；
- （四）实行交易记录制度，及时记录和定期核对交易信息，确保真实、准确、完整和可回溯，交易记录保存期限不得少于20年；
- （五）建立投资人员、交易人员名单；
- （六）建立投资人员信息公示制度，在本机构官方网站或者行业统一渠道公示投资人员任职信息，并在任职情况发生变化之日起2个工作日内完成公示。

第二十二条 理财公司应当建立异常交易监测制度，有效识别以下异常交易行为：

- （一）大额申报、连续申报、频繁申报或者频繁撤销申报；
- （二）短期内大额频繁交易；
- （三）虚假申报或者虚假交易；
- （四）偏离公允价格的申报或者交易；
- （五）违反公平原则的交易；
- （六）交易市场或者托管机构提示的异常交易；
- （七）投资于禁止或者限制的投资对象和行业；
- （八）与禁止或者受限的交易对手进行交易；
- （九）与理财产品投资策略不符的交易；

(十) 超出理财产品销售文件约定投资范围的交易；

(十一) 法律、行政法规和银保监会规定的其他涉嫌异常交易行为。

理财公司应当及时对发现的异常交易行为进行分析说明，留存书面记录；没有合理说明的，应当立即取消或者终止交易，并采取应对措施。

第二十三条 理财公司应当建立内幕信息管理制度，严格设定最小知悉范围。理财公司及其人员不得利用内幕信息开展投资交易或者建议他人开展投资交易，牟取不正当利益。内幕信息的范围，依照法律、行政法规的规定确定。

第二十四条 理财公司及其人员不得利用资金、持仓或者信息等优势地位，单独或者通过合谋操纵、影响或者意图影响投资标的的交易价格和交易量，损害他人合法权益。

第二十五条 理财公司应当建立利益冲突防控制度，不得向任何机构或者个人进行利益输送，不得从事损害投资者利益的活动。

理财公司应当要求全体人员及时报告可能产生利益冲突的情况，并对全体人员及其配偶、利害关系人建立证券投资申报、登记、审查、管理、处置制度。

理财公司投资人员和交易人员不得直接持有、买卖境内外股票，实施股权激励计划或者员工持股计划的除外；不得从事与本机构有利益冲突的职业或者活动，未经本机构批准不得在其他经济组织兼职；不得违规为其他机构或者个人提供投资顾问、受托管理等服务，不得利用职务便利为自己或者他人牟取不正当利益。

第二十六条 理财公司应当按照《指导意见》，以及银保监会关于关联交易管理和理财公司管理的相关规定，建立健全关联交易管理

制度，全面准确识别关联方，完善关联交易内部评估和审批机制，规范管理关联交易行为。

理财公司以自有资金及理财产品投资本公司或托管机构的主要股东、实际控制人、一致行动人、最终受益人，托管机构，同一股东或托管机构控股的机构，或者与本公司或托管机构有重大利害关系的机构，以及银保监会关于关联交易管理相关规定中涉及的其他关联方发行或承销的证券、发行的资产管理产品，或者从事其他关联交易的，应当按照商业原则，以不优于对非关联方同类交易的条件进行。

理财公司以自有资金及理财产品开展关联交易的，应当在本机构官方网站或者行业统一渠道披露关联交易信息，在本机构年报中披露当年关联交易总体情况。以理财产品开展关联交易的，还应当符合理财产品投资目标、投资策略和投资者利益优先原则，并向投资者充分披露信息。

理财公司应当合理审慎设定重大关联交易判断标准。涉及重大关联交易的，理财公司应当提交董事会审批，并向银保监会及其派出机构报告。银保监会可以根据审慎监管原则，要求理财公司调整重大关联交易判断标准。

理财公司不得以自有资金或理财资金与关联方进行不正当交易、利益输送、内幕交易和操纵市场，包括但不限于投资关联方虚假项目、与关联方共同收购上市公司、向本机构注资等。

第二十七条 理财公司应当建立信息隔离制度，全面覆盖存在利益冲突的各项业务。

理财公司应当加强敏感信息识别、评估和管理，防止敏感信息不当传播和使用。敏感信息包括内幕信息和可能对投资决策产生重大影响的未公开信息等。

第二十八条 理财公司应当建立理财产品第三方独立托管制度，与托管机构签订书面合同，明确约定托管机构应当依法依规提供账户开立、财产保管、清算交割、会计核算、资产估值、信息披露、投资监督以及托管合同约定的相关服务。理财公司应当在本机构官方网站或者行业统一渠道公示托管机构信息。

第二十九条 理财公司应当建立风险准备金管理制度，按照规定计提风险准备金并进行单独管理。理财公司应当开立专门的风险准备金账户，用于风险准备金的归集、存放与支付。风险准备金账户不得与其他类型账户混用，不得存放其他性质资金。风险准备金属于特定用途资金，理财公司不得以任何形式擅自占用、挪用或借用。

理财公司应当保证风险准备金的安全性和流动性。风险准备金可以投资于银行存款、国债、中央银行票据、政策性金融债券以及银保监会认可的其他资产，其中持有现金和到期日在一年以内的国债、中央银行票据合计余额应当保持不低于风险准备金总额的10%。

第三十条 理财公司岗位管理应当至少符合以下要求：

（一）建立岗位责任制度，明确各部门、岗位职责及权限，重点业务环节实施双人、双责复核制；

（二）实施不相容岗位分离措施，形成相互制约的岗位安排；

（三）明确重要岗位清单，重要岗位人员实行轮岗或者强制休假制度；

（四）严格执行银保监会关于银行保险机构员工履职回避相关规定。

第三十一条 理财公司交易场所和设施安全管理应当至少符合以下要求：

（一）确保交易场所相对独立，配备门禁系统和监控设备，无关

人员未经授权不得进入；

（二）投资人员、交易人员只能使用本机构统一管理的通讯工具开展投资交易，并应当监测留痕；

（三）交易人员的手机及其他通讯工具在交易时间集中存放保管，严禁在交易时间和交易场所违规使用手机或其他通讯工具。

第三十二条 理财公司应当建立印章印鉴管理制度，指定专人保管印章印鉴，严格用印审批流程，妥善保存用印后的书面合同，防止越权和不规范用印。

第三十三条 理财公司应当建立健全投资者权益保护制度，设置专职岗位并配备与业务规模相匹配的人员，严格实施事前协调、事中管控和事后监督，确保有效落实投资者权益保护。

理财公司应当建立有效的投资者投诉处理机制，在本机构官方网站、移动客户端、营业场所或者行业统一渠道公布投诉电话、通讯地址等投诉渠道信息和投诉处理流程，在理财产品销售文件中提供投诉电话或者其他投诉渠道信息，及时、妥善处理投资者投诉。

理财公司内部控制职能部门应当定期研究、分析信访事项中与内部控制有关的信息和问题，及时向董事会、监事会和高级管理人员报告转送、督办情况，提出处理或改进建议。

第三十四条 理财公司应当根据反洗钱、反恐怖融资及非居民金融账户涉税信息尽职调查等法律法规要求履行相关职责。

第四章 内部控制保障

第三十五条 理财公司应当加强各项业务环节管理的信息化、流程化、自动化，建立健全安全、合规、高效、可靠并且与内部控制相匹配的业务和管理等系统，为内部控制有效性提供技术保障和系统支持。

第三十六条 理财公司应当按照国家法律法规和银保监会关于

信息科技监管的相关规定，加强网络安全和数据安全管理，采取身份鉴权、访问控制、日志审计、数据备份、交易反欺诈等技术措施，有效防范网络入侵、信息泄露、数据篡改、系统不可用等风险，确保各项业务环节数据的保密性、完整性、真实性和抗抵赖性。

理财公司应当建立健全投资者信息处理管理制度，依法处理投资者个人信息，严格审批程序，明确处理范围，规范处理行为，保存处理记录，确保信息处理行为可回溯，保护投资者个人信息安全。

第三十七条 理财公司应当健全数据质量控制制度和流程，指定专门部门负责数据质量管理，确保数据信息真实、完整、连续、准确和可追溯，不得迟报、漏报、错报或瞒报。

第三十八条 理财公司应当建立健全会计核算和估值系统，严格执行《企业会计准则》和《指导意见》等规定，真实准确反映各项业务交易，确认和计量理财产品净值。

理财公司发行的每只理财产品应当作为单独的会计主体独立进行会计处理，定期编制包括资产负债表、利润表、产品净值变动表、会计报表附注在内的完整财务会计报告，保证不同理财产品之间在投资者信息登记、账户设置、资金划拨、账簿记录等方面相互独立。

理财公司应当对自营业务、理财产品实施分账管理、独立核算，确保会计信息真实、可靠、完整。

第三十九条 理财公司应当合理设定内部控制考评标准，内部控制职能部门至少每年对各部门和人员内部控制活动开展一次考评，考评结果纳入绩效考核指标体系，并及时报送董事会、监事会和高级管理人员。

理财公司应当对内部控制职能部门和内部审计部门建立区别于其他部门的绩效考核机制和薪酬管理制度，以有利于其有效履行内部

控制管理和监督职能。

第四十条 理财公司应当将内部控制纳入培训计划，确保每人每年接受不少于 20 小时的内部控制培训。

第五章 内部控制监督

第四十一条 理财公司内部审计部门应当至少每年开展一次内部控制审计评估，并将审计评估报告报送董事会、监事会，同时与高级管理人员及时沟通审计发现问题。

内部审计部门应当跟踪审计发现问题的整改落实情况，并及时向董事会报告。

第四十二条 理财公司应当于每年 4 月 30 日前向银保监会及其派出机构报送经董事会审议通过的上一年度内部控制报告。内容包括：内部控制执行情况、评价结果、整改情况、审计评估报告和银保监会及其派出机构要求报送的其他材料。

第四十三条 银保监会及其派出机构应当对理财公司内部控制执行情况和有效性进行持续监管，逐步建立理财公司评价体系。

银保监会及其派出机构应当将理财公司内部控制执行情况，作为非现场监管、现场检查、现场调查和有关股东监管评级的重要考虑因素。

第四十四条 理财公司及相关人员违反本办法规定的，银保监会及其派出机构应当责令限期整改，并依法采取监管措施或者实施行政处罚。

第六章 附则

第四十五条 本办法由银保监会负责解释。

第四十六条 本办法自公布之日起施行。过渡期为本办法施行之日起六个月。不符合本办法规定的，应当在过渡期内完成整改。

违约方合同解除之债权人在合理期限内未请求履行的认定

来源：上海一中法院公众号

作者：郑军欢、俞悦

日期：2022年8月29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2020年度和2021年度优秀案例分析评选活动中，上海一中院分别有13篇和20篇案例获奖，获奖总数位居全市法院第一。官方微信公众账号《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。

某水务设备有限公司诉某装饰工程有限公司买卖合同纠纷案

【关键词】

违约方合同解除 债权人请求履行 合理期限

【裁判要旨】

《民法典》第五百八十条首次以成文法形式规定不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的一方在债权人于合理期限内未请求履行时致使不能实现合同目的，违约方有权向人民法院请求终止合同权利义务关系。其中，合理期限的识别路径为当事人事先约定、

事后补充约定、按照合同条款或交易习惯确定以及参照法律规定。合理期限应符合当事人的预期与社会公众的一般评价标准，综合涉案合同的种类、标的、性质、目的、履行情况、交易习惯等因素，并遵循诚实信用原则予以确定。合理期限经过应导致违约方受保护法益处于无法实现的状态、继续履行对违约方明显不公等合同目的无法实现之情形。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》第五百八十条

【案件索引】

二审：上海市第一中级人民法院（2021）沪民终 2526 号（2021年5月27日）

【基本案情】

水务公司诉称，水务公司、装饰公司签订的《工业产品购销合同》约定货物全部送达交货地点为付款条件之一。合同签订后装饰公司支付预付款，后水务公司向装饰公司部分供货，装饰公司至今尚欠货款。

2018 年水务公司曾向装饰公司员工提出解除合同并支付已供货部分货款，而装饰公司经营异常，继续履行会给水务公司造成更大损失。

故请求判令：1. 解除水务公司、装饰公司于 2016 年 10 月 7 日签订的《工业产品购销合同》；2. 装饰公司支付货款 403,074 元及违约金（以 403,074 元为基数，自 2016 年 12 月 28 日起按月息 2 分计算至实际给付之日止）。

装饰公司辩称：1. 水务公司未按照合同约定时间交付全部货物，已构成违约；2. 水务公司未将全部货物送达交货地点，装饰公司未签收，支付货款的条件尚未成就；3. 装饰公司不存在违约情形，保留向水务公司追索违约金要求其承担经济损失的权利；4. 水务公司要求解除合同不适用合同第 13 条违约情形，亦不属于法定解除，要求水务公司继续履行案涉合同的交货义务；5. 如法院认定装饰公司违约，水务公司主张的违约金过高要求法院予以调整。

法院查明事实：2016 年 10 月 7 日，水务公司、装饰公司签订《工业产品购销合同》，约定装饰公司向水务公司购买热镀锌钢管等产品共计金额 836,004 元，最终优惠价 820,000 元。

合同还约定：交货期 90 日内全部供完，自装饰公司预付款到达水务公司指定账户之日起算……；付款方式为合同生效之日起 3 日内装饰公司支付预付款 20%，货物全部送达交货地点装饰公司组织签收完毕 5 日内再支付合同总金额 60%的货到款，调试验收完毕 5 日内装饰公司支付合同总金额 15%的调试款，留质量保证金 5%一年，质量保证期满一周内一次性付清。

违约责任约定：1. 水务公司非因不可抗力及意外事件导致的迟延交货，每迟延一日应按延期交货金额 1‰向装饰公司支付违约金……；2. 装饰公司迟延付款的，每迟延一日应按延期付款金额 1‰向水务公司支付违约金；3. 产品生产完毕后，装饰公司提出暂缓发货的，由水务公司代为保管的期限为 30 日……装饰公司超过代管期仍未提货的，视为装饰公司拒收货物致水务公司合同目的不能实现，水务公司

可行使单方合同解除权，解除合同的通知自到达装饰公司时生效，装饰公司应按合同总额的 30% 承担违约责任，若水务公司的实际损失超过 30% 的，则按实际损失追偿。

2016 年 10 月 9 日，装饰公司从陈某账户向水务公司转账支付 20% 预付款 164,000 元。

2016 年 10 月 17 日，水务公司、装饰公司双方签订《合同补充协议》，装饰公司根据工程建设需要，补充采购 114 沟槽三通一批，金额 2,760 元，补充后合同总金额 822,760 元。

2016 年 10 月 20 日、11 月 30 日，水务公司共分三批次向装饰公司交付部分热镀锌钢管及全部 114 沟槽弯头、114 沟槽蝶阀等。

2016 年 12 月 17 日，装饰公司向水务公司发送《催货通知书》，称急需该批货物用于施工，而水务公司未及时供货已造成工期延误，要求水务公司接函后立即供货，否则将追究水务公司的违约责任及赔偿损失。水务公司的业务代表于同年 12 月 18 日签字确认“收到通知书”。

2016 年 12 月 20 日、12 月 23 日，水务公司向案外人转账 20,000 元预付款及 78,487 元货款。

2018 年 1 月 15 日，装饰公司委托律师事务所向水务公司发送《律师函》，称因水务公司的严重违约导致装饰公司无法施工，已造成巨额损失及第三方索赔，要求水务公司在接函三日内解决违约一事，否则将通过诉讼途径解决此事。

一审庭审中，装饰公司明确暂不提起反诉要求水务公司继续履行

合同。

二审法院另查明，根据金投网等显示的热镀锌钢管价格行情，热镀锌钢管的价格呈逐年上涨趋势，与案涉合同同类热镀锌钢管的价格，2017年5月24日为4,300元/吨，2021年5月8日为6,560元/吨。

【裁判结果】

一审法院于2020年12月22日作出判决：驳回水务公司的全部诉讼请求。

水务公司认为，装饰公司未在合理期限内要求履行，也未作为善意商事主体提出或同意解除合同，刻意造成付款条件不成就，形成合同僵局，违反了诚信和公平原则。由于装饰公司怠于行使要求继续履行的权利已远超合理期限，该权利已不受法律保护，应准予另一方要求解除合同，以避免双方利益失衡。故一审法院认定事实不清，适用法律错误，水务公司向上海市第一中级人民法院提起上诉。

上海市第一中级人民法院于2021年5月27日作出（2021）沪民终2526号民事判决，判决：一、撤销一审法院民事判决；二、水务公司和装饰公司于2016年10月7日签订的《工业产品购销合同》于2020年11月23日解除；三、装饰公司于判决生效之日起十日内支付水务公司货款308,187.20元；四、驳回水务公司的其余诉讼请求。

【裁判理由】

法院生效裁判认为，本案主要争议是水务公司是否有权主张解除合同，包含三方面的认定：第一，水务公司未按约定履行合同义务，

系违约方；**第二**，装饰公司作为债权人未在合理期限内行使权利；**第三**，水务公司作为违约方有权解除案涉《工业产品购销合同》。

一、水务公司未按约定履行合同义务，构成违约。案涉《工业产品购销合同》约定，水务公司应自装饰公司预付款到账之日起90日内交货完毕。

水务公司于2016年10月、11月分三批向装饰公司交付部分货物，合计货款472,187.20元。水务公司另主张其通过第三方向装饰公司交付98,487元的货物，但装饰公司未予确认，水务公司对此亦未能充分举证证明，故不予认定。水务公司嗣后未按合同约定的交货期限向装饰公司交付剩余货物，显然已构成违约。

二、装饰公司作为债权人在合理期限内未要求债务人履行。合同约定的交货期届满后，装饰公司于2018年1月15日委托律师发出《律师函》，要求水务公司于接函后3日内解决违约一事，否则依法通过诉讼主张巨额赔偿或者违约金。

但水务公司未继续履行，装饰公司亦未积极主张权利。装饰公司在之后长达两年多时间内，既未向水务公司主张履行，也未通过向法院起诉请求履行或者解除合同并要求水务公司赔偿损失。况且，在水务公司向一审法院起诉请求解除合同并要求装饰公司支付货款后，装饰公司既不同意水务公司的诉请，也未提出反诉要求水务公司承担继续履行等违约责任。

由此可见，虽然装饰公司在合同约定的交货期届满前后曾向水务公司主张履行，但其之后长期怠于向水务公司主张履行的行为已构成

《中华人民共和国民法典》第五百八十条第一款规定的“债权人在合理期限内未要求履行”的除外情形。

三、水务公司有权解除案涉《工业产品购销合同》。根据现已查明的案件事实，水务公司作为违约方，其在主观上就其违约行为并不具有恶意。

鉴于合同标的物即热镀锌钢管目前的市场价格明显高于合同约定的单价，若现在要求水务公司继续履行合同约定的交货义务，则会对其明显不公平。

而装饰公司作为守约方，其未在合理期限内要求履行，同时又拒绝解除合同，显然有违诚信原则。在出现这样合同僵局情况下，会造成水务公司因未履行全部交货义务而无法获得已履行部分的相应对价的情形，继而导致双方利益的失衡。

因此，虽然本案争议的合同成立及法律事实均发生在民法典施行前，但根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第十一条规定，本案应适用《中华人民共和国民法典》第五百八十条第二款规定，故水务公司起诉请求解除合同，具有事实和法律依据。

案涉合同自水务公司关于解除合同的诉讼请求到达装饰公司时解除。合同解除后，尚未履行的，终止履行，对于水务公司已交付的货物，装饰公司应支付相应货款。因装饰公司并非违约方，故水务公司的违约金请求于法无据，不予支持。装饰公司未在本案中提出反诉追究水务公司的违约责任，若其认为因水务公司违约给其造成损失，

其可另行起诉主张损害赔偿。

【案例注解】

合同解除具有卸下当事人合同义务、消解合同拘束力的效力，是当事人终止合同法律关系的重要途径。

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）颁布生效后，不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的一方在符合法定要件时亦有权终止合同的权利义务关系即违约方合同解除已从裁判观点^[1]转化为成文立法。

《民法典》第五百八十条从法律上或者事实上不能履行、债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高、债权人在合理期限内未请求履行三个维度设置了违约方解除的成立路径。

本案主要剖析债权人在合理期限内未请求履行情形下违约方合同解除的成立要件及行权后果。

01 债权人在合理期限内未请求履行的法律场景与论证前提

《民法典》第五百八十条共有两款，第一款沿袭了1999年《中华人民共和国合同法》第一百一十条的内容表述，第二款为新增条款。

通说认为，本条是在《全国法院民商事审判工作会议纪要》第四十八条^[2]基础上进行的修改，目的是解决实践中存在的合同僵局问题，完善合同违约责任制度。^[3]

值得注意的是，较之《全国法院民商事审判工作会议纪要》第四十八条的规定，《民法典》第五百八十条的条款表述亦存在一定差异。这种差异也体现出合同严守依然是处理合同纠纷的基本原则，就违约

方解除合同的法律赋权只适用于有限的、特定的法律场景，而非针对所有违约方的一般性条款。

首先，《民法典》未侧重于采纳效力违约理论^[4]单独规定违约方享有合同解除权，而是将其作为守约方在特定情形下不得请求继续履行的补充救济方式。在违约方不履行非金钱债务或履行非金钱债务不符合约定时，守约方可要求其继续履行，也可要求其承担其他形式违约责任。若守约方选择具有可替代性的救济途径或该履行不能足以不影响合同目的的实现，则违约方合同解除的行权基础丧失。申言之，在认定请求继续履行的除外情形时，应对守约方的权利形式在履行成本、行权时间等方面采取相对宽容的态度。

其次，《民法典》未明确指出违约方解除限于长期性合同。有观点认为，合同僵局主要是指在长期合同中，一方因为经济形势的变化、履约能力等原因，导致不可能履行长期合同，需要提前解约，而另一方拒绝解除合同。^[5]

但司法实践中，基于交易模式的复杂性、合同条款的关联性等因素，合同僵局的表现形态更为多样，如存在分期履行、特别约定、向第三方履行等合同条款情形下，短期性、一时性合同亦可能存在合同僵局。

因此，合同僵局的判断不能受制于合同类型，应采取实质性审查模式，可参照公司僵局的认定标准，围绕是否可就合同的重大事项达成合意、履行利益是否存续、是否可通过协商解决履行困境等方面予以综合审查。

最后，《民法典》未明确排除当事人恶意违约的情形。但考察法律规定的演变及相关判例后的实质动因，通说认为，违约方合同解除应以当事人非恶意违约为前提，不认可违约方实施机会主义行为而侵害守约方的利益。违约方一遇履行困难或者对其经济上不合理时就选择故意违约，这将引发相关的道德风险，亦有违任何人不能从其不法行为中获利的原则。^[6]

需要注意的是，此处的“恶意违约”不等同于“存在过错”，即违约方因过失或客观原因导致无法履行合同的，一般不视为恶意违约。恶意一方面指履行无碍却主动选择、有意促成违约，另一方指该行为有追求更大经济利益、造成交易相对方损失等动机。违约方恶意违约的，即使形式上存在符合《民法典》第五百八十条的情形，也不享有违约方合同解除。

02 债权人在合理期限内未请求履行的衡酌因素与具体判断

解构相关条款可知，违约方合同解除适用情形之一为当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但债权人在合理期限内未请求履行，致使不能实现合同目的。

多数观点认为，这里的“合理期限”是属于不确定概念，既不属于除斥期间，又不属于诉讼时效，而属于失权期间。法律就合理期限的规定旨在一方面督促债权人积极行权，尽早明确债务人的责任承担方式，另一方面对债权人怠于行使之权利行为予以惩戒，推动合同争议的解决。

特定案件中，合理期限的确定应结合涉案合同的种类、标的、性

质、目的、履行情况、交易习惯等因素并结合诚实信用原则予以综合判断。

首先，合理期限的识别。合理期限的表述是立法者的艺术性留白，有利于法官基于案件情况行使必要的自由裁量权。期限是否合理侧重于判断者的主观感受，也应符合当事人的预期与社会公众的一般评价标准。合理期限的识别路径为当事人事先约定、事后补充约定、按照合同条款或交易习惯确定以及参照法律规定。

在合理期限的识别中应注意以下问题：

第一，从权利性质角度。《民法典》第五百八十条两款规定的权利性质存在差异，第一款实质为违约方对债权人要求其继续履行的抗辩情形，不影响债权人选择赔偿损失等其他救济途径，很大程度上影响的是债权人在固有权利中的选择。反之，第二款虽以第一款列明的三种客观情形为基础，但为违约方打开了可独立地、主动地向法院或仲裁机构申请终止合同权利义务关系地通道，对违约方而言为赋权性规则，故就同一案件而言在适用第二款时对合理期限的认定较适用第一款时长。

第二，从合同性质角度。合同的履行期限与合理期限的长短不具有必然联系，如长期性租赁合同的合理期限可能短于一时性买卖合同的合理期限认定。

第三，从合同约定的角度。合理期限的确定除注意合同或法律条款中有关非金钱债务的规定外，仍应注意有关付款条件、付款方式、付款对象等金钱债务的履行期限及方式。

第四，从民商事交易习惯角度。商法价值理念突出交易效率与交易回报。通常情况下，商事交易的合理期限较民事交易短。

第五，从比较适用角度。与该期限类似的期限制度规定有诉讼时效、解除权行使期间、撤销权行使期间等。综合权利性质、当事人权利维护、各法律制度的衔接等因素，通常情况下该合理期限的认定应长于案涉合同对应的除斥期间而短于诉讼时效期间。

其次，合理期限的计算。鉴于《民法典》第五百八十条规定的基础是守约方的权利救济，合理期限的起算点可参照诉讼时效的计算，即自债权人知道或应当知道权利被侵害之日起算。同时，该合理期间不存在中止中断情形，债权人应在一定时期内连续行使权利即前期的积极行权并不能豁免后期的消极的权利滥用。

例如，债务人违约后，债权人于合理期限内催告其继续履行，债务人履行部分义务后再次违约，则债权人需在合理期限内重新行使权利。**又如**，债务人违约后，债权人于合理期限内催告其继续履行，但债务人未予履行，则债权人应在合理期限内再次行使权利。债权人行使权利的方式应具体明确，如发邮件、律师函、提起诉讼等。

最后，合理期限与合同目的无法实现的相关性。债权人在合理期限内未请求履行致使合同目的无法实现的，才产生违约方可诉请解除合同的法效果。

期限经过可能影响合同目的的情形有：**第一**，债权人怠于行使权利的情形致使违约方应受保护的法利益处于无法实现的状态，如当事人约定以全部履行供货义务为付款条件；**第二**，标的物在合理期限内

市场价格发生明显变化，继续履行对违约方明显不公；**第三**，债务人履约能力发生巨大减损。

03 债权人在合理期限内未请求履行情形下违约方合同解除的法律后果与救济

符合《民法典》第五百八十条第二款的适用条件，违约方可依法向人民法院或者仲裁机构申请终止双方权利义务关系。法律后果的处理回归到普通的合同解除的法律后果。

首先，人民法院或者仲裁机构对合同履行状态进行审核，依据诚实信用与公平原则予以处理。针对合同是否具备解除条件的认定，应基于多种因素予以全面谨慎考量，如债务人履行进度、继续履行的可能性、不能继续履行的原因、债权人能否获得替代履行，债务人是否享有对他人的赔偿请求权、债权人拒绝解除合同的动机，合同延续是否导致权利义务明显失衡。

其次，按照《全国法院民商事审判工作会议纪要》的精神，若法院认为该申请符合合同解除要件的，应当采取适度职权主义，就合同解除的后果向当事人进行释明。在违约方提出解除合同诉请时，应特别告知债权人可直接主张损害赔偿，若其表示不愿意一并处理或争议较大也可另行起诉主张损害赔偿。

最后，关于损失赔偿范围，法院应当按照《民法典》第五百八十四条的规定，酌情支持债权人向违约方主张可得利益，具体应结合个案情况，遵循损失赔偿的可预见性规则、减损规则、违约方过错程度等因素进行综合判断。就违约方提出的因债权人在合理期限未行使权

利而造成其损失的认定，应回溯至违约行为发生时，以此为基点确定债权人是否有相应的给付义务。

【注释】

[1] 最高人民法院 2006 年公报案例“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”。

[2] 《全国法院民商事审判工作会议纪要》第四十八条的规定：“违约方不享有单方解除合同的权利。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院依法予以支持：（1）违约方不存在恶意违约的情形；（2）违约方继续履行合同，对其显失公平；（3）守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。人民法院判决解除合同的，违约方本应承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。” 参见最高人民法院民事审判二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社 2019 年版，第 315 页。

[3] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》（二），人民法院出版社 2020 年版，第 736 页。

[4] 效率违约理论认为，只要违约获得的收益大于履行产生的成

本，法律就应当允许违约方通过支付损害赔偿退出合同，而不能要求实际履行合同。孙良国：《效率违约理论研究》，《法制与社会发展》2006年第5期，第102-103页。

[5]王利明：《论合同僵局中的违约方申请解约》，《法学评论》2020年第1期，第30页。

[6]最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》（二），人民法院出版社2020年版，第741-742页。

[7]最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社2020年版，第742页。

公司清算期间能否提起股东代表诉讼

来源：法务部观察

日期：2022年8月8日

股东代表诉讼是指当公司的合法权益受到不法侵害而公司却怠于提起诉讼时，具备法定资格的股东即有权以自己的名义代表公司提起诉讼，所获赔偿归于公司的一种诉讼制度。

在公司正常存续运营期间，公司法赋予了股东提起代表诉讼的权力。当公司进入清算阶段，清算组接管公司清算事务，履行清算职责；特别是在公司进入强制清算期间，股东能否替代清算组职责，对案外人提起股东代表诉讼？实践中存在不同的声音。

清算程序中可以提起股东代表诉讼

在(2016)最高法民申字663号民事裁定书中，最高人民法院认为：

《公司法》第一百五十一条规定：“董事、高级管理人员有本法第一百五十条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百五十条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人

民法院提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东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，前款规定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。他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。”其中，并未对公司状态作出限定。故星源公司申请再声称，该条规定是指公司在正常运营情况下的股东代表诉讼制度，于法无据。

《公司法解释二》第二十三条规定：“清算组成员从事清算事务时，违反法律、行政法规或者公司章程给公司或者债权人造成损失，公司或者债权人主张其承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，依据公司法第一百五十一条第三款的规定，以清算组成员有前款所述行为为由向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。公司已经清算完毕注销，上述股东参照公司法第一百五十一条第三款的规定，直接以清算组成员为被告、其他股东为第三人向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。”根据上述规定可知，公司清算期间，甚至公司已经清算完毕注销，符合条件的股东仍可依法提起股东代表诉讼。且根据《公司法》第一百五十一条第三款之规定，他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，符合条件的股东均得提起股东代表诉讼，其中，“他人”并不以清算组成员

为限。唯应注意的是，股东代表诉讼的提起应以竭尽内部救济为前提。公司清算期间，董事会和监事会的职能基本丧失，由清算组代表公司行使内外职权，应由清算组作为内部救济机关。本案中，同基公司就天一公司与星源公司合作开发东郊庄园项目的事宜提交天一公司清算组讨论并要求天一公司提起诉讼未果，天一公司清算组自成立至今已逾五年，清算组成员经多次商议，仍无法就是否对星源公司提起诉讼达成一致意见或形成多数意见，已竭尽公司内部救济。二审法院确认同基公司有权向星源公司提起股东代表诉讼，适用法律并无不当。

延申：监事可以提起代表诉讼

在(2022)苏03民终1659号民事裁定书中，江苏省徐州市中级人民法院认为：

关于李文勇在清算组拒绝提起诉讼的情形下，能否以公司监事名义代表公司诉讼的问题。

首先，《中华人民共和国公司法》第五十三条规定：“监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：（一）检查公司财务；（二）对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；（三）当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；（四）提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；（五）向股东会会议提出提案；（六）依照本法第一百五十一条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；（七）公司章

程规定的其他职权。”《最高人民法院关于适用若干问题的规定（四）》（2020年修正）第二十三条第一款规定：“监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事依据公司法第一百五十一条第一款规定对董事、高级管理人员提起诉讼的，应当列公司为伊来福公司，依法由监事会主席或者不设监事会的有限责任公司的监事代表公司进行诉讼。”依据上述规定，不设监事会的有限责任公司的监事有权代表公司进行诉讼，公司进入清算阶段后，监事会或监事的职权并未消失。

其次，《中华人民共和国公司法》第一百四十九条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”《中华人民共和国公司法》第一百五十一条规定了股东代表诉讼的具体程序。本案中，伊来福公司作为清算中的公司，虽然清算组接管公司执行事务，但股东及监事会或监事的权利并未灭失。李文勇既是伊来福公司股东又是监事，其发现公司董事、高级管理人员有《中华人民共和国公司法》第一百四十九条规定的情形，仍有权提起股东代表诉讼，但需要履行必要的前置程序，确保清算组正当行使职权。清算中公司股东或监事提起股东代表诉讼，首先应书面请求清算组向人民法院提起诉讼。在清算组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的情形下，李文勇作为伊来福公司监事，才有权依据《中华人民共和国公司法》第一百五十一条之规定代表公司提起诉讼。

公司注销后股东代表诉讼应继续审理

在(2019)最高法民终 594 号民事判决书中，最高人民法院认为：根据我国《公司法》的规定，股东代表诉讼是在公司董事、监事、高级管理人员违反对公司的忠实和勤勉义务，以及包括大股东等在内的他人侵犯公司合法权益，给公司利益造成损害，而公司又不追究其责任时，赋予股东代表公司提起诉讼的权利，以维护公司合法权益。公司经解散清算并注销后，并非没有权利义务的继受人，在公司已经注销的情况下，符合法定条件的股东对提起股东代表诉讼仍具有诉的利益。故，武广公司虽已注销，但国际公司提起的本案股东代表诉讼应继续审理。

【法务部】小结

1、股东提起代表诉讼是股东的法定权利，不因公司进入清算程序而被剥夺。虽然公司法未予明确，但从公司法解释二第 23 条之规定来看，在清算程序中可以提起股东代表诉讼，这一观点也在司法实践中得到了印证。

2、股东在清算程序中提起股东代表诉讼仍需竭尽内部救济程序，即先行向清算组提出请求，这是履行内部权力救济的前置程序。

3、在公司清算程序中已经提起的股东代表诉讼，虽公司被清算后注销，原已提起的股东代表诉讼仍应继续审理。

动产流动质押中质物交付的判断及责任认定

来源：人民司法杂志社

单位：上海市第一中级人民法院

作者：成阳（一审承办人）

日期：2022年08月25日

【裁判要旨】

在动产流动质押中，通常由质权人、出质人、监管人签订三方协议，由出质人将财产交付给受质权人委托的监管人进行监管。对出质人交付质物的判断，不仅要求质物由监管人接收，且要求质物持续处于监管人的实际控制之下，以确保在实现存货流动性的同时，满足质权的担保功能要求。对监管人实际控制的认定，须从合同约定和实际监管情况两方面综合考量，监管人须履行对质物的审核查验、保管监管等义务，以实现有效的管领控制。此外，对质权人合同利益的救济，并不受质权未设立的影响。质权人可基于合同约定要求出质人承担违约责任，也可要求未履行监管职责的监管人承担责任。

【案号】

一审：（2019）沪01民初180号

二审：（2021）沪民终54号

【案情】

原告：上海江铜营销有限公司（以下简称江铜公司）。

被告：浙江鸿晟隆新材料科技有限公司（以下简称鸿晟隆公司）、浙江泰晟新材料科技有限公司（以下简称泰晟公司）。

第三人：上港物流金属仓储（上海）有限公司（监管人）（以下简称上港物流）。

2016年4月和12月，卖方江铜公司与买方鸿晟隆公司分别签订2016年度和2017年度铜材产品销售合同，约定江铜公司向鸿晟隆公司销售铜线胚。2016年5月至2017年6月期间，江铜公司向鸿晟隆公司发货，后双方进行对账付款。各抵押人为担保鸿晟隆公司的债务，分别向江铜公司提供房产最高额抵押，并办理抵押登记。

鸿晟隆公司和泰晟公司共同作为出质人、江铜公司作为质权人、上港物流作为监管人，分别签订2016年和2017年货物质押及监管协议，均约定：出质人同意将其所有的货物质押给质权人，出质人和质权人均同意将质押财产交由监管人存储监管，监管人同意接受质权人的委托并按照质权人的指示监管质物。在货物质押监管期间，监管人为质权人的代理人，按本协议的约定代理质权人接收、占有、保管、监管质押财产。被担保主债权合同包括2016年和2017年铜材产品销售合同及其将来任何和所有的续展、补充、修改、变更。出质人提供为质权人所认可的货物作为出质人、质权人所签交易合同的质押担保，由监管人按照本协议代理质权人进行占有，履行监管职责。就质

押财产的移交和置换，各方约定：本协议项下最高额质权自出质人将任一质押财产交付质权人时设立，且质押财产可不断通过出质人交付进行追加或调整。质权人委托监管人代为接收、占有出质人交付的质押财产，出质人将质押财产交付给监管人，由监管人接收、占有后，视为出质人向质权人交付财产。质押财产交付地点为浙江省诸暨市迎宾路2号。监管人监管责任自其接收、占有任一质押财产后开始。协议附件载明质物为漆包线、铜管、铜块等，最低折算总重量为2,437.14吨。

2016年6月，泰晟公司（出租方）与上港物流（承租方）、江铜公司（见证方）签订仓库租赁合同，约定泰晟公司于2016年6月1日起将诸暨市迎宾路2号的仓库及配套设施出租给上港物流使用，至2017年6月1日收回，租赁期共12个月，上港物流每月应付1元。其中仓储监管条款约定：1. 上港物流同意泰晟公司安排本合同项下的仓库和装卸，泰晟公司负责场地和仓库货物的日常保管、进出库，上港物流享有监管权。2. 泰晟公司确认仓储的货物系泰晟公司为履行货物质押及监管协议而存储，任何仓储物之灭失、损坏，均由泰晟公司自行承担责任，因上港物流故意或者过失造成的除外。3. 若上港物流因履行货物质押及监管协议而产生了赔偿责任或损失的，泰晟公司应当全额赔偿上港物流由此遭受的损失、责任、费用，因上港物流故意或者过失造成的除外。4. 上港物流有权自行安排人员对租赁场地进行监管，泰晟公司应当将其基于该租赁场地的监控设备免费交由上港物流使用。5. 上港物流有权自行安排人员对租赁场地进行管理，泰晟公

司不得阻拦。6. 上港物流有权就货物质押及监管协议项下的一切义务，包括但不限于仓储义务、保管义务、监管义务，转委托泰晟公司履行。由泰晟公司对该质押及监管协议之相关当事人履行仓储义务、保管义务、监管义务。

2016年7月至2018年10月期间，监管人上港物流向质权人江铜公司出具的质押财产变动清单显示实际监管量均高于2437.14吨。然而，在2019年7月，执行法官至监管地点即浙江省诸暨市进行查封时，两名上港物流仓库监管员称，目前仓库存货仅有漆包线、铜管、铜块等货物合计仅285吨。

江铜公司向一审法院起诉请求：1. 鸿晟隆公司支付货款；2. 江铜公司有权对各抵押人实现抵押权；3. 江铜公司有权对出质人鸿晟隆公司、泰晟公司实现质权。

【审判】

一审法院认为，尽管本案中三方监管协议约定上港物流系受江铜公司的委托监管质物，然而，从仓库租赁合同的约定来看，质押物仍存放在泰晟公司仓库内，仍由泰晟公司负责场地和仓库货物的日常保管、进出库，而仓储物的灭失、损毁亦由泰晟公司自行承担责任。从实际监管情况来看，上港物流并未取得对仓库货物的有效管控，质物出库时也并未取得监管人同意，因此，上港物流并未实际履行监管职责。事实上，系争货物已远不足约定的最低折算总重量。综上，从各方在合同中的约定和实际进行的监管方式可见，本案中质押物实际上仍然由出质人管领控制，质押物并未实际交付，质权并未有效设立。

一审法院判决：一、鸿晟隆公司向江铜公司支付货款、违约金、律师费；二、如鸿晟隆公司未履行付款义务，江铜公司有权实现不动产抵押权；三、驳回江铜公司的其余诉讼请求（即实现动产质权的请求）。

江铜公司不服一审判决中有关质权未有效设立的认定，提起上诉称，仓库租赁合同明确约定上港物流对案涉质押财产享有监管权等。从合同实际履行情况看，上港物流工作人员每日以邮件方式向江铜公司发送质押财产变动清单及质押财产的照片，足以证明上港物流在两年多的时间里不间断地履行了监管职责，对货物进行了有效管控。而鸿晟隆公司向上港物流支付了2016年至2018年的监管费用100万元，也可以印证上港物流履行了相应监管义务。根据货物质押及监管协议约定，上港物流接收占有货物后，视为泰晟公司、鸿晟隆公司向江铜公司交付货物，即江铜公司与泰晟公司、鸿晟隆公司约定以变更占有人的方式，使江铜公司取得了对质押货物的占有，以代替质押货物现实移转的交付。2016年7月22日，上港物流工作人员向江铜公司发送了首份质押财产变动清单，载明了上港物流监管货物的种类、数量、最低折算重量等信息。据此，足以认定上港物流已于2016年7月22日以变更占有人的方式实际管控了质押货物，质押货物于当日完成了交付，质权亦随之设立。

二审法院认为，从合同约定来看，相关合同不仅未明确约定排除出质人随意占有支配质押财产的具体内容，反而为出质人占有支配质押财产提供了充分的合同依据。从质押监管的实际履行情况看，监管人对案涉货物没有形成质权设立所需要达到的管领控制力。从质押监

管的实际效果来看，系争质物已被泰晟公司对外销售。在泰晟公司与上港物流之间虽然存在移转案涉货物占有的形式外观，但在所谓的交付手续完成后，案涉货物实际上仍然处在泰晟公司的管领控制之下，上港物流并未取得对案涉货物的实际管领控制。二审法院判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

本案中，出质人、监管人和质权人之间的核心争议是：系争流动质押是否已设立，质权人江铜公司能否实现动产质权。围绕该核心争议，法院判决认为，在流动质押是否设立的问题上，须回应以下三方面问题：1. 就出质人，其交付财产是否须受到由监管人持续控制的约束；2. 就监管人，其监管的财产怎样才算达到实际管领控制的程度；3. 就质权人，在流动质押未设立、质权无法实现时其权利如何得到救济。笔者结合本案予以逐一厘清。

一、出质人交付财产的判断

本案各方之间纠纷尽管发生在民法典实施之前，但有关质权设立的规定，民法典与物权法并无二致。原物权法第二百一十二条和民法典第四百二十九条均规定：“质权自出质人交付质押财产时设立。”据此，质权的设立须以质押财产的交付为必要条件。但无论是在物权法还是在民法典框架下，法律并未规定交付的具体认定标准。在动产流动质押中，出质人应将货物实际交付给质权人委托的监管人。此处的问题是：出质人交付财产是否须受到由监管人持续控制的约束？

本案中，江铜公司提出，上港物流已依据货物质押及监管协议于

2016年7月接收了泰晟公司存储在案涉仓库内的货物，质权自质押财产接收之日起已经成立，故应当认定案涉质押财产已交付。对此，法院生效裁判认为，交付不仅包括将财产交给监管人的瞬间行为，也包括由监管人实施持续控制。这是质权担保功能的要求与企业融资需求相互角力的产物。

第一，质权担保功能的实现要求出质人在实质上交付动产。物权变动的公示原则要求物权的变动应具有可取信于社会公众的外部形式。动产物权的变动，原则上以交付为生效要件，法律另有规定的除外。动产质权的设立亦有赖于交付，而交付须能实现担保功能的要求。质权担保功能的实现，取决于质权的留置效力与优先受偿效力。质权的实现要求在实现质权的时间点上能够留置质物。更为重要的是，在交付出质财产后，出质人无法再处分质物，故而质权人不会因出质人处分质物而丧失担保。惟其如此，当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时，质权人才得以与出质人协议以质押财产折价，或就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。基于以上原因，质物在交付后必须处于质权人（及其委托的监管人）的控制之下，这是质权得以实现的基础条件。

第二，流动质押中企业就动产再融资的需求也要求存货维持在一定数量的基础上。之所以存在流动质押，是由于企业用于抵押的并非是闲置存货，而是可能随时进入市场销售以维持经营所需的货物（如本案中的漆包线、铜管、铜块等）。在债务人以其所有的动产为其自身债务提供质押担保时，只有保障存货质物的流动性，才能够提高利

用动产存货再融资的能力，增强债务人的偿债能力，亦利于质权人利益的保障。流动质押涉及出质人、监管人和质权人三方，通过委托第三方监管来实现对质物的占有和控制。监管方的介入使得质物既可保持流动性以确保生产经营所需，亦仍可维持在质押约定的最低价值或数量以上。因此，质物的持续受控也是维持存货流动性的保障。

综上，尽管流动质押允许通过指定交付的方式由监管人代质权人控制质物，然而，监管人不仅需要接收质物，且须对质物进行持续监管。本案中，鸿晟隆公司、泰晟公司、江铜公司与上港物流在2016年与2017年分别签订货物质押及监管协议，鸿晟隆公司、泰晟公司作为出质人所交付的质物，不仅需要在协议签订后由监管人上港物流接收，且须持续处于监管人的实际控制之下，如此方可具有完整的公示效用，在实现存货流动性的同时，满足实现质权的担保功能。

二、监管人实际控制的认定

如前文所述，质物不仅须由监管人接收，且应当受到监管人的实际管领控制。此处的问题是，怎样才算达到由监管人实际控制的程度？应从合同约定内容和实际监管情况两方面予以认定。

首先，从合同约定看，质押监管合同应当为监管人代质权人占有支配质押财产提供依据和保障。反观本案，当事人为流动质押签订了两类合同：在出质人、监管人和质权人之间签订货物质押及监管协议；同时，在出质人和监管人之间签订仓库租赁合同。尽管各方在货物质押及监管协议中约定由监管人上港物流代质权人江铜公司接收、占有、保管、监管质押财产，并约定货物验收和进出库等事项，但案涉

两类合同所约定的权利义务应综合予以考量。事实上，仓库租赁合同对监管人和出质人之间的权利义务重新进行了划分，将原本属于上港物流的监管权利和义务转交由泰晟公司自行承担。尤其值得注意的是，出质人泰晟公司负有以下义务：一是货物的日常保管和进出库，二是承担质物灭失和损坏的责任，三是承担监管人上港物流因履行货物质押及监管协议可能导致的损失。此外，监管人上港物流可以将货物质押及监管协议项下的义务转委托给出质人履行。从上述约定可见，实际承担质物监管职能的主体已不再是监管人上港物流，而是出质人自身。而质权人江铜公司作为仓库租赁合同的见证人，对该监管安排亦是明知。因此，从合同约定来看，监管人与出质人签订的仓库租赁合同从实质上变更了货物质押及监管协议项下的监管义务承担，不仅未明确排除出质人随意占有支配质押财产的具体内容，反而将表面上已由出质人交付给监管人的质押财产又返还给了出质人，导致出质人实际上仍可占有、处分质押财产。

其次，从监管方式看，监管人须履行对质物的审核查验、保管监管等义务，实现有效的管领控制。我国的流动质押融资业务自上世纪90年代发展至今，多数情况下均由物流企业（如本案的上港物流）承担监管人的职责，代质权人检查、核验和管理存货。质权人通过监管人这样的专业机构协助，得以准确评估存货价值，提高债权实现的概率。具体而言，监管人应履行以下方面的监管义务：一是在质物交付时，监管人负有审核查验义务。监管人应核验、清点出质人的交货是否符合合同的约定，质权人基于与监管人的委托关系间接占有质

物。二是在质权存续期间，监管人应提供合适的仓储条件，确保质物与其他财产隔离，定期检查质物，准确记录数量、规格等，并向质权人反馈。三是当因出质人提取质物等原因而导致质物数量减少时，监管人应审核出质人是否符合提取条件。一旦质物价值减少至约定以下，监管人应立即通知质权人，并及时采取应对措施。质押监管在流动质押融资交易中的地位至关重要，只有在监管人能够对质物采取有效监管时，才能保障质权人既有可能从出质人的增值中获得受偿，也能够 在债务人无法清偿时实现质权。

反观本案，监管人虽已接受质物，但在质权存续期间并未进行有效监管：第一，从监管地点来看，质物存放于位于浙江的泰晟公司仓库，而非存放于监管人上港物流的仓库。监管地点与泰晟公司的生产经营场所毗邻，泰晟公司占有支配案涉仓库中的货物具有天然的优势。而上港物流生产经营场所与案涉仓库相距遥远，管领控制仓库中的质物在客观上存在较大难度。第二，从监管人员来看，上港物流仅委派两名工作人员驻于案涉仓库，又未取得或者控制仓库钥匙，且两名工作人员也只是白天到仓库上班，晚上仓库即处于无人看管状态。第三，从质权人与监管人、出质人的沟通情况来看，监管人上港物流表示，其只对进出库货物进行表面查验和数据汇总，并不能阻止出质人泰晟公司强行出库。同时，质权人江铜公司亦未要求上港物流制定针对发生此类情形时能够阻止货物出库的有效措施。第四，也是最为重要的是，从质押监管的实际效果来看，在案事实显示，库存质物的价值已远低于合同约定的质权人指定的最低控制线。货物质押及监管

协议和仓库租赁合同签订后，出质人泰晟公司分别于 2018 年底和 2020 年底，先后两次大规模将案涉仓库内共计 2000 余吨铜材转移出库并对外销售，监管人上港物流和质权人江铜公司对此均未能有效阻止。

因此，从本案中合同约定内容和实际监管方式可见，质权人江铜公司及监管人上港物流对仓库内的质物并未进行有效的动态监管或控制，出质人对质物仍可进行较为自主的占有支配。本案中质物实际上仍然由出质人管领控制，因此，质物并未实际交付，质权亦未有效设立。

三、质权人合同利益的救济

当质权未设立时，质权人无法实现对质物的优先受偿权，此时的问题是：质权人的利益如何得到救济？

根据债权行为和物权行为相区分原则，担保物权未设立，不影响合同效力。合同是债权变动的范畴，是物权变动的原因行为。合同一经成立，只要符合民事法律行为的生效要件则发生效力。具体到质押监管关系中，质权人、监管人和出质人的合同权利义务应由其签订的质押监管协议予以调整。就出质人和监管人所应承担的合同责任，最高人民法院《关于适用民法典有关担保制度的解释》第 55 条中沿袭了《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法[2019]254 号）第 63 条的规定，包括出质人的责任和监管人的责任两方面。

第一，关于监管人的责任。质权人可以基于质押合同的约定请求出质人承担违约责任，但是不得超过质权有效设立时出质人应当承担

的责任范围。在最高额质押的情况下，须注意质权人的受偿范围不应超过质押担保的最高限额。

第二，关于监管人的责任。监管人未履行监管职责时，质权人可以要求监管人承担责任。监管义务是监管人受质权人之托而承担，属于委托合同中的受托人义务。在流动质押融资中，监管人通常系有偿监管，根据民法典第九百二十九条第一款有关委托合同的规定，监管人只有在因过错而未履行监管义务时，才需承担赔偿责任。对监管人有无过错的判断，须结合出质人、质权人的行为加以认定。比如，当监管人发现质物存在被出质人转移、强行出库或出质人不配合监管、驱赶监管人员等情形时，应采取打电话、发函等形式将上述风险及时通知质权人，并就出质人的前述行为采取向公安机关报警等应急措施。如监管人已穷尽监管能力，则应认定为没有过错。反之，如出质人谎报存货数量，而监管人未履行必要的核验义务，则应认定为存有过错。但如有证据证明，在质权人收到监管人有关质物存在风险的通知后，质权人明知该风险却放任出质人转移质物，则应相应减少监管人所应承担的责任。

(案例刊登于《人民司法》2022年第20期)