



天達共和律師事務所  
East & Concord Partners

2017/第 31 期  
(总第 298 期)



## 每周法规与热点信息速递

**北京总所：**北京市朝阳区东三环北路 8 号亮马河大厦写字楼 1 座 18、20 层，2 座 19 层

邮编：100004 总机：010-6590 6639 传真：010-65107030

**上海分所：**上海市浦东新区陆家嘴环路 1000 号恒生银行大厦 18 楼 18-111 室

邮编：200120 总机：021-5878 5301 传真：021-5876 3728

**深圳分所：**深圳市福田区福华三路国际商会中心 2205 室

邮编：518048 总机：0755-2633 8900 传真：0755-2633 8939

**武汉分所：**武汉市武昌区汉街万达总部国际 A 座 3202-3206 室

邮编：430070 总机：027-8730 6528 传真：027-8730 6527

**杭州分所：**杭州市钱江新城剧院路 358-396 号宏程国际大厦 29 楼

邮编：310020 总机：0571-8501 7000 传真：0571-8501 7085



请使用微信扫描二维码  
关注“天达共和法律观察”

Welcome to click: [www.east-concord.com](http://www.east-concord.com)

## 导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

近期，银监会发布网贷信息中介机构业务活动信披指引，国家发改委就修改招标投标法等征询意见，银监会发布《信托登记管理办法》，国务院法制办对私募投资基金管理暂行条例公开征意，财政部对财政行政许可实施办法公开征意，两部门印发利用集体建设用地建设租赁住房试点方案，有关事项更多法规详见本周速递。

近日，国务院总理李克强签署国务院令，公布《融资担保公司监督管理条例》，自2017年10月1日起施行。日前，国务院法制办、中国银监会负责人就条例有关问题回答了记者的提问，具体意见敬请关注本期“法规解读”栏目。

本期“法律观察”栏目为您带来《〈公司法〉司法解释(四)若干问题律师解读》，以供参考；“实务聚焦”栏目重点关注《保证金质押法律和实务问题梳理》，敬请阅读并指教。

## 目 录

### 法规速递

1. 六部门：2018 年底前完成国企办医疗机构重组改制\2017-08-28
2. 两部门印发利用集体建设用地建设租赁住房试点方案\2017-08-28
3. 银监会发布网贷信息中介机构业务活动信披指引\2017-08-28
4. 食药监总局对药品数据管理规范公开征求意见\2017-08-28
5. “两高三部”出台意见推进法律援助值班律师工作\2017-08-29
6. 国家发改委就修改招标投标法等征询意见\2017-08-29
7. 银监会就进出口银行和农发行监管办法征意\2017-08-29
8. 财政部公布会计师事务所执业许可和监督管理办法\2017-08-30
9. 国家卫计委：健康信息传播应注明来源\2017-08-30
10. 银监会发布《信托登记管理办法》\2017-08-31
11. 31 部门：对保险领域违法失信主体实施联合惩戒\2017-08-31
12. 国务院法制办对私募投资基金管理暂行条例公开征意\2017-08-31
13. 央行：禁止金融机构新发行期限超过 1 年的同业存单\2017-09-01
14. 财政部对财政行政许可实施办法公开征意\2017-09-01
15. 工商总局：调整工商登记前置审批事项目录\2017-09-01

### 法规解读

之 国务院法制办、中国银监会负责人就《融资担保公司监督管理条例》

答记者问

### 热点信息

### 法律观察

之 《公司法》司法解释（四）若干问题律师解读

### 实务聚焦

之 保证金质押法律和实务问题梳理

## 法规速递

### 1. 六部门：2018 年底前完成国企办医疗机构重组改制\2017-08-28

日前，国资委等六部门联合下发《关于国有企业办教育医疗机构深化改革的指导意见》，《意见》提出，对国有企业办教育机构、医疗机构分类处理，分类施策，2018 年年底前基本完成企业办教育机构、医疗机构集中管理、改制或移交工作。《意见》明确，鼓励国有企业将与地方政府协商一致且地方同意接收的企业办非营利性医疗机构移交地方管理，按照政府办医疗机构相关规定管理。地方不同意接收的，企业可自行选择关闭撤销。《意见》指出，支持以健康产业为主业的国有企业或国有资本投资运营公司，通过资产转让、无偿划转、托管等方式进行资源整合。不以健康产业为主业的国有企业，原则上不再直接管理医疗机构。

[阅读原文](#)

### 2. 两部门印发利用集体建设用地建设租赁住房试点方案\2017-08-28

近日，国土部、住建部联合发布《利用集体建设用地建设租赁住房试点方案》，《方案》确定第一批在北京、上海、沈阳、南京、杭州、合肥、厦门、郑州、武汉、广州、佛山、肇庆、成都等 13 个城市开展利用集体建设用地建设租赁住房试点。试点内容涵盖完善试点项目审批程序、完善集体租赁住房建设和运营机制、探索租赁住房监测监管机制、探索保障承租人获得基本公共服务的权利四方面。其中，《方案》指出，村镇集体经济组织可自行开发运营，也可通过联营、入股等方式建设运营集体租赁住房。集体租赁住房出租，应遵守相关法律法规和租赁合同约定，不得以租代售；承租的集体租赁住房，不得转租；探索建立租金形成、监测、指导、监督机制，防止租金异常波动，维护市场平稳运行。

[阅读原文](#)

### 3. 银监会发布网贷信息中介机构业务活动信息披露指引\2017-08-28

近日，银监会办公厅印发《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》，自公布之日起施行。《指引》明确，网络借贷信息中介机构应当向公众披露资金存管信息等 5 项备案信息、股东信息等 5 项组织信息和上一年度的财务审计报告等 3 项审核信息。《指引》规定，网络借贷信息中介机构应当在每月前 5 个工作日内，向公众披露截至上一个月末经网络借贷信息中介机构撮合交易的“借贷余额及笔数”等 11 项信息。网络借贷信息中介机构应当及时向出借人披露“项目风险评估及可能产生的风险结果”等 4 项信息。《指引》提出，网络借贷信息中介机构应当对信息披露内容进行书面留存，并应自披露之日起保存五年以上。

[阅读原文](#)



#### 4. 食药监总局对药品数据管理规范公开征求意见\2017-08-28

近日，食药监总局组织起草了《药品数据管理规范（征求意见稿）》，现向社会公开征求意见，意见反馈截止于10月1日。《征求意见稿》共6章44条，适用于药品研发、生产、流通、上市后监测与评价等产品生命周期中全部活动的管理。根据《征求意见稿》，在委托和采购活动中，委托方和采购方对数据可靠性及基于数据做出的决定负责，受托方和供货方应当执行本规范要求，并在质量协议或书面合同中明确双方数据管理的职责。《征求意见稿》提出，发现违反数据可靠性要求的，应当进行全面调查评估并采取相应措施。经调查评估发现涉及产品申报资料或影响产品质量，可能对患者产生不利影响的，应当立即采取风险管控措施并报告药品监管部门。

[阅读原文](#)

#### 5. “两高三部”出台意见推进法律援助值班律师工作\2017-08-29

日前，最高法、最高检等五部门下发《关于开展法律援助值班律师工作的意见》。《意见》规定，法律援助机构在法院、看守所派驻值班律师。值班律师的职责主要是为犯罪嫌疑人、刑事被告人提供法律咨询、转交法律援助申请等法律帮助。同时，其职责还包括在认罪认罚从宽制度改革试点中为当事人提供程序选择、申请变更强制措施等法律帮助、对检察机关定罪量刑建议提出意见、见证犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书，以及对刑讯逼供和非法取证情形代理申诉、控告等。《意见》明确了法律援助值班律师运行模式，规范了法律援助工作站建设、值班律师选任、值班方式、工作要求等。《意见》还强调办案机关与法律援助机构的协作配合，明确了法院、检察院、公安机关等的告知职责。

[阅读原文](#)

#### 6. 国家发改委就修改招标投标法等征求意见\2017-08-29

日前，国家发改委法规司发布《关于修改〈招标投标法〉的决定（征求意见稿）》，面向社会公开征求意见，意见反馈截至9月20日。《征求意见稿》对《招标投标法》共作出八处修改，其包括对原第五条增加一款，作为第二款：“国家鼓励利用信息网络进行电子招标投标。数据电文形式与纸质形式的招标投标活动具有同等法律效力。”同时，《征求意见稿》将原第十九条第二款修改为：“国家对招标项目的技术、标准有规定的，招标人应当按照其规定在招标文件中提出相应要求。招标人可以在招标文件中合理设置支持技术创新、节能环保等方面的要求和条件。”

[阅读原文](#)

#### 7. 银监会就进出口银行和农发行监管办法征意\2017-08-29

近日，银监会发出《中国进出口银行监督管理办法（征求意见稿）》和《中国农业发展银行监督管理办法（征求意见稿）》，现向社会征求意见，意见反馈截止于9月27日。《征求意见稿》包括总则、市场定位、公司治理、风险管理、资本管理、内部控制、激励约束、监督管理、附则九个章节，覆盖了两家银行经营管理和审慎监管的主要方面。其中，《中国进出口银行监督管理办法（征求意见稿）》规定，进出口银行应坚守政策性

金融定位，在依法确定的支持领域和经营范围内开展业务，具体业务可分为政策性业务和自营性业务两类。其应坚持以政策性业务为主体，可与商业银行合作开展银团贷款等业务，不得利用政策优势开展不公平竞争。

[阅读原文](#)

#### 8. 财政部公布会计师事务所执业许可和监督管理办法\2017-08-30

近日，财政部发布《会计师事务所执业许可和监督管理办法》，自10月1日起施行。《办法》规定，会计师事务所可采用普通合伙、特殊普通合伙或有限责任公司形式。会计师事务所从事证券服务业务和经法律、行政法规规定的关系公众利益的其他特定业务，应当采用普通合伙或者特殊普通合伙形式，接受财政部监督。《办法》明确，特殊普通合伙会计师事务所申请执业许可，应具备“15名以上由注册会计师担任的合伙人，且合伙人均符合《办法》规定”等五条件。《办法》还对监督检查、法律责任等作出规定，强调会计师事务所或注册会计师违反《办法》，故意出具虚假的审计报告、验资报告，涉嫌犯罪的，移送司法机关，依法追究刑事责任。

[阅读原文](#)

#### 9. 国家卫计委：健康信息传播应注明来源\2017-08-30

近日，国家卫计委办公厅下发《关于加强健康教育信息服务管理的通知》。《通知》从“加强信息监管，提升健康教育虚假信息处置力度”等四方面提出了具体措施要求。《通知》要求健康教育信息内容正确，有可靠的科学证据。属于个人或新颖的观点应当有同行专家或机构评议意见，或向公众说明是专家个人观点或新发现。《通知》明确，在信息正式发布之前应当进行风险评估，以确保不与法律法规、社会规范、伦理道德、权威信息冲突，不因信息表达不够科学准确或有歧义，引起社会混乱和公众恐慌或对公众造成健康伤害。《通知》提出，在健康信息传播过程中，要注明信息来源、出处，注明作者或审核者的身份，注明信息发布、修订的日期以及科学依据等。

[阅读原文](#)

#### 10. 银监会发布《信托登记管理办法》\2017-08-31

近日，银监会发出《信托登记管理办法》，自9月1日起施行。《办法》主要规定了信托登记的定义及流程、信托受益权账户管理及信托登记信息管理、监管要求等，构建了我国信托业统一的信托登记制度。《办法》明确，信托登记包括预登记、初始登记、变更登记、终止登记和更正登记，中国信托登记有限责任公司（简称信托登记公司）接受信托登记申请，依法办理信托登记业务。信托登记公司以提供信托业基础服务为主要职能，不以盈利为主要目的，免收信托登记费。《办法》强调，信托登记信息受法律保护，对信托登记信息的管理和使用提出了严格的保密要求。为确保信托登记工作稳妥起步，《办法》还设立3个月过渡期。

[阅读原文](#)

#### 11. 31 部门：对保险领域违法失信主体实施联合惩戒\2017-08-31

近日，国家发改委、保监会等 31 部门联合签署《关于对保险领域违法失信相关责任主体实施联合惩戒的合作备忘录》。《备忘录》涵盖保险领域失信联合惩戒对象、惩戒措施、惩戒方式、信息共享、信息管理等 5 方面内容，核心是 6 大类 28 项联合惩戒措施：一是限制联合惩戒对象市场准入；二是限制联合惩戒对象任职资格；三是加强对联合惩戒对象监管；四是限制联合惩戒对象部分消费行为；五是限制联合惩戒对象享受优惠政策；六是限制联合惩戒对象评优表彰。根据《备忘录》，惩戒措施包括“限制取得认证机构资质，限制获得认证证书”、“设立商业银行或分行、代表处审批参考”、“金融机构融资授信参考”等。

[阅读原文](#)

#### 12. 国务院法制办对私募投资基金管理暂行条例公开征意\2017-08-31

近日，国务院法制办、证监会起草了《私募投资基金管理暂行条例（征求意见稿）》，现征求社会各界意见，意见反馈截止于 9 月 30 日。《征求意见稿》共 11 章 58 条，对私募基金管理人和托管人、资金募集和投资运作、信息提供、创业投资基金等内容作出规范。《征求意见稿》规定，私募基金管理人由依法设立的公司或者合伙企业担任。有“不能清偿到期债务的”等 5 种情形之一的，不得担任私募基金管理人，不得成为私募基金管理人的主要股东或者合伙人。《征求意见稿》明确，私募基金管理人、销售机构不得向合格投资者之外的单位和个人募集资金，不得通过公众媒体向不特定对象宣传推介，不得向投资者承诺资本金不受损失或者承诺最低收益。

[阅读原文](#)

#### 13. 央行：禁止金融机构新发行期限超过 1 年的同业存单\2017-09-01

近日，央行发布《中国人民银行公告〔2017〕第 12 号》，自 9 月 1 日起施行。公告决定将《同业存单管理暂行办法》第八条“固定利率存单期限原则上不超过 1 年，为 1 个月、3 个月、6 个月、9 个月和 1 年，参考同期限上海银行间同业拆借利率定价。浮动利率存单以上海银行间同业拆借利率为浮动利率基准计息，期限原则上在 1 年以上，包括 1 年、2 年和 3 年”的内容修改为“同业存单期限不超过 1 年，为 1 个月、3 个月、6 个月、9 个月和 1 年，可按固定利率或浮动利率计息，并参考同期限上海银行间同业拆借利率定价”。公告明确，自 9 月 1 日起，金融机构不得新发行期限超过 1 年（不含）的同业存单，此前已发行的 1 年期（不含）以上同业存单可继续存续至到期。

[阅读原文](#)

#### 14. 财政部对财政行政许可实施办法公开征意\2017-09-01

近日，财政部起草了《财政行政许可实施办法（征求意见稿）》，现向社会公开征求意见，意见反馈截止于 9 月 30 日。《征求意见稿》共 5 章 35 条，涵盖受理和审批流程、评价

和监督检查、责任追究等内容。《征求意见稿》明确，财政行政许可事项实行清单管理制度。财政部门按照法定的权限、范围、条件和程序，以本部门的名义统一实施行政许可，不得在清单外变相实施行政许可。《征求意见稿》提出，财政行政许可实行统一窗口受理，并加强网上集中预受理和预审查，逐步推进网上全过程审批。《征求意见稿》规定，行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的，审批机构在作出行政许可决定前，应当书面告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利。

[阅读原文](#)

#### 15. 工商总局：调整工商登记前置审批事项目录\2017-09-01

近日，国家工商总局下发《关于调整工商登记前置审批事项目录的通知》。《通知》提出，正式批准设立的营利性民办学校（营利性民办培训机构），依据法律法规规定的管辖权限到工商行政管理部门办理登记。《通知》据此对《工商总局关于严格落实先照后证改革 严格执行工商登记前置审批事项的通知》附件《工商登记前置审批事项目录》和《企业变更登记、注销登记前置审批指导目录》再次进行了调整。根据《通知》，现行《工商登记前置审批事项目录》包括营利性民办学校（营利性民办培训机构）办学许可等5项法律明确的工商登记前置审批事项以及28项国务院决定保留的工商登记前置审批事项。

[阅读原文](#)



## 法规解读

### 之 国务院法制办、中国银监会负责人就 《融资担保公司监督管理条例》答记者问

2017年8月2日，国务院总理李克强签署国务院令，公布《融资担保公司监督管理条例》（以下简称条例），自2017年10月1日起施行。日前，国务院法制办、中国银监会负责人就条例有关问题回答了记者的提问。

#### 1. 为什么要制定条例？

答：融资担保是指担保人为被担保人借款、发行债券等债务融资提供担保的行为。融资担保是普惠金融体系的重要组成部分，对于发展普惠金融，促进资金融通，特别是解决小微企业和“三农”融资难融资贵问题具有重要作用。近年来，我国融资担保行业发展较快，同时也存在监督管理不到位、经营行为不规范不审慎甚至引发风险、为小微企业和“三农”服务的意愿有待增强和能力有待提高等问题。党中央、国务院对此高度重视，国务院领导同志多次作出指示、批示，要求完善法律法规，加大政策扶持力度，充分发挥融资担保支持小微企业和“三农”的作用，同时规范融资担保公司的行为，切实防范风险。制定本条例，既是实践需要，也是落实党中央、国务院决策部署的要求。

#### 2. 条例如何促进融资担保行业更好地为小微企业和“三农”服务？

答：促进融资担保行业更好地为小微企业和“三农”服务，政策扶持必不可少。条例立足我国国情，规定了一系列政策扶持措施，主要包括：国家推动建立政府性融资担保体系，发展政府支持的融资担保公司，建立政府、银行业金融机构、融资担保公司合作机制，扩大为小微企业和“三农”提供融资担保业务的规模并保

持较低的费率水平；各级人民政府财政部门通过资本金投入、建立风险分担机制等方式，对主要为小微企业和“三农”服务的融资担保公司提供财政支持；政府支持的融资担保公司应当增强运用大数据等现代信息技术手段的能力，为小微企业和“三农”融资需求服务；被纳入政府推动建立的融资担保风险分担机制的融资担保公司，应当按照国家有关规定降低对小微企业和“三农”的融资担保费率。以行政法规的形式，对上述政策扶持措施作出明确规定，有利于进一步提升政策措施的稳定性和权威性，形成良好社会预期，对于增强融资担保行业为小微企业和“三农”服务的意愿和能力，具有重要意义。

#### 3. 设立融资担保公司的“门槛”是什么？

答：融资担保公司的业务具有金融属性，需要严格监管。首先就是设立融资担保公司要有一定的“门槛”，这是强化源头治理的需要。为此，条例规定：设立融资担保公司应当经监管部门批准。除了要符合《中华人民共和国公司法》的规定外，融资担保公司还应当具备下列条件：股东信誉良好，最近3年无重大违法违规记录；注册资本不低于人民币2000万元且为实缴货币资本；拟任董事、监事、高级管理人员熟悉与融资担保业务相关的法律法

规，具有履行职责所需的从业经验和管理能力；有健全的业务规范和风险控制等内部管理制度等。考虑到不同地区经济发展水平和融资担保行业发展的实际情况不同，条例规定省级人民政府可以根据本地区实际情况提高设立融资担保公司注册资本最低限额要求。此外，对于融资担保公司跨省、自治区、直辖市设立分支机构的，条例还规定了注册资本不低于人民币 10 亿元、经营融资担保业务 3 年以上且最近 2 个会计年度连续盈利、最近 2 年无重大违法违规记录等条件。

#### 4. 条例对融资担保公司市场退出有什么要求？

答：为了防范风险，维护金融稳定，条例明确了融资担保公司市场退出的要求，包括：融资担保公司解散的，应当依法成立清算组进行清算，并对未到期融资担保责任的承接作出明确安排；融资担保公司的清算过程应当接受监督管理部门的监督；融资担保公司解散或者被依法宣告破产的，应当将融资担保业务经营许可证交监督管理部门注销，并由监督管理部门予以公告。

#### 5. 融资担保公司主要应遵循哪些经营规则？

答：完善的经营规则是规范融资担保公司行为、有效防范风险的核心，也是条例的主要着力点。这方面的主要规定包括：融资担保公司应当按照审慎经营原则，建立健全各项业务规范以及风险管理等内部控制制度，并按照国家规定的风险权重计量担保责任余额；担保责任余额不得超过其净资产的 10 倍，对同一被担保人、同一被担保人及其关联方的担保责任余额不得超过相应的比例；不得为其控股股东、实际控制人提供融资担保，为其他关联方提供融资担保的条件不得优于为非关联方提供同类担保的条件，并须依法报

告和披露；应当按照国家有关规定提取相应的准备金；自有资金运用应当符合国家有关融资担保公司资产安全性、流动性的规定；禁止融资担保公司从事吸收存款或者变相吸收存款、自营贷款或者受托贷款以及受托投资等活动。

#### 6. 融资担保公司的监管体制是什么样的？

答：融资担保公司的监督管理体制分为两个层面。其中，日常监督管理在地方层面。按照条例规定，省级人民政府确定的部门负责对本地区融资担保公司的监督管理，省级人民政府负责制定促进本地区融资担保行业发展的政策措施、处置融资担保公司风险，督促监督管理部门严格履行职责。中央层面主要负责制度建设、督促指导等，具体通过联席会议机制来实施。国务院建立融资性担保业务监管部际联席会议，负责拟订融资担保公司监督管理制度，协调解决融资担保公司监督管理中的重大问题，督促指导地方人民政府对融资担保公司进行监督管理和风险处置。融资性担保业务监管部际联席会议由国务院银行业监督管理机构牵头，国务院有关部门参加。

#### 7. 条例如何强化对融资担保公司的监督管理？

答：为强化对融资担保公司的监督管理，条例主要从三个方面作了规定。一是明确监管部门的主要职责，包括建立健全监督管理工作制度，运用大数据等现代信息技术手段实时监测风险，加强对融资担保公司的非现场监管和现场检查，并与有关部门建立监督管理协调机制和信息共享机制；根据融资担保公司的不同情况实施分类监督管理；建立健全融资担保公司信用记录制度；会同有关部门建立融资担保公司重大风险事件的预警、防范和处置机制，制定融资担保公司重大风险事件应急



预案。二是规定了具体监管措施，包括：对融资担保公司进行现场检查并采取相应措施；与其董事、监事、高级管理人员进行监督管理谈话；发现融资担保公司的经营活动可能形成重大风险的，可以责令其暂停部分业务、限制其自有资金运用的规模和方式、责令其停止增设分支机构等。三是规定了融资担保公司应当遵守的监管要求，包括按照要求向监管部门报送经营报告、财务报告以及其他有关文件和资

料，报告跨省域开展业务的情况；发生重大风险事件立即采取应急措施并及时向监督管理部门报告等。此外，为严格责任追究，条例还对未经批准擅自设立融资担保公司或者经营融资担保业务，以及违反融资担保公司经营规则和监督管理要求的行为规定了相应的法律责任

来源：国务院法制办公室网站




## 热点信息

1. **【中共中央政治局会议建议：中国共产党第十九次全国代表大会10月18日在北京召开】**  
新华社北京8月31日电 中共中央政治局8月31日召开会议，研究中国共产党第十八届中央委员会第七次全体会议和中国共产党第十九次全国代表大会筹备工作。中共中央总书记习近平主持会议。会议决定，中国共产党第十八届中央委员会第七次全体会议于2017年10月11日在北京召开。中共中央政治局将向党的十八届七中全会建议，中国共产党第十九次全国代表大会于2017年10月18日在北京召开。（新华社）
2. **【朝鲜中央法院以抹黑朝鲜为由 判处四名韩国记者死刑】**  
据朝中社8月31日报道，朝鲜中央法院31日表示，判处四名抹黑朝鲜的韩国记者死刑。朝鲜方面表示，朝方将在确认对象后，在任意时间、任意地点不经后续程序，立即执行刑罚。韩国统一部31日回应称，强烈谴责朝鲜威胁对韩国新闻工作者处以“极刑”的行为，并敦促朝鲜立即停止该行为。（新华网）  

3. **【章莹颖绑架案嫌犯未筹足律师费 律师团要求解除代理】**9月1日，章莹颖绑架案嫌犯克里斯滕森的三位律师法庭提交申请不再代理嫌犯。嫌犯律师称，嫌犯被捕时，双方同意就绑架罪进行辩护，但如有更严重指控，律师费将会增加。8月28日，联邦检察官在法庭表明政府会在今后的30至45天内提出追加起诉。辩方律师认为追加的起诉意味着寻求死刑。而嫌犯一方未能筹够资金为可能的新的指控提供律师费，因此嫌犯和律师达成共识，嫌犯应由法庭指定的律师代理。目前，法庭已安排在9月8日开庭决定是否同意嫌犯律师要求解除代理的动议。（新华网）
4. **【环保部量化问责:污染不降反升可问责市委书记】**近日，《京津冀及周边地区2017-2018年秋冬季大气污染综合治理攻坚行动方案》及六个配套方案发布。“1+6”方案首提“双降”目标，还提出“量化问责”，明确提出治污不达标最高可问责地市级市委书记。（人民网）
5. **【普京驱逐755名美外交官后,美国要求关闭俄驻旧金山总领馆】**美国国务院8月31日发表声明称，为实现外交使团的对等，美国要求俄罗斯在9月2日前关闭其驻旧金山总领事馆及位于华盛顿和纽约的两处建筑。（新华社）  

6. **【首尔雾霾笼罩 韩国人竟向中国索要精神损失费】**韩媒称，据一项研究结果显示，在韩国和中国大气中漂浮的细颗粒物（PM2.5）中，有80%以上的细菌一致。因此有分析认为，从中国乘风飘到韩国的细颗粒物很有可能还带来了细菌。绿色韩国基金当天向首尔中央地方法院起诉北京和首尔政府，要求赔偿粉尘污染对他们造成的精神伤害，并向北京和首尔政府分别索赔300万韩元（约合1.8万人民币）。（央视网）
7. **【金砖国家领导人第九次会晤将于9月3日至5日在福建省厦门市举行】**会晤主题为“深化金砖伙伴关系，开辟更加光明未来”。其间，还将举行主题为“深化互利合作，促进共同发展”的新兴市场国家与发展中国家对话会。中国国家主席习近平将主持会晤和对话会，并出席金砖国家工商论坛开幕式等有关活动。（央视新闻）
8. **【外交部：中方将根据实际情况做好洞朗地区建设规划】**8月29日，外交部发言人华



- 春莹表示：中方已经表明，印方越界人员和设备已全部撤回边界印方一侧，中国边防部队继续在洞朗地区巡逻驻守。为了守边需要和改善当地军民生产生活条件，中方长期以来在洞朗地区进行包括道路在内的基础设施建设。我们将综合考虑天气等各方面因素，根据实际情况做好有关建设规划。（新华社）
9. 【日媒披露失联女教师遗信详文：活了 27 年努力不下去了】29 日，日媒曝光了福建失联女教师危秋洁在旅馆中留给家人和朋友的信件全文，信中她称，“对不起，这是告别的信。活了 27 年，现在已经努力不下去了…”。日前，北海道发现女性遗体，与“与危秋洁相似”，正在进行 DNA 检测。（北京日报）
10. 【西安一幼儿掉入深井十小时 救援人员掘地十余米将其救出】今天上午，陕西西安市灞桥区一名 1 岁多的幼儿不慎掉入深井。井深约 40 多米，井下有水，孩子卡在 12 米左右位置。事发后，公安消防迅速赶赴现场并调集十余台挖掘机，于 19 时 30 分许将孩子成功救出。（央视网）
11. 【国内开发者抱团举报苹果 AppStore 垄断 工商总局正评估】本月初，达晓律师事务所代表国内开发者向工商总局和发改委举报苹果 AppStore 垄断。律师认为 AppStore 在相关市场涉嫌的滥用行为主要表现为：拒绝交易、差别待遇、搭售自己的支付系统、定价过高。有消息称，工商总局正在评估对苹果涉嫌垄断的举报。（新华网）
- 
12. 【ICO 被定性为涉嫌非法集资】央行总部收到相关紧急报告,该报告明确指出,用实质重于形式的穿透式监管来看,ICO 属于变相非法集资。央行相关人士研究了大量 ICO 白皮书,得出结论是：“90%的 ICO 项目涉嫌非法集资和主观故意诈骗，真正募集资金用作项目投资的 ICO，其实连 1% 都不到。”（财新网）
13. 【金砖国家合作将在机制化等方面突破】商务部研究院国际市场研究所副所长白明接受中国证券网记者采访时表示，金砖国家概念提出以来，金砖国家经济保持良好发展势头，五国 GDP 从占世界的 12% 上升到 23%。未来金砖国家的重要性会越来越明显。这可以从三个方面理解。（中国证券网）
14. 【证监会核发 8 公司 IPO 批文 筹资总额不超过 37 亿元】9 月 1 日，证监会按法定程序核准了 8 家企业的首发申请。上述企业筹资总额不超过 37 亿元。（中国证券网）
15. 【中国央行研究局局长明确表示房地产市场问题严重】中国央行研究局局长徐忠近日称，中国以往宏观调控中以刺激房地产作为调控工具的倾向明显。当前，房地产自身已成为挤出投资、制约经济转型与健康发展的严重问题，也是重要的金融风险源头，不宜再作为宏观调控工具继续使用。（东方财富网）
16. 【孙宏斌谈及乐视哽咽：不搞好乐视抱憾终生 一定做成好公司】孙宏斌表示：“在投资乐视之前，我这辈子已经没什么遗憾了。但在投资乐视之后，如果不把这个公司搞好，我这辈子就真的有遗憾了。”“去年 12 月如果我不投老贾，那乐视就死了，我就得帮他，我得一直帮他。我一直说人要心怀善意，为什么我们在并购市场上这么牛，我们不想着害人。我是一个比较率性的人，要心怀善意，我一定要把乐视做成一个好的公司。”孙宏斌在说到这里时瞬间哽咽，眼眶中已经有了眼泪，会场内响起掌声。孙宏斌停顿了几秒，平复了一下心情之后又打趣道：“正好现在也不让买地了。”（证券日报）

17. 【日内连破四道关口！在岸离岸人民币携手进军 6.5】周五人民币中间价、在岸、离岸人民币齐创逾 14 个月新高，人民币兑美元连破 6.58、6.57、6.56、6.55 关口，离岸人民币盘中曾涨逾 400 点，在岸人民币曾涨约 400 点，本周涨 888 点，涨幅是 8 月全月一半以上。（华尔街见闻）



18. 【发生了什么？海外资金加速流入中国 创 5 月初以来最大单周流入】伴随着新兴市场资金流入规模的扩大，本周中国股票型基金流入达 9.5 亿美元，是今年 5 月初以来的最大单周流入，而上周仅流入 4887 万美元。沪港通北向交易显著升温；南向有所回暖，主要流入金融。（财经新闻）
19. 【瑞讯银行：金价将触及新高 长期上行动能增强】瑞讯银行认为，黄金正在上涨，小时支撑位于 1251。更强支撑位于 1204，预计金价将继续上行。长期看来，技术结构显示上行动能正在增加。需要突破 1392 才能确认涨势，主要支撑位于 1045。（华尔街见闻）
20. 【飓风切断美国最重要管道！原油期货大涨 3% 汽油期货涨 13%！】从墨西哥湾向美国东海岸运成品油的 Colonial Pipeline 管线周四全面关停，美国最大精炼厂 Motiva 或保持关闭两周。NYMEX 9 月汽油价格涨超 11%，两年来首度突破 2.00 美元/加仑关口。WTI 和布伦特原油期货涨近 3%，分别突破 47 美元/桶和 52 美元/桶的关键整数位。（环球网）
21. 【司考变身统一法律职业资格考试 报名条件待定】9 月 1 日闭幕的十二届全国人大第二十九次会议表决通过《关于修改〈法官法〉等八部法律的决定》，其中国家司法考试自 2018 年起更名为国家统一法律职业资格考试，参加考试人员范围扩大，但不包括立法工作人员；具体报名条件尚未公布。（财新网）

22. 【国歌法诞生！今年 10 月 1 日起施行】《中华人民共和国国歌法》1 日下午获十二届全国人大常委会第二十九次会议表决通过，将于 2017 年 10 月 1 日起施行。国歌法对应当奏唱国歌的场合、礼仪规范等作出规定，同时鼓励广大人民群众唱国歌、爱国歌。法律还对侮辱国歌等行为作出处罚规定。（新华网）



23. 【民警绊摔抱娃女子孩子着地后痛哭 涉事民警被停职】2017 年 9 月 1 日上午 10 时 30 分许，上海松江公安分局交警支队民警带领辅警在九杜路涑坊路附近开展违法停车整治时，遭一名违停女性车主暴力阻挠，民警在控制该女子过程中未顾及其手中怀抱儿童的安全，致使女子与儿童倒地。目前，警方已将该女子与儿童送医检查。此事发生后，松江警方高度重视，涉事民警当即被停止执行职务并接受警务督察部门调查。（新华网）
24. 【“百名红通人员”刘常凯回国投案】2017 年 8 月 31 日，在中央反腐败协调小组国际追逃追赃工作办公室的统筹协调下，经中央有关部门和北京市追逃办密切合作，第 19 号“百名红通人员”刘常凯回国投案。这是第 44 名归案的“百名红通人员”。刘常凯，男，1961 年 4 月 24 日出生，北京梨园汽车驾驶学校原校长，涉嫌诈骗罪，1999 年 10 月外逃，国际刑警组织红色通缉令号码为 A-635/7-2000。（人民日报）
25. 【江苏摧毁百余色情网站：犯罪嫌疑人曾是高考状元】近日，江苏宿迁警方破获一起传播淫秽物品牟利案。摧毁互联网淫秽站点 118 处，抓获犯罪嫌疑人 50 人。据悉，本案

的犯罪嫌疑人中，多数人拥有高学历，其中一名犯罪嫌疑人为名牌大学的研究生，还曾经是县的高考状元。涉案员工均为90后女孩。（法制日报）

26. 【中国证监会副主席姚刚被立案侦查】日前，最高人民检察院经审查决定，依法对中国证券监督管理委员会原党委委员、副主席姚刚以涉嫌受贿罪立案侦查并采取强制措施。案件侦查工作正在进行中。（人民网）
27. 【广西北海出动2000执法人员打击传销 查获涉传人员1228名】29日凌晨，广西北海出动2100名执法人员集中打击传销活动。据悉，此次行动共清查查出311个传销窝点，查获1228名来自黑龙江、山东、山西、湖北等10余省市的涉传人员，涉案金额达3.64亿元人民币。（新华社）
28. 【南京南站猥亵女童案犯罪嫌疑人被检方批捕】8月28日，南京铁路运输检察院依法以涉嫌猥亵儿童罪，对在南京南火车站候车室实施猥亵儿童行为的犯罪嫌疑人段某某批准逮捕。目前，案件正在进一步侦查中。8月12日晚7时许，在南京高铁南站候车室，一名20岁左右的小伙，将一名十二三岁的小女孩抱坐在大腿上，并将手伸进女孩的裙内，在其胸部“活动”。该起猥亵女童事件被曝光后，引发广泛关注。8月15日，南京铁路公安处南京南车站派出所官方微博通报称：警方以涉嫌“猥亵儿童罪”对嫌疑人段某某依法刑事拘留。（江苏检察在线）
- 
29. 【清华大学11名研究生被处分 涉婚外情、偷窥女厕等】8月底清华大学研究生院、党委研究生工作部发布公告，对2016年9月至2017年7月期间，违纪的11名研究生进行了处分公告。这些学生中，有8名博士生、2名硕士生和1名在职硕士。他们的违纪行为包括：无故离校5天（不记法定节假日）、婚外情、殴打恋爱对象、学术不端、偷窥异性入厕、殴打工作人员等等。校方对违纪研究生进行了不同程度的处罚，最轻为警告，最重为开除学籍。（法制晚报）
30. 【两香港女子身绑1123万现金闯海关被拦下】罗湖海关8月29日，两香港女子身绑1123万现金闯海关被拦下。两名香港女子贴身绑藏巨额外币试图经罗湖口岸出境案件。两名香港中老年女子从深圳罗湖口岸试图出境，身上绑藏大量欧元、美元现金，折合人民币竟高达1123万元。结果被海关当场拦截，现已立案查处。（法制晚报）



## 法律观察

### 之 《公司法》司法解释（四）若干问题律师解读

为正确适用《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》），审理好决议效力、股东知情权、利润分配权、优先购买权和股东代表诉讼等纠纷案件，2016年12月5日最高人民法院审判委员会第1702次会议讨论原则通过了《关于适用〈公司法〉若干问题的规定（四）》（以下简称《解释》），于2017年8月28日正式公布，并将于9月1日起施行。此前（2016年4月12日），最高人民法院曾发布于《关于适用〈公司法〉若干问题的规定（四）》（征求意见稿）（以下简称《征求意见稿》），《解释》在此基础上进行了完善、修改。《解释》既有明确的操作规定，也存在模糊地带，需要在实践中予以进一步研究。现针对有关问题解读如下：

#### 一、关于决议效力（第1条—第6条）

关于股东会、董事会决议效力问题，各国立法例大致存在“二分法”与“三分法”的分野，《公司法》第二十二条规定了无效与可撤销两种决议效力瑕疵类型，《解释》增加了决议不成立之诉，构成了“三分法”的格局。需要指出的是，根据《民法总则》第一百三十四条的规定，决议属于法律行为之一种。就法律行为效力而言，存在不成立、可撤销、无效三种瑕疵类型，《解释》据此规定了决议不成立之诉，符合《民法总则》的规定。根据以前的司法实践，江苏等部分地区法院在实践中也是采用了“三分法”，比如针对伪造的股东会决议，判决确认决议不成立。

##### 1、关于原告主体资格

《公司法》第二十二条并未规定决议无效之诉的原告主体问题，《解释》规定股东、董事、监事具有提起确认决议无效或不成立之诉的原告主体资格（《征求意见稿》将职工、债权人亦纳入原告主体资格范围，但没有为《解释》所采纳）。对于决议撤销之诉的原告主体资格问题，《解释》仍按照《公司法》的规定将之限定在了股东，且该股东在起诉时须尚具有公司股东资格。

#### 2、关于决议不成立之诉是否适用除斥期间

《公司法》第二十二条对于决议无效之诉并未规定除斥期间（可撤销决议有60日的除斥期间），理论上股东可以随时主张，对于决议不成立之诉，《解释》亦无规定除斥期间。决议不成立与决议无效的法律效果基本无殊，因此笔者认为决议不成立之诉亦不存在除斥期间。

#### 3、决议不成立之诉的类型

《征求意见稿》规定了决议不存在和未形成有效决议，但《解释》将这两种类型合并为决议不成立。因此，伪造决议（即决议不存在）虽然没有为《解释》所明确列举，但也应当属于第五条第（五）项“导致决议不成立的其他情形”之一。

#### 4、公司决议效力确立了内外有别、保护善意相对人合法利益的原则

根据《解释》第六条的规定，决议无效或被撤销，不影响善意相对人与之所订合同的效力。当然，如果相对人非善意，则不受法律保护。另外要指出的是，《解释》第六条并未将决议不成立包括在内，但并不能由此得出“决议不成立的，公司与善意相对人形成的民事法律关系无效”



这一结论，因公司对外订立合同并不需要出示决议，所以即使决议不成立，合同并不当然无效。

## 二、关于股东知情权（第7条—第12条）

《公司法》第三十三条、第九十七条赋予了股东查阅、复制公司章程、决议等文件材料的权利。

### 1、不得实质性剥夺股东的法定知情权

该权利是公司法赋予股东的固有权，属于法定知情权，是股东权利中的基础性权利，依法应当严格保护。故《解释》第九条规定，“公司章程、股东之间的协议等实质性剥夺股东依据公司法第三十三条、第九十七条规定查阅或者复制公司文件材料的权利，公司以此为由拒绝股东查阅或者复制的，人民法院不予支持。”法律行为无效应当具备法定事由，《民法总则》第一百五十三条第二款规定，违背公序良俗的民事法律行为无效。章程或股东间的协议实质性剥夺股东法定知情权，相关内容之所以无效，是因为剥夺法定知情权属于违背公序良俗。

### 2、关于可以查阅、复制的文件材料范围

《公司法》第三十三条、第九十七条对于有限公司股东、股份有限公司股东的可以查阅、复制的文件材料范围有一定区别，故《解释》第七条规定，股东有权查阅或复制公司特定文件材料，没有对文件材料进行明确。《征求意见稿》第十六条第一款规定，“有限责任公司的股东起诉请求查阅公司会计账簿及与会计账簿记载内容有关的记账凭证或者原始凭证等材料的，应当依法受理。”该规定明确“与会计账簿记载内容有关的记账凭证或者原始凭证等材料”亦属于查阅范围，但《解释》并未对之予以列举，甚是遗憾，今后在司法实践中，对于记账凭证或者原始凭证等材料是否可以查询，将存在一定争议。

### 3、规定公司董事、高级管理人员未依法

## 制作或保存会计账簿等文件材料给股东造成损失的，应对股东承担赔偿责任

但是，对于该赔偿责任的范围如何确定，《解释》并未明确，在实践中将引起重大争议。

## 三、关于利润分配权（第13条—第15条）

利润分配权，是指股东有权按照出资或股份比例请求分配公司利润的权利。《解释》第十四条、第十五条规定，股东请求公司分配利润的，应当提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会决议；未提交的，人民法院原则上应当不予支持。是否分配和如何分配公司利润，原则上属于商业判断和公司自治的范畴，人民法院一般不应介入。但是，禁止权利滥用，不仅是民法的基本原则（《民法总则》第一百三十二条），也是公司法的基本原则（《公司法》第二十条），因此《解释》第十五条但书规定，违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的除外。滥用股东权利导致公司不分配利润的情形，根据《解释》新闻发布会中杜万华的介绍，包括“公司不分配利润，但董事、高级管理人员领取过高薪酬，或者由控股股东操纵公司购买与经营无关的财物或者服务，用于其自身使用或者消费，或者隐瞒或者转移利润”等情形。至于滥用股东权利的法律后果，《解释》并未明确。根据《公司法》第二十条的规定，公司股东滥用股东权利给其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。《解释》第十五条所称的赔偿损失，是指由滥用权利的股东予以赔偿，还是由人民法院在审计后直接判决公司利润分配权，是指股东有权按照出资或股份比例请求分配公司利润的权利。《解释》第十四条、第十五条规定，股东请求公司分配利润的，应当提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会决议；未提交的，人民法院原则上应当不予支持。是否分配和如何分配公司利润，原则上属于商业判断和公司自治的范畴，

人民法院一般不应介入。但是，禁止权利滥用，不仅是民法的基本原则（《民法总则》第一百三十二条），也是公司法的基本原则（《公司法》第二十条），因此《解释》第十五条但书规定，违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的除外。滥用股东权利导致公司不分配利润的情形，根据《解释》新闻发布会中杜万华的介绍，包括“公司不分配利润，但董事、高级管理人员领取过高薪酬，或者由控股股东操纵公司购买与经营无关的财物或者服务，用于其自身使用或者消费，或者隐瞒或者转移利润”等情形。至于滥用股东权利的法律后果，《解释》并未明确。根据《公司法》第二十条的规定，公司股东滥用股东权利给其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

《解释》第十五条所称的赔偿损失，是指由滥用权利的股东予以赔偿，还是由人民法院在审计后直接判决公司分配利润？这一问题有赖于在实践中进一步探索。分配利润？这一问题有赖于在实践中进一步探索。

#### 四、关于优先购买权（第16条—第22条）

公司法规定，股东向公司股东以外的人转让股权时，其他股东享有的在同等条件下优先购买转让股权的权利。《解释》对于优先购买权的规定，有诸多值得赞同之处。

##### 1、关于优先购买权的行使主体

行使主体为转让股东以外的其他股东无争议，但《解释》第十六条规定“因继承发生变化，其他股东不能主张优先购买权”，至于遗赠或赠与的情形，其他股东能否行使优先购买权，《解释》未予明确。笔者认为，优先购买权的行使前提是有偿转让，遗赠、赠与等无偿行为，不存在优先购买权的问题。

##### 2、关于优先购买权的行使期限

《解释》第十九条规定以章程优先，章程

未规定的，以通知确定的期间为准，并且该通知期间不能少于三十日。

##### 3、关于优先购买权的行使方式

《解释》第二十一条规定，其他股东不能在不行使优先购买权的情况下仅仅起诉确认股权转让合同及股权变动无效。换言之，此类案件中，优先购买权人的诉讼请求至少为两项：其一要求确认股权变动无效，其二为要求行使优先购买权。但《解释》第二十一条同时规定，“其他股东非因自身原因导致无法行使优先购买权”的，可以请求损害赔偿。笔者认为，无法行使优先购买权的情形常见的有以下几种：受让人因债务问题，股权被法院查封；受让人已再次转让股权，并由他人善意取得；受让人将股权质押。在上述情况下，优先购买权人无法行使，此时可以要求转让股东赔偿损失。至于损失赔偿范围问题，《解释》并未明确，笔者认为，该损失范围应当归于缔约过失损失，以实际损失为准，不包括履行利益。

##### 4、股东行使优先购买权后，转让人可以反悔

对于优先购买权人行使优先购买权的法律后果问题，存在争议。一种观点认为，股东行使优先购买权后，优先购买权人与转让股东之间便形成了股权转让的合同关系，无须再征得转让人的同意即在双方之间产生约束力。另一种观点认为，股东行使优先购买权后，其与转让股东之间并不当然形成股权转让合同关系，尚须转让股东同意转让。《解释》第二十条采纳了第二种观点，同时规定“其他股东主张转让股东赔偿其损失合理的，人民法院应当予以支持”，但是对于该规定中的损失范围问题，《解释》并未明确，笔者认为，该损失与第二十一条的损失一样，也应当归于缔约过失损失。

##### 5、行使优先购买权后，原股权转让合同仍然是有效合同

优先购买权人行使优先购买权后，原

股权转让合同是无效还是被撤销？在未行使之前，原股权转让合同是否效力待定？这在以往的司法实践中存在争议。但是，《解释》第二十一条第二款则明确，“股东以外的股东受让人，因股东行使优先购买权而不能实现合同目的的，可以依法请求转让股东承担相应的民事责任”，此处的民事责任应当属于合同责任，即《解释》规定原股权转让合同属于自始有效合同，不因优先购买权人行使优先购买权而无效或被撤销。这与《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第十一条规定股权转让合同可撤销是不同，在实践中应引起注意，受让人因不能取得股权可以追究转让人的违约责任。《物权法》第十五条规定，“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”此即“原因行为与物权变动的区分原则”。《解释》第二十一条第二款规定，“前款规定的其他股东仅提出确认股权转让合同及股权变动效力等请求，未同时主张按照同等条件购买转让股权的，人民法院不予支持……”该条将“股权转让合同”和“股权变动效力”予以了区分，显然是借鉴了《物权法》第十五条所确立的原则，笔者将之归纳为“原因行为（股权转让合同）与股权变动效力的区分原则”。实践中，

优先购买权人提起诉讼，其诉讼请求应当是“请求确认股权变动无效，并要求行使优先购买权”，而不是“请求确认股权转让合同无效，并要求行使优先购买权”，对此应当引起重视。

## 五、关于股东代表诉讼（第 23 条—第 26 条）

公司法第一百五十一条规定了股东代表诉讼，但该条文还隐含了另一类诉讼，即在股东依法请求后，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）提起诉讼，就此情形，应以谁的名义起诉，公司法未予明确，《解释》第二十三条规定该类诉讼属于公司直接诉讼，应以公司名义提起。对于股东代表诉讼，《解释》第二十四、第二十五、第二十六条对于股东代表诉讼的当事人地位、胜诉利益的归属、诉讼费用的负担等问题作出了规定，弥补了《公司法》的不足，具备了可操作性。

来源：天达共和法律观察

作者：彭建新 马永飞



## 实务聚焦

### 之 保证金质押法律和实务问题梳理

最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释（以下简称《解释》）第 85 条规定，“债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。”该规定是商业银行接受保证金质押的唯一依据，但实务中对于该条文的具体解释和操作性却存在诸多问题，本文将对保证金质押法律和实务问题进行梳理。

#### 一、保证金质押的法律效力

最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释（以下简称《解释》）第 85 条规定，“债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。”该规定是商业银行接受保证金质押的唯一依据，但是该规定属司法解释，作为法律层级的《担保法》及其 2007 年颁布的《物权法》均未有明确规定。且何谓“特户”、“封金”、“保证金”及其“特定化”？目前法律、法规及司法解释也未做阐明，可操作性差。相关规定的缺乏和模糊使保证金质押问题在司法实践中出现“各执一说”的混乱局面。

该条规定实际上明确了保证金担保是一种特殊的动产质押、金钱质押，对主债权属信用证还是贷款的种类并无限制。司法实践中，存在法院确认银行保证金质押贷款担保法律效力的案例。

该《解释》要求保证金特定化并移交债权人占有后，债权人方能优先受偿。但对如何将保证金特定化，该《解释》没有明确规定，导致在适用时常出现法官认识不一的现象，从而使得保证金质押担保的法律效力存疑。司法实践中，也存在有

的人民法院仅根据最高人民法院《关于人民法院能否对信用证开证保证金采取冻结和扣划措施问题的规定》（法释〔1997〕年 4 号）、《中国人民银行关于银行承兑汇票保证金冻结、扣划问题的复函》和最高人民法院、中国人民银行《关于依法规范人民法院执行和金融机构协助执行的通知》（法〔2000〕21 号）中的对信用证开证保证金和承兑汇票保证金的明文规定，对该两种业务的保证金不予扣划，对其他仍在保证期限内的保函、备用信用证、贷款等业务中的保证金，以法律没有明确规定为由进行扣划的情形。银行同时也存在不同程度的操作不当的情形。

#### 二、司法实践对保证金质押的态度和要求

综合最高院及各地司法判例实践，基本是按如下几项标准综合判断保证金质押的效力：

##### （一）是否对保证金质押有明确约定

福建省高级人民法院（2014）闽民终字第 686 号判决中，原审法院认为：《合作协议书》中既不约定被担保的主债务的数额、质物的数量及债务人履行债务的期限，也不约定质押担保的范围，所以保证金账户所担保的是一定范围的不特定债权。故《合作协议书》中有关保证金条款



不符合《中华人民共和国担保法》第六十五条规定的质押合同形式要件与实质要件，本案建信公司在原告处存款无法确定系何笔具体债务的保证金，因而建信公司在海峡宁德分行处存款账户虽名为“保证金账户”，但所担保债权不具有特定性。

#### （二）保证金质押账户外观是否具有区别性

在最高人民法院（2013）民申字第2060号判决中，最高人民法院认为：以动产设置担保的质权，也需满足交付的公示要求。金钱作为特殊的质押财产，必须达到特定化，并移交债权人占有。**银行作为具有存款业务的金融机构，将出质人交付的金钱作为质押财产，应当依法将质押金钱放置于专门的账户，并且对任何第三人均能显示出设立质押的外观，否则难以区分该金钱是出质人交付的普通存款还是质押财产。”**

#### （三）金钱质押账户功能上能否区别

该区别是指质押账户不能进行“一般的结算业务”，不能敞口开放管理或者通存、通兑，用于偿还担保的主债务应为可行，而非完全不能变动。福建省高级人民法院（2014）闽民终字第686号判决同时还以“资金存入后存在多次转账、进出情形”为由否定了金钱质押的特定化，湖南省高级人民法院（2014）湘高法民二终字第62号判决以“大富公司与信用联社还多次将该账户内的资金用于非担保业务”为由否定了金钱质押的特定化。

#### （四）金钱质押是否具有对应关联性

主要是指金钱质押账户内具体存入的款项、原因、方式、时间能够与主债权合同和质押合同一一对应。在北京市第二中级人民法院（2011）二中民终字第15465号判决（“该账户内的金钱只能用于中行河北分行履行担保义务所用。但根据本案查明的事实，中行河北分行承认该保证金帐户除上述3笔履约保证金外，还有河北二建公司的其他保证金业务。而且，中行

河北分行从该保证金帐户中扣划了相关手续费。”）和福建省高级人民法院（2014）闽民终字第682号中，都因为各笔不同业务下用于质押的保证金存入到同一帐户中，未做技术处理，导致无法一一区别，而否认了金钱质押特定化的存在。

### 三、有效保证金质押的必备要件

根据《解释》，设定保证金质押作为出质人和质权人以意思表示担保债务清偿的双方法律行为，根据《物权法》第二百一十条第一款规定，设立质权，当事人应当采取书面形式订立质押合同，该质押合同应合法有效，以及《物权法》第二百一十二条规定：“质权自出质人交付质押财产时设立。”金钱作为一种特殊的动产，可以用于质押。金钱质押作为特殊的动产质押，不同于不动产抵押和权利质押，还应当符合金钱特定化和移交债权人占有两个要件，以使金钱既不与出质人其他财产相混同，又能独立于质权人的财产。

保证金质押应满足以下条件才具有法律效力：一是作为保证金的金钱必须特定化，即将债务人或者第三人的金钱以专户、封金、保证金等形式存放在贷款行开立的账户上质押给银行；二是存放在账户内的金钱（质物）必须移交银行（质权人）占有，质押合同自质物转移质权人占有后生效。对满足上述条件且经法院确认其效力的保证金质押，具有对抗第三人的法律效力，法院只能采取冻结措施，不能扣划。

### 四、设定保证金质押的注意事项

为有效防范法律风险，确保保证金质押的合法性和有效性，在办理保证金质押时，应切实注意以下几点：

（一）保证金必须入保证金专户存储。对于银行而言，同样是企业资金，存放于普通存款户中和存放于保证金专户中的保险系数是大不相同的，只有具备了保证金的

性质，才可能具备对抗第三者的法律效力。如果仍将保证金混存于企业结算户中，仅采取控制账户最低余额的监管方式，那么“金钱特定化”就不成立，“保证金”也将不成为保证金。对于保证金质押，必须在贷款行（质权人）处开立保证金专户。

（二）账户的名称应标注有“保证金账户”字样，从账户名称上与其他账户区别开来，并且保证金账户不能与其他具有支付结算功能的一般账户混合使用，应为专户，确保保证金账户的独立性，保证金账户内不能同时还有别的资金进出，确保专户专用。

保证金账户应当进行止付或冻结，无论作为保证金的资金是一次还是多次进入账户，该账户在约定的保证期间内只能进不能出。

保证金专户的设立必须规范。保证金专户不能开立在非贷款行，保证金专户应与被担保的债权保持对应性，原则上一笔债权对应一个保证金专户，达到一一对应的要求。保证金专户内资金须冻结，不得办理日常结算，不得用于存放保证金外的其他用途。

有观点认为，保证金移交占有应当将融资性保证金存入债权银行内部账户直接控制，有银行也如此操作，显属错误。若将保证金存入银行内部账户，则该货币归属于债权银行所有，此非占有；其次，内部账户不能满足“特户”要求，直接导致保证金与其他资金混同。

（三）在采用保证金质押方式时，银行应与出质人签订书面质押协议即《保证金质押合同》约定质押所担保债权的种类和数量、债务履行期限、质物数量和移交时间、担保范围、质权行使条件，具备《物权法》第二百一十条规定的质押合同的一般条款，对保证金质押有关事项作出全面详尽的约定，对保证金的金额特别是保证金账户的户名和账号应予明确约定，以切实保障银行对保证金的优先受偿权。

（四）在出质人划缴保证金时，要求出质人出具资金转账凭证划转资金到保证金账户内，在转账凭证背面由出质人注明“保证金质押”字样，以证明保证金的性质。随后，该保证金账户及其项下保证金应由债权银行人领管和控制，未经债权银行同意资金能进不能出，账户处于“止付”状态，出质人暂时丧失对该账户资金的支配权。出质人在特户模式下的保证金账户向债权银行完成交付，方能满足金钱质权设立的转移占有物权公示条件。

（五）规范保证金账户管理，确保专款专用

首先，保证金账户作为特户，在会计核算中分属于主要账目处理中的“负债类”，会计科目名称为“存入保证金”，作为非结算账户，应严禁与结算账户混用；其次，在开立申请书、开户协议书和财务印鉴书等开户资料的记载事项上应当与结算账户区别开来，账户名称建议按“债权银行+出质人+保证金”格式命名，以示与普通账户区别；其三，应当加强对保证金账户监管，规范资金存入和支取事由、数额、用途及使用条件，做到专款专用，严禁将保证金作为流动资金使用；最后，建立保证金台账，逐笔记载保证金存入和支取的时间、金额、事由及对应的主债务移交占有或返还时间，并加强档案管理，做好文件、凭证等保管工作，以便必要时能够充分举证。

## 五、保证金质押的常见问题

（一）保证金条款而非保证金质押合同是否具有法律效力

现行《担保法》第九十三条明确规定：“本法所称保证合同、抵押合同、质押合同、定金合同可以是单独订立的书面合同，包括当事人之间的具有担保性质的信函、传真等，也可以是主合同中的担保条款。”因此，该规定要求的书面质权合同，既可以在被担保主债权合同之外签订的

独立的书面合同，包括当事人之间就质权设立事项的来往信函、传真等，也可以是所担保主债权合同中的一项或几项条款，即所谓的主债权合同中的质权条款。

## （二）保证金账户内的资金是否可以浮动

最高人民法院审判委员会于 2015 年 11 月 19 日发布了第 54 号指导案例：中国农业发展银行安徽省分行诉张大标、安徽长江融资担保集团有限公司执行异议之诉纠纷案

**【裁判要点】**当事人依约为出质的金钱开立保证金专门账户，且质权人取得对该专门账户的占有控制权，符合金钱特定化和移交占有的要求，即使该账户内资金余额发生浮动，也不影响该金钱质权的设立。

**【裁判理由】**法院生效裁判认为：本案二审的争议焦点为农发行安徽分行对案涉账户内的资金是否享有质权。对此应当从农发行安徽分行与长江担保公司之间是否存在质押关系以及质权是否设立两个方面进行审查。

关于账户资金浮动是否影响金钱特定化的问题。保证金以专门账户形式特定化并不等于固定化。案涉账户在使用过程中，随着担保业务的开展，保证金账户的资金余额是浮动的。担保公司开展新的贷款担保业务时，需要按照约定存入一定比例的保证金，必然导致账户资金的增加；在担保公司担保的贷款到期未获清偿时，扣划保证金账户内的资金，必然导致账户资金的减少。虽然账户内资金根据业务发生情况处于浮动状态，但均与保证金业务相对应，除缴存的保证金外，支出的款项均用于保证金的退还和扣划，未用于非保证金业务的日常结算。即农发行安徽分行可以控制该账户，长江担保公司对该账户

内的资金使用受到限制，故该账户资金浮动仍符合金钱作为质权的特定化和移交占有的要求，不影响该金钱质权的设立。

上述指导案例虽然明确了在符合金钱特定化和移交占有的要求下，即使该账户内资金余额发生浮动，也不影响该金钱质权的设立。但是，在每次资金变化时，特别是追加新的保证金时，仍需以确认函等方式重新达成质押合意并设质，以免发生争议时，就新增部分被法院认定无质押合意。此方式虽然繁复，但在现有法律框架下，仍是较为稳妥的作法。

## （三）保证金被法院划扣，债权银行应当提起案外人异议诉讼

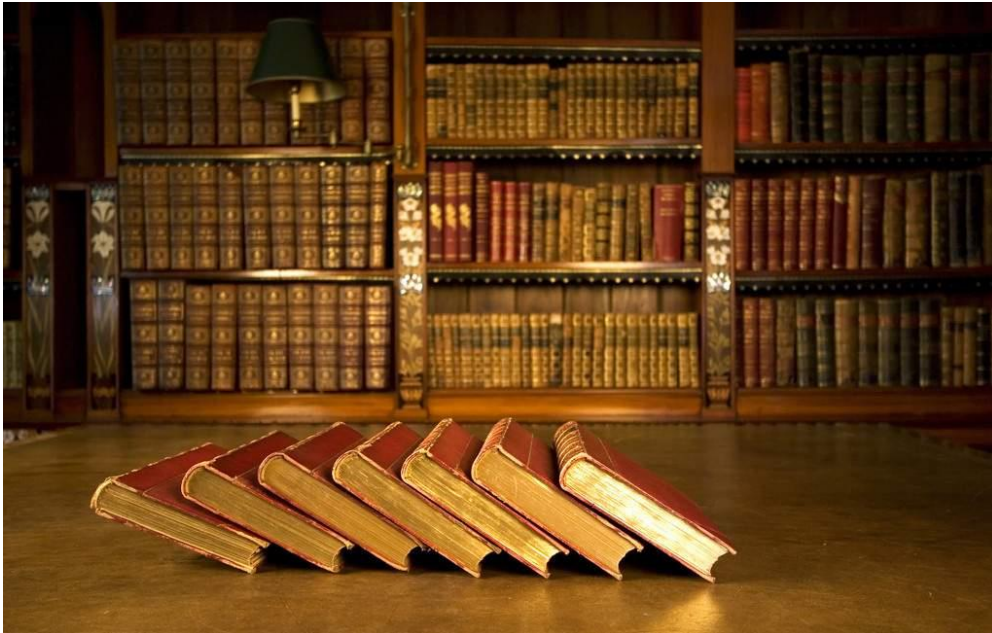
法院往往以无明文规定为由对保证金采取冻结、划扣措施，在此情况下，债权银行对此提起的异议适用《民事诉讼法》第 225 条的当事人、利害关系人执行异议程序，抑或第 227 条的案外人异议程序？债权银行提出异议目的在于阻却执行法院对保证金的执行，保护其实体利益，债权银行应当选择提起案外异议。在执行法院做出裁定后，若债权银行不服，应当以申请执行人和被执行人为被告向执行法院提起诉讼。

综上，在法律规定并不完善和明确的情况下，设定保证金质押须综合司法实践的态度和要求，谨慎操作和开展，以确保相应的质权和对第三人的法律效力；或者可以考虑以存单质押替代。。

来源：金融法世界



## 后 记



**Knowledge is the antidote to fear.**

**知识可以解除恐惧。**

### **【本刊内容参考及转载来源】**

1. 中国新华社: [www.xinhuanet.com](http://www.xinhuanet.com);
2. 人 民 网: [www.people.com.cn](http://www.people.com.cn);
3. 中国新闻网: [www.chinanews.com](http://www.chinanews.com);
4. 财 经 网: [www.caijing.com.cn](http://www.caijing.com.cn);
5. 第一财经网: [www.yicai.com](http://www.yicai.com);
6. 证券时报网: [www.stcn.com](http://www.stcn.com);
7. 法 制 网: [www.fawan.com](http://www.fawan.com);
8. 法律图书馆: [www.law-lib.com](http://www.law-lib.com);
9. 各级政府及各部委行署官方网站