

法律资讯汇编

(2018年第10期)

上海王岩律师事务所
2018年10月

目 录

行业新闻——中国银保监会有关部门负责人就 《商业银行理财业务监督管理办法》答记者问	3
新法速递——商业银行理财业务监督管理办法	14
案例解析——从最高院案例看司法解散法定条件的理解与适用	45
——“投资者出资超过其在注册资本”的部分，性质如何确 定？是资本公积还是实缴出资？	53
业务研究——监事代表诉讼的几个程序性要求	68

中国银保监会有关部门负责人就 《商业银行理财业务监督管理办法》答记者问

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2018年9月28日

为推动银行理财业务规范健康发展，促进统一资产管理产品监管标准，有效防范金融风险，银保监会公布实施《商业银行理财业务监督管理办法》（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？

《办法》于2018年7月20日—8月19日向社会公开征求意见。征求意见过程中，金融机构、行业自律组织、专家学者和社会公众给予了广泛关注。我会对反馈意见逐条进行认真研究，充分吸收科学合理的建议，绝大多数意见已采纳或拟在理财子公司业务规则中采纳。

《办法》在理财产品投资范围、穿透管理和理财投资顾问管理等方面，采纳市场机构反馈意见，进一步明确了相关要求，如明确在银行间市场发行的资产支持证券（包括ABN）属于理财产品投资范围；在流动性风险管理、压力测试和信息披露等方面，进一步区分公募和私募理财产品要求，与其他同类资管产品的监管标准保持一致；在私

募理财产品销售方面，借鉴国内外通行做法，引入不少于24小时的投资冷静期要求。此外，还进一步提高了条款表述的针对性和准确性。

对于市场机构反映的进一步降低理财产品销售起点，扩大销售渠道，将依法合规、符合条件的私募投资基金纳入理财投资合作机构范围，不强制要求个人首次购买理财产品在银行营业网点进行面签，允许发行分级理财产品等方面的意见和建议，拟在理财子公司业务规则中予以采纳。

二、制定出台《办法》的背景是什么？

2002年以来，我国商业银行陆续开展了理财业务。银行理财业务在丰富金融产品供给、满足投资者资金配置需求、推动利率市场化等方面发挥了积极作用，但在快速发展中也出现了一些问题，如业务运作不够规范、投资者适当性管理不到位、信息披露不够充分、尚未真正实现“卖者有责”基础上的“买者自负”等。

对此，银保监会一直高度重视银行理财业务风险和监管，不断完善银行理财业务监管框架。近年来，发布实施了一系列监管规定，2017年以同业、理财和表外业务等为重点，开展了“三三四十”专项治理和综合治理，并指导银行业理财登记托管中心建立理财产品信息登记系统，初步实现了理财产品的全国集中统一登记和穿透式信息报送，也为投资者提供理财产品登记编码的验证查询服务，防范“虚假理财”和“飞单”。2017年以来，随着银保监会持续加大监管力度，银行理财业务已在按照监管导向有序调整，总体呈现出更稳健和可持续的发展态势。2018年以来，银行理财业务总体运行平稳，6月末银行非

保本理财产品余额为 21 万亿元，7 月末为 21.97 万亿元，8 月末为 22.32 万亿元。理财资金主要投向债券、存款、货币市场工具等标准化资产，占比约为 70%；非标准化债权类资产投资占比约为 15%左右，总体保持稳定。

发布实施《办法》，既是银保监会落实“资管新规”的重要举措，也有利于细化银行理财监管要求，消除市场不确定性，稳定市场预期，加快新产品研发，推动银行理财业务规范转型，实现可持续发展。

三、《办法》制定的总体原则是什么？

《办法》制定主要遵循了以下原则：一是与“资管新规”保持一致，并延续银行理财业务良好监管做法，充分借鉴国内外资管行业的监管制度；二是推动理财业务规范转型，促进理财资金以合法、规范形式进入实体经济和金融市场；三是强化投资者适当性管理，区分公募和私募理财产品，引导投资者购买与其风险承受能力相匹配的理财产品，切实保护投资者合法权益；四是促进银行理财回归资管业务本源，打破刚性兑付。

《办法》与“资管新规”保持一致，商业银行理财产品主要需根据已发布实施的“资管新规”进行规范转型，有利于促进新旧规则有序衔接和银行理财业务平稳过渡。

四、《办法》的适用范围是什么？

《办法》与“资管新规”保持一致，定位于规范银行非保本理财产品。《办法》所称理财业务是指商业银行接受投资者委托，按照与投资者事先约定的投资策略、风险承担和收益分配方式，对受托的投

资者财产进行投资和管理的金融服务；理财产品是指商业银行按照约定条件和实际投资收益情况向投资者支付收益、不保证本金支付和收益水平的非保本理财产品。

《办法》适用于在中华人民共和国境内设立的商业银行，包括中资商业银行、外商独资银行、中外合资银行；其他银行业金融机构开展理财业务，适用《办法》规定；外国银行分行开展理财业务，参照《办法》执行。

五、《办法》在加强投资者保护方面主要有哪些规定？

银保监会高度重视理财产品投资者保护工作，《办法》在投资者适当性管理、合规销售、信息登记和信息披露等环节，进一步强化了对投资者合法权益的保护。

一是加强投资者适当性管理。1. 区分公募和私募理财产品。公募理财产品面向不特定社会公众发行，风险外溢性强，在投资范围、杠杆比例、流动性管理、信息披露等方面的监管要求相对审慎；私募理财产品面向不超过 200 名合格投资者非公开发行，投资者风险承受能力较强，投资范围等监管要求相对宽松。2. 遵循风险匹配原则。延续现行理财监管要求，规定银行应对理财产品进行风险评级，对投资者风险承受能力进行评估，并根据风险匹配原则，向投资者销售风险等级等于或低于其风险承受能力等级的理财产品。3. 设定单只理财产品销售起点。将单只公募理财产品销售起点由目前的 5 万元降至 1 万元；单只私募理财产品销售起点与“资管新规”保持一致。4. 个人首次购买需进行面签。延续现行监管要求，个人首次购买理财产品时，

应在银行网点进行风险承受能力评估和面签。

二是加强产品销售的合规管理。1. 规范销售渠道，实行专区销售和双录。延续现行监管规定，要求银行通过本行或其他银行业金融机构销售理财产品；通过营业场所向机构投资者销售理财产品的，应实施专区销售，对每笔理财产品销售过程进行录音录像。2. 加强销售管理。银行销售理财产品还应执行《办法》附件关于理财产品宣传销售文本管理、风险承受能力评估、销售过程管理、销售人员管理等方面的具体规定。3. 引入投资冷静期。对于私募理财产品，银行应当在销售文件中约定不少于24小时的投资冷静期。冷静期内，如投资者改变决定，银行应当遵从投资者意愿，解除已签订的销售文件，并及时退还投资者的全部投资款项。

三是强化信息披露。在与“资管新规”保持一致的同时，充分采纳市场机构意见，进一步区分公募和私募理财产品，分别列示其信息披露要求：公募开放式理财产品应披露每个开放日的净值，公募封闭式理财产品每周披露一次净值，公募理财产品应按月向投资者提供账单；私募理财产品每季度披露一次净值和其他重要信息；银行每半年向社会公众披露本行理财业务总体情况。

四是防范“虚假理财”和“飞单”。延续现行做法，要求银行在全国银行业理财信息登记系统（以下简称理财系统）对理财产品进行“全流程、穿透式”集中登记。银行只能发行已在理财系统进行登记并获得登记编码的理财产品。投资者可依据该登记编码在中国理财网查询产品信息，核对所购买产品是否为银行发行的正规理财产品，有

助于防范“虚假理财”和“飞单”，加强投资者保护。

六、《办法》在推动理财业务规范运作、实现净值化管理方面有哪些规定？

《办法》在推动理财业务规范运作、实现净值化管理方面主要有以下规定：一是确保理财产品独立性。规范滚动发行、集合运作、分离定价的资金池理财业务；延续现行“三单”要求，每只理财产品做到单独管理、单独建账和单独核算。二是强化管理人职责。要求银行诚实守信、勤勉尽责地履行受人之托、代人理财的职责，提高投资者自担风险认知，银行销售理财产品时不得宣传或承诺保本保收益。三是实行净值化管理。与“资管新规”一致，要求理财产品实行净值化管理，坚持公允价值计量原则，鼓励以市值计量所投资资产，允许符合条件的封闭式理财产品采用摊余成本计量，通过净值波动及时反映产品的收益和风险，让投资者在清楚知晓风险的基础上自担风险。过渡期内，允许现金管理类理财产品在严格监管的前提下，暂参照货币市场基金估值核算规则，确认和计量理财产品的净值。

七、《办法》如何对银行理财产品投资非标准化债权类资产进行规范？

《办法》对银行理财产品的非标准化债权类资产投资做出如下规定：一是期限匹配。按照“资管新规”相关要求，除另有规定外，理财资金投资非标准化债权类资产的，资产的终止日不得晚于封闭式理财产品的到期日或开放式理财产品的最近一次开放日；投资未上市企业股权的，应当为封闭式理财产品，且需要期限匹配。二是限额和集

中度管理。延续现行监管规定，要求银行理财产品投资非标准化债权类资产的余额，不得超过理财产品净资产的35%或本行总资产的4%；投资单一债务人及其关联企业的非标准化债权类资产余额，不得超过本行资本净额的10%。三是认定标准。“资管新规”明确由中国人民银行会同金融监督管理部门另行制定标准化债权类资产的具体认定规则，《办法》将从其规定。

八、《办法》在消除多层嵌套，强化穿透管理方面有哪些规定？

针对部分银行通过购买资管产品，形成层层嵌套，难以及时、准确掌握底层资产情况等问题，《办法》提出如下要求：一是准确界定法律关系，明确约定各参与主体的责任义务和风险分担机制，避免法律纠纷。二是缩短融资链条，为防止资金空转，延续理财产品不得投资本行或他行发行的理财产品规定；根据“资管新规”，要求理财产品所投资的资管产品不得再“嵌套投资”其他资管产品。三是强化穿透管理，要求银行切实履行投资管理职责，不得简单作为各类资管产品的资金募集通道；充分披露底层资产信息，做好理财系统信息登记工作。

此外，现行银行理财业务监管制度允许私募理财产品直接投资股票，但规定公募理财产品只能投资货币型和债券型基金。《办法》继续允许私募理财产品直接投资股票；在理财业务仍由银行内设部门开展的情况下，放开公募理财产品不能投资与股票相关公募基金的限制，允许公募理财产品通过投资各类公募基金间接进入股市。同时，与“资管新规”保持一致，理财产品投资公募证券投资基金可以不再

穿透至底层资产。下一步，银行通过子公司开展理财业务后，允许子公司发行的公募理财产品直接投资或者通过其他方式间接投资股票，相关要求在《商业银行理财子公司管理办法》中具体规定。

九、《办法》在加强理财业务流动性风险管控方面有哪些规定？

《办法》从产品流动性管理、交易管理、压力测试、开放式公募理财产品认购和赎回管理等多个方面提出加强银行理财业务流动性风险管控的具体要求。一是流动性管理。要求银行在理财产品设计阶段审慎决定是否采取开放式运作，开放式理财产品应当具有足够的高流动性资产，并与投资者赎回需求相匹配；开放式公募理财产品还应持有不低于理财产品资产净值5%的现金或者到期日在一年以内的国债、中央银行票据和政策性金融债券。二是交易管理。要求银行加强理财产品开展同业融资的流动性、交易对手和操作风险管理，针对买入返售交易质押品采用科学合理估值方法，审慎确定质押品折扣系数等。三是压力测试。要求银行建立理财产品压力测试制度，并对压力情景、测试频率、事后检验、应急计划等提出具体要求。四是开放式公募理财产品认购和赎回管理。要求银行在认购环节，合理控制投资者集中度，审慎确认大额认购申请；在赎回环节，合理设置各种赎回限制，作为压力情景下的流动性风险管理辅助措施。

十、《办法》对银行理财投资合作机构管理有哪些规定？

银行理财投资合作机构是指理财产品所投资资管产品的发行机构、受托投资机构和投资顾问。《办法》一是延续现行监管规定，要求理财产品所投资资管产品的发行机构、受托投资机构和投资顾问为

持牌金融机构。同时，考虑当前和未来市场发展需要，规定金融资产投资公司的附属机构依法依规设立的私募股权投资基金，以及国务院银行业监督管理机构认可的其他机构也可担任理财投资合作机构，为未来市场发展预留空间。下一步，在理财子公司业务规则中，将依法合规、符合条件的私募投资基金纳入理财投资合作机构范围。二是要求银行完善内部管理制度，明确理财投资合作机构的准入标准和程序、责任与义务、存续期管理、利益冲突防范机制、信息披露义务及退出机制。三是要求银行对理财投资合作机构实行名单制管理，加强对投资顾问的管理，切实履行自身投资管理职责，提高主动投资管理能力，不因委托其他机构投资而免除自身应当承担的责任。

十一、《办法》关于过渡期有何安排？

《办法》过渡期要求与“资管新规”保持一致，过渡期自本办法施行之日起至2020年12月31日。在过渡期内，银行新发行的理财产品应当符合《办法》规定。同时，可以发行老产品对接未到期资产，但应控制存量理财产品的整体规模；过渡期结束后，不得再发行或者存续违反规定的理财产品。

在具体实施中，《办法》要求银行结合自身实际情况，按照自主有序方式制定本行理财业务整改计划，明确时间进度安排和内部职责分工，经董事会审议通过并经董事长签批后，报监管部门认可。监管部门负责监督指导各行实施整改计划，对于提前完成整改的银行，给予适当监管激励。过渡期结束后，对于因特殊原因而难以回表的存量非标准化债权类资产，以及未到期的存量股权类资产，经报监管部门

同意，商业银行可以采取适当安排，稳妥有序处理。

十二、现有的保本理财产品和结构性存款如何规范管理？

目前，银行发行的理财产品主要有保本和非保本理财产品两大类。非保本理财产品为真正意义上的资管产品；保本理财产品按照是否挂钩衍生产品，可以分为结构性理财产品和非结构性理财产品，应分别按照结构性存款或者其他存款进行管理。结构性存款在国际上普遍存在，在法律关系、业务实质、管理模式、会计处理、风险隔离等方面，与非保本理财产品“代客理财”的资产管理属性存在本质差异。

《办法》规定保本理财产品按照结构性存款或者其他存款进行规范管理。同时，在附则中承接并进一步明确现行监管制度中关于结构性存款的相关要求，包括：将结构性存款纳入银行表内核算，按照存款管理，相应纳入存款准备金和存款保险保费的缴纳范围，相关资产应按规定计提资本和拨备；银行销售结构性存款应执行《办法》及附件关于产品销售的相关规定，充分披露信息、揭示风险，保护投资者合法权益；银行开展结构性存款业务，需具备相应的衍生产品交易业务资格等。

此外，银保监会正在制定结构性存款业务的监管规定。下一步，将结合本次公开征求意见情况进行修改完善并适时发布实施，更好地区分和厘清结构性存款和理财业务监管框架，促进结构性存款业务规范发展。

十三、现有代客境外理财业务如何规范管理？

公开征求意见期间，金融机构，尤其是在华外资银行普遍关注下

一步如何规范开展代客境外理财业务（以下简称 QDII 业务）。对此，银保监会保留了 5 项现行 QDII 业务监管规定。同时，在《办法》附则中规定，银行开展 QDII 业务应具有相关业务资格，参照《办法》执行，并遵守法律、行政法规和金融监督管理部门的相关规定。因此，商业银行主要根据现行监管规定开展 QDII 业务，“资管新规”和《办法》的实施不对现有 QDII 业务模式产生影响。

十四、关于银行设立理财子公司的相关工作有何考虑？

《办法》按照“资管新规”关于公司治理和风险隔离的相关要求，规定商业银行应当通过具有独立法人地位的子公司开展理财业务；暂不具备条件的，商业银行总行应当设立理财业务专营部门，对理财业务实行集中统一经营管理。目前，我会已经起草《商业银行理财子公司管理办法》，将作为《办法》配套制度适时发布实施。

在“资管新规”、《办法》和《商业银行理财子公司管理办法》三者的关系和定位方面，《办法》为“资管新规”的配套实施细则，并与“资管新规”监管要求保持一致，适用于银行尚未通过子公司开展理财业务的情形，银行开展理财业务需同时遵守“资管新规”和《办法》。《商业银行理财子公司管理办法》拟作为《办法》的配套制度，其适用的监管规定与其他同类金融机构总体保持一致。

商业银行理财业务监督管理办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

中国银行保险监督管理委员会令 2018 年第 6 号

日期：2018 年 9 月 28 日

第一章 总则

第二章 分类管理

第三章 业务规则与风险管理

第四章 监督管理

第五章 法律责任

第六章 附则

第一章 总则

第一条 为加强对商业银行理财业务的监督管理，促进商业银行理财业务规范健康发展，依法保护投资者合法权益，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、行政法规以及《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（以下简称《指导意见》），制定本办法。

第二条 本办法适用于在中华人民共和国境内设立的商业银行，

包括中资商业银行、外商独资银行、中外合资银行。

第三条 本办法所称理财业务是指商业银行接受投资者委托，按照与投资者事先约定的投资策略、风险承担和收益分配方式，对受托的投资者财产进行投资和管理的金融服务。

本办法所称理财产品是指商业银行按照约定条件和实际投资收益情况向投资者支付收益、不保证本金支付和收益水平的非保本理财产品。

第四条 商业银行理财产品财产独立于管理人、托管机构的自有资产，因理财产品财产的管理、运用、处分或者其他情形而取得的财产，均归入银行理财产品财产。

商业银行理财产品管理人、托管机构不得将银行理财产品财产归入其自有资产，因依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产等原因进行清算的，银行理财产品财产不属于其清算财产。

第五条 商业银行理财产品管理人管理、运用和处分理财产品财产所产生的债权，不得与管理人、托管机构因自有资产所产生的债务相抵销；管理人管理、运用和处分不同理财产品财产所产生的债权债务，不得相互抵销。

第六条 商业银行开展理财业务，应当按照《指导意见》第八条的相关规定，诚实守信、勤勉尽职地履行受人之托、代人理财职责，投资者自担投资风险并获得收益。

商业银行开展理财业务，应当遵守成本可算、风险可控、信息充分披露的原则，严格遵守投资者适当性管理要求，保护投资者合法权

益。

第七条 银行业监督管理机构依法对商业银行理财业务活动实施监督管理。

银行业监督管理机构应当对理财业务实行穿透式监管，向上识别理财产品的最终投资者，向下识别理财产品的底层资产，并对理财产品运作管理实行全面动态监管。

第二章 分类管理

第八条 商业银行应当根据募集方式的不同，将理财产品分为公募理财产品和私募理财产品。

本办法所称公募理财产品是指商业银行面向不特定社会公众公开发行的理财产品。公开发行的认定标准按照《中华人民共和国证券法》执行。

本办法所称私募理财产品是指商业银行面向合格投资者非公开发行的理财产品。合格投资者是指具备相应风险识别能力和风险承受能力，投资于单只理财产品不低于一定金额且符合下列条件的自然人、法人或者依法成立的其他组织：

（一）具有2年以上投资经历，且满足家庭金融净资产不低于300万元人民币，或者家庭金融资产不低于500万元人民币，或者近3年本人年均收入不低于40万元人民币；

（二）最近1年末净资产不低于1000万元人民币的法人或者依法成立的其他组织；

（三）国务院银行业监督管理机构规定的其他情形。

私募理财产品的投资范围由合同约定，可以投资于债权类资产和权益类资产等。权益类资产是指上市交易的股票、未上市企业股权及其受（收）益权。

第九条 商业银行应当根据投资性质的不同，将理财产品分为固定收益类理财产品、权益类理财产品、商品及金融衍生品类理财产品和混合类理财产品。固定收益类理财产品投资于存款、债券等债权类资产的比例不低于80%；权益类理财产品投资于权益类资产的比例不低于80%；商品及金融衍生品类理财产品投资于商品及金融衍生品的比例不低于80%；混合类理财产品投资于债权类资产、权益类资产、商品及金融衍生品类资产且任一资产的投资比例未达到前三类理财产品标准。

非因商业银行主观因素导致突破前述比例限制的，商业银行应当在流动性受限资产可出售、可转让或者恢复交易的15个交易日内将理财产品投资比例调整至符合要求，国务院银行业监督管理机构规定的特殊情形除外。

第十条 商业银行应当根据运作方式的不同，将理财产品分为封闭式理财产品和开放式理财产品。

本办法所称封闭式理财产品是指有确定到期日，且自产品成立日至终止日期间，投资者不得进行认购或者赎回的理财产品。开放式理财产品是指自产品成立日至终止日期间，理财产品份额总额不固定，投资者可以按照协议约定，在开放日和相应场所进行认购或者赎回的理财产品。

第十一条 商业银行发行投资衍生产品的理财产品的，应当具有衍生产品交易资格，并遵守国务院银行业监督管理机构关于衍生产品业务管理的有关规定。

商业银行开展理财业务涉及外汇业务的，应当具有开办相应外汇业务的资格，并遵守外汇管理的有关规定。

第十二条 商业银行总行应当按照以下要求，在全国银行业理财信息登记系统对理财产品进行集中登记：

（一）商业银行发行公募理财产品的，应当在理财产品销售前10日，在全国银行业理财信息登记系统进行登记；

（二）商业银行发行私募理财产品的，应当在理财产品销售前2日，在全国银行业理财信息登记系统进行登记；

（三）在理财产品募集和存续期间，按照有关规定持续登记理财产品的募集情况、认购赎回情况、投资者信息、投资资产、资产交易明细、资产估值、负债情况等信息；

（四）在理财产品终止后5日内完成终止登记。

商业银行应当确保本行理财产品登记信息的真实性、准确性、完整性和及时性。信息登记不齐全或者不符合要求的，应当进行补充或者重新登记。

商业银行不得发行未在全国银行业理财信息登记系统进行登记并获得登记编码的理财产品。商业银行应当在理财产品销售文件的显著位置列明该产品在全国银行业理财信息登记系统获得的登记编码，并提示投资者可以依据该登记编码在中国理财网查询产品信息。

银行业理财登记托管中心应当在国务院银行业监督管理机构的指导下，履行下列职责：

（一）持续加强全国银行业理财信息登记系统的建设和管理，确保系统独立、安全、高效运行；

（二）完善理财信息登记业务规则、操作规程和技术标准规范等，加强理财信息登记质量监控；

（三）向国务院银行业监督管理机构报告理财业务、理财信息登记质量和系统运行等有关情况；

（四）提供必要的技术支持、业务培训和投资者教育等服务；

（五）依法合规使用信息，建立保密制度并采取相应的保密措施，确保信息安全；

（六）国务院银行业监督管理机构规定的其他职责。

第三章 业务规则与风险管理

第一节 管理体系与管理制度

第十三条 商业银行董事会和高级管理层应当充分了解理财业务及其所面临的各类风险，根据本行的经营目标、投资管理能力、风险管理水平等因素，确定开展理财业务的总体战略和政策，确保具备从事理财业务和风险管理所需要的专业人员、业务处理系统、会计核算系统和管理信息系统等人力、物力资源。

第十四条 商业银行应当通过具有独立法人地位的子公司开展理财业务。暂不具备条件的，商业银行总行应当设立理财业务专营部门，对理财业务实行集中统一经营管理。

商业银行设立理财子公司的监管规定由国务院银行业监督管理机构另行制定。

第十五条 商业银行开展理财业务，应当确保理财业务与其他业务相分离，理财产品与其代销的金融产品相分离，理财产品之间相分离，理财业务操作与其他业务操作相分离。

第十六条 商业银行应当根据理财业务性质和风险特征，建立健全理财业务管理制度，包括产品准入管理、风险管理与内部控制、人员管理、销售管理、投资管理、合作机构管理、产品托管、产品估值、会计核算和信息披露等。

商业银行应当针对理财业务的风险特征，制定和实施相应的风险管理政策和程序，确保持续有效地识别、计量、监测和控制理财业务的各类风险，并将理财业务风险管理纳入其全面风险管理体系。商业银行应当按照国务院银行业监督管理机构关于内部控制的相关规定，建立健全理财业务的内部控制体系，作为银行整体内部控制体系的有机组成部分。

商业银行内部审计部门应当按照国务院银行业监督管理机构关于内部审计的相关规定，至少每年对理财业务进行一次内部审计，并将审计报告报送审计委员会及董事会。董事会应当针对内部审计发现的问题，督促高级管理层及时采取整改措施。内部审计部门应当跟踪检查整改措施的实施情况，并及时向董事会提交有关报告。

商业银行应当按照国务院银行业监督管理机构关于外部审计的相关规定，委托外部审计机构至少每年对理财业务和公募理财产品进

行一次外部审计，并针对外部审计发现的问题及时采取整改措施。

第十七条 商业银行应当建立理财产品的内部审批政策和程序，在发行新产品之前充分识别和评估各类风险。理财产品由负责风险管理、法律合规、财务会计管理和消费者保护等相关职能部门进行审核，并获得董事会、董事会授权的专门委员会、高级管理层或者相关部门的批准。

第十八条 商业银行开展理财业务，应当确保每只理财产品与所投资资产相对应，做到每只理财产品单独管理、单独建账和单独核算，不得开展或者参与具有滚动发行、集合运作、分离定价特征的资金池理财业务。

本办法所称单独管理是指对每只理财产品进行独立的投资管理。单独建账是指为每只理财产品建立投资明细账，确保投资资产逐项清晰明确。单独核算是指对每只理财产品单独进行会计账务处理，确保每只理财产品具有资产负债表、利润表、产品净值变动表等财务会计报表。

第十九条 商业银行开展理财业务，应当按照《企业会计准则》和《指导意见》等关于金融工具估值核算的相关规定，确认和计量理财产品的净值。

第二十条 商业银行开展理财业务，应当遵守市场交易和公平交易原则，不得在理财产品之间、理财产品投资者之间或者理财产品投资者与其他市场主体之间进行利益输送。

第二十一条 商业银行理财产品投资于本行或托管机构，其主要

股东、控股股东、实际控制人、一致行动人、最终受益人，其控股的机构或者与其有重大利害关系的公司发行或者承销的证券，或者从事其他重大关联交易的，应当符合理财产品的投资目标、投资策略和投资者利益优先原则，按照商业原则，以不优于对非关联方同类交易的条件进行，并向投资者充分披露信息。

商业银行应当按照金融监督管理部门关于关联交易的相关规定，建立健全理财业务关联交易内部评估和审批机制。理财业务涉及重大关联交易的，应当提交有权审批机构审批，并向银行业监督管理机构报告。

商业银行不得以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，包括但不限于投资于关联方虚假项目、与关联方共同收购上市公司、向本行注资等。

第二十二条 商业银行开展理财业务，应当按照《商业银行资本管理办法（试行）》的相关规定计提操作风险资本。

第二十三条 商业银行应当建立有效的理财业务投资者投诉处理机制，明确受理和处理投资者投诉的途径、程序和方式，根据法律、行政法规、金融监管规定和合同约定妥善处理投资者投诉。

第二十四条 商业银行应当建立健全理财业务人员的资格认定、培训、考核评价和问责制度，确保理财业务人员具备必要的专业知识、行业经验和管理能力，充分了解相关法律、行政法规、监管规定以及理财产品的法律关系、交易结构、主要风险及风险管控方式，遵守行为准则和职业道德标准。

商业银行的董事、监事、高级管理人员和其他理财业务人员不得有下列行为：

（一）将自有财产或者他人财产混同于理财产品财产从事投资活动；

（二）不公平地对待所管理的不同理财产品财产；

（三）利用理财产品财产或者职务之便为理财产品投资者以外的人牟取利益；

（四）向理财产品投资者违规承诺收益或者承担损失；

（五）侵占、挪用理财产品财产；

（六）泄露因职务便利获取的未公开信息，利用该信息从事或者明示、暗示他人从事相关的交易活动；

（七）玩忽职守，不按照规定履行职责；

（八）法律、行政法规和国务院银行业监督管理机构规定禁止的其他行为。

第二节 销售管理

第二十五条 商业银行理财产品销售是指商业银行将本行发行的理财产品向投资者进行宣传推介和办理认购、赎回等业务活动。

第二十六条 商业银行销售理财产品，应当加强投资者适当性管理，向投资者充分披露信息和揭示风险，不得宣传或承诺保本保收益，不得误导投资者购买与其风险承受能力不相匹配的理财产品。

商业银行理财产品宣传销售文本应当全面、如实、客观地反映理财产品的重要特性，充分披露理财产品类型、投资组合、估值方法、

托管安排、风险和收费等重要信息，所使用的语言表述必须真实、准确和清晰。

商业银行发行理财产品，不得宣传理财产品预期收益率，在理财产品宣传销售文本中只能登载该理财产品或者本行同类理财产品的过往平均业绩和最好、最差业绩，并以醒目文字提醒投资者“理财产品过往业绩不代表其未来表现，不等于理财产品实际收益，投资须谨慎”。

第二十七条 商业银行应当采用科学合理的方法，根据理财产品的投资组合、同类产品过往业绩和风险水平等因素，对拟销售的理财产品进行风险评级。

理财产品风险评级结果应当以风险等级体现，由低到高至少包括一级至五级，并可以根据实际情况进一步细分。

第二十八条 商业银行应当对非机构投资者的风险承受能力进行评估，确定投资者风险承受能力等级，由低到高至少包括一级至五级，并可以根据实际情况进一步细分。

商业银行不得在风险承受能力评估过程中误导投资者或者代为操作，确保风险承受能力评估结果的真实性和有效性。

第二十九条 商业银行只能向投资者销售风险等级等于或低于其风险承受能力等级的理财产品，并在销售文件中明确提示产品适合销售的投资者范围，在销售系统中设置销售限制措施。

商业银行不得通过对理财产品进行拆分等方式，向风险承受能力等级低于理财产品风险等级的投资者销售理财产品。

其他资产管理产品投资于商业银行理财产品的，商业银行应当按照穿透原则，有效识别资产管理产品的最终投资者。

第三十条 商业银行应当根据理财产品的性质和风险特征，设置适当的期限和销售起点金额。

商业银行发行公募理财产品的，单一投资者销售起点金额不得低于1万元人民币。

商业银行发行私募理财产品的，合格投资者投资于单只固定收益类理财产品的金额不得低于30万元人民币，投资于单只混合类理财产品的金额不得低于40万元人民币，投资于单只权益类理财产品、单只商品及金融衍生品类理财产品的金额不得低于100万元人民币。

第三十一条 商业银行只能通过本行渠道（含营业网点和电子渠道）销售理财产品，或者通过其他商业银行、农村合作银行、村镇银行、农村信用合作社等吸收公众存款的银行业金融机构代理销售理财产品。

第三十二条 商业银行通过营业场所向机构投资者销售理财产品的，应当按照国务院银行业监督管理机构的相关规定实施理财产品销售专区管理，并在销售专区内对每只理财产品销售过程进行录音录像。

第三十三条 商业银行应当按照国务院银行业监督管理机构的相关规定，妥善保存理财产品销售过程涉及的投资者风险承受能力评估、录音录像等相关资料。

商业银行应当依法履行投资者信息保密义务，建立投资者信息管

理制度和保密制度，防范投资者信息被不当采集、使用、传输和泄露。商业银行与其他机构共享投资者信息的，应当在理财产品销售文本中予以明确，征得投资者书面授权或者同意，并要求其履行投资者信息保密义务。

第三十四条 商业银行应当建立理财产品销售授权管理体系，制定统一的标准化销售服务规程，建立清晰的报告路线，明确分支机构业务权限，并采取定期核对、现场核查、风险评估等方式加强对分支机构销售活动的管理。

第三节 投资运作管理

第三十五条 商业银行理财产品可以投资于国债、地方政府债券、中央银行票据、政府机构债券、金融债券、银行存款、大额存单、同业存单、公司信用类债券、在银行间市场和证券交易所市场发行的资产支持证券、公募证券投资基金、其他债权类资产、权益类资产以及国务院银行业监督管理机构认可的其他资产。

第三十六条 商业银行理财产品不得直接投资于信贷资产，不得直接或间接投资于本行信贷资产，不得直接或间接投资于本行或其他银行业金融机构发行的理财产品，不得直接或间接投资于本行发行的次级档信贷资产支持证券。

商业银行面向非机构投资者发行的理财产品不得直接或间接投资于不良资产、不良资产支持证券，国务院银行业监督管理机构另有规定的除外。

商业银行理财产品不得直接或间接投资于本办法第三十五条所

列示资产之外，由未经金融监督管理部门许可设立、不持有金融牌照的机构发行的产品或管理的资产，金融资产投资公司的附属机构依法依规设立的私募股权投资基金以及国务院银行业监督管理机构另有规定的除外。

第三十七条 理财产品销售文件应当载明产品类型、投资范围、投资资产种类及其投资比例，并确保在理财产品成立后至到期日前，投资比例按照销售文件约定合理浮动，不得擅自改变理财产品类型。

金融市场发生重大变化导致理财产品投资比例暂时超出浮动区间且可能对理财产品收益产生重大影响的，商业银行应当及时向投资者进行信息披露。

商业银行应当根据市场情况调整投资范围、投资资产种类或投资比例，并按照有关规定事先进行信息披露。超出销售文件约定比例的，除高风险类型的理财产品超出比例范围投资较低风险资产外，应当先取得投资者书面同意，并在全国银行业理财信息登记系统做好理财产品信息登记；投资者不接受的，应当允许投资者按照销售文件约定提前赎回理财产品。

第三十八条 商业银行理财产品投资资产管理产品的，应当符合以下要求：

（一）准确界定相关法律关系，明确约定各参与主体的责任和义务，并符合法律、行政法规、《指导意见》和金融监督管理部门对该资产管理产品的监管规定；

（二）所投资的资产管理产品不得再投资于其他资产管理产品

（公募证券投资基金除外）；

（三）切实履行投资管理职责，不得简单作为资产管理产品的资金募集通道；

（四）充分披露底层资产的类别和投资比例等信息，并在全国银行业理财信息登记系统登记资产管理产品及其底层资产的相关信息。

第三十九条 商业银行理财产品投资于非标准化债权类资产的，应当符合以下要求：

（一）确保理财产品投资与审批流程相分离，比照自营贷款管理要求实施投前尽职调查、风险审查和投后风险管理，并纳入全行统一的信用风险管理体系；

（二）商业银行全部理财产品投资于单一债务人及其关联企业的非标准化债权类资产余额，不得超过本行资本净额的10%；

（三）商业银行全部理财产品投资于非标准化债权类资产的余额在任何时点均不得超过理财产品净资产的35%，也不得超过本行上一年度审计报告披露总资产的4%。

第四十条 商业银行理财产品不得直接或间接投资于本行信贷资产受（收）益权，面向机构投资者发行的理财产品不得直接或间接投资于不良资产受（收）益权。

商业银行理财产品投资于信贷资产受（收）益权的，应当审慎评估信贷资产质量和风险，按照市场化原则合理定价，必要时委托会计师事务所、律师事务所、评级机构等独立第三方机构出具专业意见。

商业银行应当向投资者及时、准确、完整地披露理财产品所投资

信贷资产受（收）益权的相关情况，并及时披露对投资者权益或投资收益等产生重大影响的突发事件。

第四十一条 商业银行理财产品直接或间接投资于银行间市场、证券交易所市场或者国务院银行业监督管理机构认可的其他证券的，应当符合以下要求：

（一）每只公募理财产品持有单只证券或单只公募证券投资基金的市值不得超过该理财产品净资产的 10%；

（二）商业银行全部公募理财产品持有单只证券或单只公募证券投资基金的市值，不得超过该证券市值或该公募证券投资基金市值的 30%；

（三）商业银行全部理财产品持有单一上市公司发行的股票，不得超过该上市公司可流通股票的 30%。

国务院银行业监督管理机构另有规定的除外。

非因商业银行主观因素导致突破前述比例限制的，商业银行应当在流动性受限资产可出售、可转让或者恢复交易的 10 个交易日内调整至符合要求，国务院银行业监督管理机构规定的特殊情形除外。

商业银行理财产品投资于国债、地方政府债券、中央银行票据、政府机构债券、政策性金融债券以及完全按照有关指数的构成比例进行投资的除外。

第四十二条 商业银行不得发行分级理财产品。

本办法所称分级理财产品是指商业银行按照本金和收益受偿顺序的不同，将理财产品划分为不同等级的份额，不同等级份额的收益

分配不按份额比例计算，而是由合同另行约定、按照优先与劣后份额安排进行收益分配的理财产品。

商业银行每只开放式公募理财产品的杠杆水平不得超过 140%，每只封闭式公募理财产品、每只私募理财产品的杠杆水平不得超过 200%。

本办法所称杠杆水平是指理财产品总资产/理财产品净资产。商业银行计算理财产品总资产时，应当按照穿透原则合并计算理财产品所投资的底层资产。理财产品投资资产管理产品的，应当按照理财产品持有资产管理产品的比例计算底层资产。

第四十三条 商业银行应当建立健全理财业务流动性风险管理制度，加强理财产品及其所投资资产期限管理，专业审慎、勤勉尽责地管理理财产品流动性风险，确保投资者的合法权益不受损害并得到公平对待。

商业银行应当在理财产品设计阶段，综合评估分析投资策略、投资范围、投资资产流动性、销售渠道、投资者类型与风险偏好等因素，审慎决定是否采取开放式运作。

商业银行发行的封闭式理财产品的期限不得低于 90 天；开放式理财产品所投资资产的流动性应当与投资者赎回需求相匹配，确保持有足够的现金、活期存款、国债、中央银行票据、政策性金融债券等具有良好流动性的资产，以备支付理财产品投资者的赎回款项。开放式公募理财产品应当持有不低于该理财产品资产净值 5%的现金或者到期日在一年以内的国债、中央银行票据和政策性金融债券。

第四十四条 商业银行理财产品直接或间接投资于非标准化债权类资产的，非标准化债权类资产的终止日不得晚于封闭式理财产品的到期日或者开放式理财产品的最近一次开放日。

商业银行理财产品直接或间接投资于未上市企业股权及其受（收）益权的，应当为封闭式理财产品，并明确股权及其受（收）益权的退出安排。未上市企业股权及其受（收）益权的退出日不得晚于封闭式理财产品的到期日。

第四十五条 商业银行应当加强理财产品开展同业融资的流动性风险、交易对手风险和操作风险等风险管理，做好期限管理和集中度管控，按照穿透原则对交易对手实施尽职调查和准入管理，设置适当的交易限额并根据需要进行动态调整。

商业银行应当建立健全买入返售交易质押品的管理制度，采用科学合理的质押品估值方法，审慎确定质押品折扣系数，确保其能够满足正常和压力情景下融资交易的质押品需求，并且能够及时向相关交易对手履行返售质押品的义务。

第四十六条 商业银行应当建立健全理财产品压力测试制度。理财产品压力测试应当至少符合以下要求：

（一）针对单只理财产品，合理审慎设定并定期审核压力情景，充分考虑理财产品的规模、投资策略、投资者类型等因素，审慎评估各类风险对理财产品的影响，压力测试的数据应当准确可靠并及时更新，压力测试频率应当与商业银行理财产品的规模和复杂程度相适应；

(二) 针对每只公募理财产品，压力测试应当至少每季度进行一次，出现市场剧烈波动等情况时，应当提高压力测试频率；

(三) 在可能情况下，应当参考以往出现的影响理财产品的外部冲击，对压力测试结果实施事后检验，压力测试结果和事后检验应当有书面记录；

(四) 在理财产品投资运作和风险管理过程中应当充分考虑压力测试结果，必要时根据压力测试结果进行调整；

(五) 制定有效的理财产品应急计划，确保其可以应对紧急情况下的理财产品赎回需求。应急计划的制定应当充分考虑压力测试结果，内容包括但不限于触发应急计划的各种情景、应急资金来源、应急程序和措施，董事会、高级管理层及相关部门实施应急程序和措施的权限与职责等；

(六) 由专门的团队负责压力测试的实施与评估，该团队应当与投资管理团队保持相对独立。

第四十七条 商业银行应当加强对开放式公募理财产品认购环节的管理，合理控制理财产品投资者集中度，审慎确认大额认购申请，并在理财产品销售文件中对拒绝或暂停接受投资者认购申请的情形进行约定。

当接受认购申请可能对存量开放式公募理财产品投资者利益构成重大不利影响时，商业银行可以采取设定单一投资者认购金额上限或理财产品单日净认购比例上限、拒绝大额认购、暂停认购等措施，切实保护存量理财产品投资者的合法权益。

在确保投资者得到公平对待的前提下，商业银行可以按照法律、行政法规和理财产品销售文件约定，综合运用设置赎回上限、延期办理巨额赎回申请、暂停接受赎回申请、收取短期赎回费等方式，作为压力情景下开放式公募理财产品流动性风险管理的辅助措施。商业银行应当按照理财产品销售文件中约定的信息披露方式，在3个交易日内通知投资者相关处理措施。

本办法所称巨额赎回是指商业银行开放式公募理财产品单个开放日净赎回申请超过理财产品总份额的10%的赎回行为，国务院银行业监督管理机构另有规定的除外。

第四十八条 商业银行应当对理财投资合作机构的资质条件、专业服务能力 and 风险管理水平等开展尽职调查，实行名单制管理，明确规定理财投资合作机构的准入标准和程序、责任与义务、存续期管理、利益冲突防范机制、信息披露义务及退出机制，理财投资合作机构的名单应当至少由总行高级管理层批准并定期评估，必要时进行调整。商业银行应当以书面方式明确界定双方的权利义务和风险责任承担方式，切实履行投资管理职责，不因委托其他机构投资而免除自身应当承担的责任。

本办法所称理财投资合作机构包括但不限于商业银行理财产品所投资资产管理产品的发行机构、根据合同约定从事理财产品受托投资的机构以及与理财产品投资管理相关的投资顾问等。理财投资合作机构应当是具有专业资质并受金融监督管理部门依法监管的金融机构或国务院银行业监督管理机构认可的其他机构。

商业银行聘请理财产品投资顾问的，应当审查投资顾问的投资建议，不得由投资顾问直接执行投资指令，不得向未提供实质服务的投资顾问支付费用或者支付与其提供的服务不相匹配的费用。

商业银行首次与理财投资机构合作的，应当提前10日将该合作机构相关情况报告银行业监督管理机构。

第四十九条 商业银行不得用自有资金购买本行发行的理财产品，不得为理财产品投资的非标准化债权类资产或权益类资产提供任何直接或间接、显性或隐性的担保或回购承诺，不得用本行信贷资金为本行理财产品提供融资和担保。

第四节 理财托管

第五十条 商业银行应当选择具有证券投资基金托管业务资格的金融机构、银行业理财登记托管机构或者国务院银行业监督管理机构认可的其他机构托管所发行的理财产品。

第五十一条 从事理财产品托管业务的机构应当履行下列职责，确保实现实质性独立托管：

- （一）安全保管理财产品财产；
- （二）为每只理财产品开设独立的托管账户，不同托管账户中的资产应当相互独立；
- （三）按照托管协议约定和理财产品发行银行的投资指令，及时办理清算、交割事宜；
- （四）建立与理财产品发行银行的对账机制，复核、审查理财产品资金头寸、资产账目、资产净值、认购和赎回价格等数据，及时核

查认购、赎回以及投资资金的支付和到账情况；

（五）监督理财产品投资运作，发现理财产品违反法律、行政法规、规章规定或合同约定进行投资的，应当拒绝执行，及时通知理财产品发行银行并报告银行业监督管理机构；

（六）办理与理财产品托管业务活动相关的信息披露事项，包括披露理财产品托管协议、对理财产品信息披露文件中的理财产品财务会计报告等出具意见，以及在公募理财产品半年度和年度报告中出具理财托管机构报告等；

（七）理财托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料保存15年以上；

（八）对理财产品投资信息和相关资料承担保密责任，除法律、行政法规、规章规定、审计要求或者合同约定外，不得向任何机构或者个人提供相关信息和资料；

（九）国务院银行业监督管理机构规定的其他职责。

从事理财产品托管业务机构的董事、监事、高级管理人员和其他托管业务人员不得有本办法第二十四条第二款所列行为。

第五十二条 商业银行有下列情形之一的，国务院银行业监督管理机构可以要求其发行的理财产品由指定的机构进行托管：

（一）理财产品未实现实质性独立托管的；

（二）未按照穿透原则，在全国银行业理财信息登记系统中，向上穿透登记最终投资者信息，向下穿透登记理财产品投资的底层资产信息，或者信息登记不真实、准确、完整和及时的；

（三）国务院银行业监督管理机构规定的其他情形。

第五节 信息披露

第五十三条 商业银行应当按照国务院银行业监督管理机构关于信息披露的有关规定，每半年披露其从事理财业务活动的有关信息，披露的信息应当至少包括以下内容：当期发行和到期的理财产品类型、数量和金额、期末存续理财产品数量和金额，列明各类理财产品的占比及其变化情况，以及理财产品直接和间接投资的资产种类、规模和占比等信息。

第五十四条 商业银行应当在本行营业网点或官方网站建立理财产品信息查询平台，收录全部在售及存续期内公募理财产品的基本信息。

第五十五条 商业银行应当及时、准确、完整地向理财产品投资者披露理财产品的募集信息、资金投向、杠杆水平、收益分配、托管安排、投资账户信息和主要投资风险等内容。

第五十六条 商业银行发行公募理财产品的，应当在本行官方网站或者按照与投资者约定的方式，披露以下理财产品信息：

- （一）在全国银行业理财信息登记系统获取的登记编码；
- （二）销售文件，包括说明书、销售协议书、风险揭示书和投资者权益须知；
- （三）发行公告，包括理财产品成立日期和募集规模等信息；
- （四）定期报告，包括理财产品的存续规模、收益表现，并分别列示直接和间接投资的资产种类、投资比例、投资组合的流动性风险

分析，以及前十名资产具体名称、规模和比例等信息；

（五）到期公告，包括理财产品的存续期限、终止日期、收费情况和收益分配情况等信息；

（六）重大事项公告；

（七）临时性信息披露；

（八）国务院银行业监督管理机构规定的其他信息。

商业银行应当在理财产品成立之后5日内披露发行公告，在理财产品终止后5日内披露到期公告，在发生可能对理财产品投资者或者理财产品收益产生重大影响的事件后2日内发布重大事项公告。

商业银行应当在每个季度结束之日起15日内、上半年结束之日起60日内、每年结束之日起90日内，编制完成理财产品的季度、半年和年度报告等定期报告。理财产品成立不足90日或者剩余存续期不超过90日的，商业银行可以不编制理财产品当期的季度、半年和年度报告。

第五十七条 商业银行应当在每个开放日结束后2日内，披露开放式公募理财产品在开放日的份额净值、份额累计净值、认购价格和赎回价格，在定期报告中披露开放式公募理财产品在季度、半年和年度最后一个市场交易日的份额净值、份额累计净值和资产净值。

商业银行应当至少每周向投资者披露一次封闭式公募理财产品的资产净值和份额净值。

第五十八条 商业银行应当在公募理财产品的存续期内，至少每月向投资者提供其所持有的理财产品账单，账单内容包括但不限于投

投资者持有的理财产品份额、认购金额、份额净值、份额累计净值、资产净值、收益情况、投资者理财交易账户发生的交易明细记录等信息。

第五十九条 商业银行发行私募理财产品的，应当按照与合格投资者约定的方式和频率，披露以下理财产品信息：

（一）在全国银行业理财信息登记系统获取的登记编码；

（二）销售文件，包括说明书、销售协议书、风险揭示书和投资者权益须知；

（三）至少每季度向合格投资者披露理财产品的资产净值、份额净值和其他重要信息；

（四）定期报告，至少包括季度、半年和年度报告；

（五）到期报告；

（六）重大事项报告；

（七）临时性信息披露；

（八）国务院银行业监督管理机构规定的其他信息。

第六十条 商业银行理财产品终止后的清算期原则上不得超过5日；清算期超过5日的，应当在理财产品终止前，根据与投资者的约定，在指定渠道向理财产品投资者进行披露。

第六十一条 商业银行应当在理财产品销售文件中明确约定与投资者联络和信息披露的方式、渠道和频率，以及在信息披露过程中各方的责任，确保投资者及时获取信息。

商业银行在未与投资者明确约定的情况下，在其官方网站公布理财产品相关信息，不能视为向投资者进行了信息披露。

第四章 监督管理

第六十二条 从事理财业务的商业银行应当按照规定，向银行业监督管理机构报送与理财业务有关的财务会计报表、统计报表、外部审计报告和银行业监督管理机构要求报送的其他材料，并于每年度结束后2个月内报送理财业务年度报告。

第六十三条 理财托管机构应当按照规定，向银行业监督管理机构报送与理财产品托管有关材料，并于每年度结束后2个月内报送理财产品年度托管报告。

第六十四条 从事理财业务的商业银行在理财业务中出现重大风险和损失时，应当及时向银行业监督管理机构报告，并提交应对措施。

第六十五条 银行业监督管理机构应当定期对商业银行理财业务进行现场检查。

第六十六条 银行业监督管理机构应当基于非现场监管和现场检查情况，定期对商业银行理财业务进行评估，并将其作为监管评级的重要依据。

第六十七条 商业银行违反本办法规定从事理财业务活动的，应当根据国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构提出的整改要求，在规定的时限内向国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构提交整改方案并采取整改措施。

第六十八条 对于在规定的时限内未能采取有效整改措施的商业银行，或者其行为严重危及本行稳健运行、损害投资者合法权益的，国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构有权按照《中华人

民共和国银行业监督管理法》第三十七条的规定，采取下列措施：

- （一）责令暂停发行理财产品；
- （二）责令暂停开展理财产品托管等业务；
- （三）责令调整董事、高级管理人员或者限制其权利；
- （四）《中华人民共和国银行业监督管理法》第三十七条规定的其他措施。

第六十九条 商业银行开展理财业务，根据《指导意见》经认定存在刚性兑付行为的，应当足额补缴存款准备金和存款保险保费，按照国务院银行业监督管理机构的相关规定，足额计提资本、贷款损失准备和其他各项减值准备，计算流动性风险和大额风险暴露等监管指标。

第五章 法律责任

第七十条 商业银行从事理财业务活动，有下列情形之一的，由银行业监督管理机构依照《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十六条的规定，予以处罚。

- （一）提供虚假的或者隐瞒重要事实的报表、报告等文件、资料的；
- （二）未按照规定进行风险揭示或者信息披露的；
- （三）根据《指导意见》经认定存在刚性兑付行为的；
- （四）拒绝执行本办法第六十八条规定的措施的；
- （五）严重违反本办法规定的其他情形。

第七十一条 商业银行从事理财业务活动，未按照规定向银行业

监督管理机构报告或者报送有关文件、资料的，由银行业监督管理机构依照《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十七条的规定，予以处罚。

第七十二条 商业银行从事理财业务活动的其他违法违规行为，由银行业监督管理机构依照《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》等法律法规予以处罚。

第七十三条 商业银行从事理财业务活动，违反有关法律、行政法规以及国家有关银行业监督管理规定的，银行业监督管理机构除依照本办法第七十条至第七十二条规定处罚外，还可以依照《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十八条和《金融违法行为处罚办法》的相关规定，对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员进行处理；涉嫌犯罪的，依法移送司法机关处理。

第六章 附则

第七十四条 政策性银行、农村合作银行、农村信用合作社等其他银行业金融机构开展理财业务，适用本办法规定。外国银行分行开展理财业务，参照本办法执行。

第七十五条 商业银行已经发行的保证收益型和保本浮动收益型理财产品应当按照结构性存款或者其他存款进行规范管理。

本办法所称结构性存款是指商业银行吸收的嵌入金融衍生产品的存款，通过与利率、汇率、指数等的波动挂钩或者与某实体的信用情况挂钩，使存款人在承担一定风险的基础上获得相应收益的产品。

结构性存款应当纳入商业银行表内核算，按照存款管理，纳入存

款准备金和存款保险保费的缴纳范围，相关资产应当按照国务院银行业监督管理机构的相关规定计提资本和拨备。衍生产品交易部分按照衍生产品业务管理，应当有真实的交易对手和交易行为。

商业银行发行结构性存款应当具备相应的衍生产品交易业务资格。

商业银行销售结构性存款，应当参照本办法第三章第二节和本办法附件的相关规定执行。

第七十六条 具有代客境外理财业务资格的商业银行开展代客境外理财业务，参照本办法执行，并应当遵守法律、行政法规和金融监督管理部门的相关规定。

第七十七条 本办法中“以上”均含本数；“日”指工作日；“收益率”指年化收益率。

第七十八条 本办法附件《商业银行理财产品销售管理要求》是本办法的组成部分。

第七十九条 本办法由国务院银行业监督管理机构负责解释。

第八十条 本办法自公布之日起施行。《商业银行个人理财业务管理暂行办法》（中国银行业监督管理委员会令2005年第2号）、《商业银行个人理财业务风险管理指引》（银监发〔2005〕63号）、《中国银行业监督管理委员会办公厅关于商业银行开展个人理财业务风险提示的通知》（银监办发〔2006〕157号）、《中国银监会办公厅关于调整商业银行个人理财业务管理有关规定的通知》（银监办发〔2007〕241号）、《中国银监会办公厅关于进一步规范商业银行

个人理财业务有关问题的通知》（银监办发〔2008〕47号）、《中国银监会办公厅关于进一步规范商业银行个人理财业务报告管理有关问题的通知》（银监办发〔2009〕172号）、《中国银监会关于进一步规范商业银行个人理财业务投资管理有关问题的通知》（银监发〔2009〕65号）、《中国银监会关于规范信贷资产转让及信贷资产类理财业务有关事项的通知》（银监发〔2009〕113号）、《商业银行理财产品销售管理办法》（中国银行业监督管理委员会令2011年第5号）、《中国银监会关于进一步加强商业银行理财业务风险管理有关问题的通知》（银监发〔2011〕91号）、《中国银监会关于规范商业银行理财业务投资运作有关问题的通知》（银监发〔2013〕8号）、《中国银监会关于完善银行理财业务组织管理体系有关事项的通知》（银监发〔2014〕35号）同时废止。本办法实施前出台的有关规章及规范性文件如与本办法不一致的，按照本办法执行。

第八十一条 本办法过渡期为施行之日起至2020年底。过渡期内，商业银行新发行的理财产品应当符合本办法规定；对于存量理财产品，商业银行可以发行老产品对接存量理财产品所投资的未到期资产，但应当严格控制在存量产品的整体规模内，并有序压缩递减。

商业银行应当制定本行理财业务整改计划，明确时间进度安排和内部职责分工，经董事会审议通过并经董事长签批后，报送银行业监督管理机构认可，同时报备中国人民银行。银行业监督管理机构监督指导商业银行实施整改计划，对于提前完成整改的商业银行，给予适当监管激励；对于未严格执行整改计划或者整改不到位的商业银行，

适时采取相关监管措施。

过渡期结束之后，商业银行理财产品按照本办法和《指导意见》进行全面规范管理，因子公司尚未成立而达不到第三方独立托管要求的情形除外；商业银行不得再发行或者存续不符合《指导意见》和本办法规定的理财产品。

从最高院案例看司法解散法定条件的理解与适用

来源：法务部公众号

作者：徐培龙、潘青

日期：2018年9月2日

最新刊载于《最高人民法院公报》2018年第7期的“吉林荟冠投资有限公司及第三人东证融成资本管理有限公司与长春东北亚物流有限公司、第三人董占琴公司解散纠纷案”【（2017）最高法民申2148号，以下称“2148号案件”】中，最高人民法院再次通过司法案例的裁判向人们生动展示了司法解散的作用及其适用条件。

在该案中，东北亚公司于2004年9月20日注册成立，至2015年12月东北亚公司工商登记显示，荟冠公司持股44%，董占琴持股51%，东证公司持股5%。荟冠公司以东北亚公司经营管理发生严重困难、其股东利益受到重大损害、通过其他途径不能解决僵局等事实为由，请求解散东北亚公司。

【关于司法解散介入公司僵局解决问题】

最高院判决指出：有限责任公司系具有自主决策和行为能力的组织体，虽然公司会由于内部成员间的对抗而出现机制失灵、无法运转，公司决策和管理无法形成有效决议而陷入僵局，但是基于公司永久存

续性的特征，国家公权力对于股东请求解散公司的主张必须秉持谨慎态度。当股东之间的冲突不能通过协商达成谅解，任何一方都不愿或无法退出公司时，为保护股东的合法权益，强制解散公司就成为唯一解决公司僵局的措施。

【关于司法解散法定条件是否成就问题】

最高法院判决认为：

1、判断公司的经营管理是否出现严重困难，应当从公司组织机构的运行状态进行综合分析，公司是否处于盈利状态并非判断公司经营管理发生严重困难的必要条件。其侧重点在于公司经营管理是否存在严重的内部障碍，股东会或董事会是否因矛盾激化而处于僵持状态，一方股东无法有效参与公司经营管理。本案中，客观上东北亚公司董事会已由董占琴方控制，荟冠公司无法正常行使股东权利，无法通过委派董事加入董事会参与经营管理。东北亚公司的内部机构已不能正常运转，公司经营管理陷入僵局。

2、荟冠公司作为东北亚公司的第二大股东，早已不能正常行使参与公司经营决策、管理和监督以及选择管理者的股东权利，荟冠公司投资东北亚公司的合同目的无法实现，股东权益受到重大损失。

3、基于有限责任公司的人合性，股东之间应当互谅互让，积极理性地解决冲突。在东北亚公司股东发生矛盾冲突后，荟冠公司试图通过修改公司章程改变公司决策机制解决双方纠纷，或通过向董占琴转让股权等退出公司的方式解决公司僵局状态，但均未能成功。同时，一二审法院基于慎用司法手段强制解散公司，多次组织各方当事人进

行调解未果。据此，司法解散东北亚公司的条件已经成就。

一、司法解散手段的运用

在不同的公司中，由于各股东持股比例的不同，天然会产生“大股东”和“小股东”之分。在公司范围内，当大小股东利益趋同时，他们会产生“兄弟齐心其利断金”的良好氛围；但是，当两者之间发生摩擦甚至是不可调和的矛盾时，大股东常常会利用资本多数决的基本规则来排挤和压榨小股东。实践中，我们看到了太多的案例，当大小股东之间产生分歧，大股东便把持公司控制权，索性不再召开股东会，或者是即便召开了股东会也因意见分歧而长期无法形成有效决议，公司内部决策机制完全失灵。当然，意见不一的公司股东持股比例相当时更易产生这种僵局。公司股权结构不合理，加之公司章程未预设相关解决方案，是公司僵局产生的决定性因素。

当公司内部决策机制失灵，公司无法正常运转，股东们设立公司的目的便会落空。此时，让股东们困于公司，显然不符合商业逻辑。但是，由于公司内部决策机制失灵，公司进入“休眠”状态，此时必须有外力介入来化解“僵局”，否则，股东们将会遭受更大损失。于是，司法解散途径应运而生。如果把“公司僵局”比喻成自然人病入膏肓，司法解散就好比“安乐死”，让公司和股东们都得以从困局中解脱。

然而，公司乃法律拟制人，具有独立的财产和人格，司法解散毕竟涉及到一个“拟制人”的生命，在司法裁判理念上应当倾向于商事主体的存续经营。司法解散虽是打破“公司僵局”的利器，但对于公

司而言则是毁灭性的。因此，在实践运用过程中，既要关注司法解散对于化解公司僵局的有效作用，也要严格把握司法解散法定条件的适用。

二、司法解散条件的理解与适用

1、严格把握适用司法解散的法定条件

《公司法》第182条对于司法解散的条件给出了明确的限定：1) 公司经营管理发生严重困难；2) 继续存在会使股东利益遭受重大损失 3) 通过其他途径不能解决。如果说前两个条件是针对司法解散所需满足的“表决机制失灵”作出了正面的规定，后一个条件则是反向给“替代解决方案”留出生存空间。前两个条件强调的是客观情况，后一个则强调的是股东们的主观能动性。从法条本身来看，该条不仅强调股东们在“公司僵局”情形下所享有的请求司法解散的权利，也强调了司法解散过程中“替代解决方案”是必经程序，只有在其他解决途径穷尽的情况下，方考虑司法解散，此所谓“内部救济穷尽原则”，也是司法谦抑原则之体现。

《公司法司法解释二》第1条前三项则对《公司法》182条“经营管理发生严重困难”的情形作出了明确限定：1) 公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会；2) 股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议；3) 公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决。不难发现，前述限定情形都是公司管理上的失灵，股东已无法通过公司的权力机构实施对公司的管理，公司权力机构已经沦为摆

设。

曾刊载于《最高人民法院公报》2014年第2期的“仕丰科技有限公司与富钧新型复合材料（太仓）有限公司、第三人永利集团有限公司解散纠纷二审案”【（2011）民四终字第29号】中，最高院明确指出：“公司经营管理严重困难包括两种情况：一是公司权力运行发生严重困难，股东会、董事会等权力机构和管理机构无法正常运行，无法对公司的任何事项作出任何决议，即公司僵局情形；二是公司的业务经营发生严重困难，公司经营不善、严重亏损。如公司仅业务经营发生严重困难，不存在权力运行严重困难的，根据《公司法司法解释（二）》第一条第二款的规定，不符合公司法第一百八十三条的解散公司条件。”同时指出“上述规定既是公司解散诉讼立案受理条件，同时也是判决公司解散实质审查条件”。

2、对“经营管理发生严重困难”的理解

在2148号案件中，最高院指出“公司是否处于盈利状态并非判断公司经营管理发生严重困难的必要条件。”在最高院第8号指导案例“林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案”

【（2010）苏商终字第0043号】一案中，最高院明确了司法解散与公司盈利与否无关：“判断公司的经营管理是否出现严重困难，应当从公司的股东会、董事会或执行董事及监事会或监事的运行现状进行综合分析。“公司经营管理发生严重困难”的侧重点在于公司管理方面存有严重内部障碍，如股东会机制失灵、无法就公司的经营管理进行决策等，不应片面理解为公司资金缺乏、严重亏损等经营性困难”。

有鉴于此，司法解散的唯一适用标准就是公司管理陷入困难，即使公司处于盈利状态，司法解散仍可适用。司法解散侧重于管理困难，而非经营困难。

资本多数决规则是公司法的一项基本原则。基于该原则，小股东天然就可能会受到大股东的权利压制。因此，当公司大股东持股比例满足“控制”公司的要求，其完全具备单方面作出有效决议的可能，即使小股东认为所作决议侵害其合法权益，由于我国立法并未将股东压制作为司法解散的条件之一，因此仍不具备司法解散的法定条件，不构成管理失灵下的“公司僵局”，小股东将无法启动司法解散公司的程序。《公司法司法解释（二）》第1条第二款规定了“股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害，或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务，以及公司被吊销企业法人营业执照未进行清算等为由，提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。”这也从另一个侧面再次重申了司法解散严格的法定条件适用：仅限于表决机制长期失灵。

另外需要关注的一点是，《公司法司法解释（二）》关于“公司经营发生严重困难”的几种列举情形中，均出现了“无法”一词。在我们看来，立法强调的是客观上“不能”，而非实际上“未”：后者仅是一种未召开的情形，原因可能多种；而前者则是一种僵局状态，应理解为公司股东要求开会而因公司权力机构失灵无法召开或召开后无法形成有效决议。对于“持续两年”不能仅作文字理解，需要透过现象看本质，看到其背后的机制失灵。

3、对“公司继续存续会使股东利益受到重大损失”的理解

如上所述，“经营管理发生严重困难”侧重于公司管理存在严重内部障碍，公司组织机构的运行失灵以及相关表决机制失灵。实践当中，对于“公司继续存续会使股东利益受到重大损失”的理解则较为宽泛，通常将之认定为“经营管理发生严重困难”的必然后果，既包括权利受损，也包括利益受损，具体表现形式则包括公司经营持续亏损、股东权利无法正常行使、股东设立公司的投资目的无法实现等。最高院在 2148 号案件中就认定“荟冠公司作为东北亚公司的第二大股东，早已不能正常行使参与公司经营决策、管理和监督以及选择管理者的股东权利，荟冠公司投资东北亚公司的合同目的无法实现，股东权益受到重大损失”。

4、对“通过其他途径不能解决”的理解

司法实践中，对于该条件到底属于“前置程序”还是“实体标准”存在争议。最高院在 2148 号案件中指出：“在公司解散案件中，法律并未设置主张解散公司的股东需要行使某项权利作为请求人民法院解散公司的前置程序。”如前所述，“通过其他途径不能解决”是反向给“替代解决方案”留出生存空间，强调的是股东们的主观能动性和司法谦抑。我们认为，不应将股东“通过其他途径解决”的尝试作为人民法院立案的前置程序，正如最高院民二庭负责人就公司法解释二答记者问中所言：对于何为“通过其他途径不能解决”，人民法院可能更多的是形式审查，对于起诉股东而言，其声明应归结为其已经采取了能够采取的其他方法而不能得到解决，“不得不”寻求司法

救济的表述，该前置性程序的意义更多在于其导向性。

根据《公司法》第182条和《公司法司法解释（二）》第1条之规定，一旦公司表决机制失灵而陷入“僵局”，公司是否必然走向解散？是否存在避免公司解散的“替代解决途径”？可以看到，《公司法司法解释（二）》第5条试图对“替代解决途径”给出相应方案：当事人协商同意由公司或者股东收购股份，或者以减资等方式使公司存续，且不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院应予支持。我们认为，该条件的设定意义在于，当公司出现僵局，司法解散并非唯一解决路径；相反，司法解散应是最后不得已而为之之举，是成本最高的“强行打破”解决方式。该条件设定的背后所蕴含的正是“内部救济穷尽”和“司法有限介入”的基本原则。可以这么说，《公司法司法解释（二）》第5条规定的“人民法院审理解散公司诉讼案件，应当注重调解”是其他解决途径的具体体现，已经成为审判实践的必经程序。

【结语】

综上，司法解散因公司僵局而生，公司僵局的判定条件应严格限定于“法定情形”之内（公司章程的延展规定可视同于法定）。由于司法解散是司法外力对公司自治的强制干涉，而且是涉及到公司存亡的重大干涉，在实践运用中须慎之又慎。只有当公司内部机制失灵，决策无法有效作出，公司已沦为部分股东的工具，司法裁判方考虑运用司法解散途径化解僵局。

“投资者出资超过其在注册资本”的部分，性质如何确定？是资本公积还是实缴出资？

来源：公司法权威解读公众号

作者：唐青林、李舒、郭丽娜

日期：2018年9月4日

广西壮族自治区高级人民法院：

“投资者出资超过其在注册资本”部分的性质，要根据投资者投入资金时的真实意愿和目的作出判断。

【裁判要旨】

对“投资者出资超过其在注册资本”的部分是否列入资本公积，要根据投资者投入资金时的真实意愿和目的作出判断。如果其是作为超出注册资本的股本溢价投入，可以认定作为资本公积的目的投入；而如果其是以登记为注册资本为投入目的，在尚未完成登记时，不应作为资本公积，而应认定为出资。

【案情简介】

一、2004年10月22日，国电集团与中稷公司签订《股东协议书》，设立国电南宁公司，公司一期电力项目总投资为50亿元，注册资本暂按工程总投资的20%确定，即10亿元，股东各方须在公司

章程签订之日起一个月内按约定的比例缴付一期注册资本 2000 万元用于公司注册。剩余部分根据工程建设需要经董事会决议后分期注入。

二、2007 年 4 月 29 日，因增资，国电南宁公司修改公司章程，部分条款如下：第十条：公司注册资本由 2000 万元增至 5000 万元。各方的认缴额和比例分别为：国电集团 2550 万元，占 51%；中稷公司 1300 万元，占 26%；深圳市能源集团有限公司 1150 万元，占 23%；第十九条：公司增加或减少注册资本，应由股东会讨论通过，并相应修改公司章程，办理变更登记手续。公司股东对新增注册资本额有权按照实缴的出资比例优先认缴出资；第二十条：公司股东按照实缴的出资比例分取公司红利；第五十二条：公司在审计后 10 日内提出上年度财务决算和利润分配方案及本年度财务预算并提交董事会，董事会应在审议后提请召开年度股东会表决；

三、2009 年 12 月 15 日，国电南宁公司以国电集团、中稷公司同意，深能源公司反对的投票结果通过了《2009 年股东会关于增加公司资本金议案的决议》，决定注册资本从 5000 万元增加至 13254.902 万元。国电集团按照决议向南宁国电注入了资金，中稷公司和深能源公司未按该决议增加注册资本金。

四、2010 年 6 月 29 日、2012 年 7 月 10 日，深能源公司两次向国电南宁公司发函表示拟放弃对新增注册资本优先认缴出资权，2010 年 8 月 25 日，中稷公司致函国电南宁公司表示收购深能源公司全部退让的股份。但经催缴，中稷公司未缴纳认缴的资本。后三方为增资

问题进行多次协商，均未达成决议。

五、2012年10月25日，国电南宁公司召开的2012年第二次股东会决议确认：截止2012年8月31日，国电南宁公司实收资本共38943万元为项目资本金，其中：国电集团投入36493万元，中稷公司投入1300万元，深能源公司投入1150万元，并由国电南宁公司委托合法的验资机构验资。该决议经国电集团和深能源公司表决通过，中稷公司未在股东会决议上签字。

六、2013年7月16日，国电南宁公司董事会形成了《关于2013年7月31日前的利润分配的决议》、《关于公司章程修正案的决议》。利润分配决议主要内容为：截止2012年12月31日，国电南宁公司实际到位资本金为41187万元，其中国电集团实际出资38737万元（未经工商登记注册资本36187万元），中稷公司实际出资1300万元，深能源公司实际出资1150万元。同意按审计机构审计的2013年7月31日前的公司累计滚存未分配利润在提取法定公积金等项目后，按各方实缴出资与全部已到位出资之比例全额分配（即国电集团94.05%、中稷公司3.16%、深能源公司2.79%）。后召开股东会审议并通过了董事会提交的两份决议，中稷公司的代表没有投票。

七、中稷公司认为国电南宁公司董事会、股东会作出的《关于2013年7月31日前的利润分配的决议》，内容违反公司章程，遂起诉请求撤销上述公司决议。一审、二审均支持了原告的诉讼请求。国电南宁公司、国电集团、深能源公司仍不服，向广西高院申请再审，再审改判撤销一审、二审判决，驳回中稷公司的诉讼请求。

【裁判要点】

本案的争议焦点是：董事会、股东会作出的《关于2013年7月31日前的利润分配的决议》内容是否应当撤销，关键要确定国电集团投入的36187万元的性质属于实缴出资还是资本公积，诉争决议确定的利润分配原则是否符合公司章程。

一、对“投资者出资超过其在注册资本”的部分是否资本公积，要根据投资者投入资金时的真实意愿和目的作出判断，如果其是作为超出注册资本的股本溢价投入，可以认定作为资本公积的目的投入，而如果其是以登记为注册资本为投入目的，在尚未完成登记时，不应作为资本公积，而应认定为出资。股东履行了出资义务，才享有利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利。出资并非取决于股东的出资是否经工商登记为注册资本，而是取决于股东实缴到公司作为公司经营资本的资产。

二、股东各方都同意对国电南宁公司逐步进行增资，增资是股东各方的真实意思表示，而在国电南宁公司建设过程中，各股东为了国电南宁公司建设，多次召开股东会，但是中稷公司、深能源公司没有及时履行出资义务，国电集团2009年及以后向国电南宁公司陆续投入的36187万元资金，从履行行为来看，是为了履行各方股东达成的股东协议，也符合公司设立之初有关资本金的规定，而且国电集团对国电南宁公司分次投入的资金在会计处理上计入“实收资本”账下，审计机构、各股东对该账目处理未提出任何异议，国电集团已向国电南宁公司实缴的36187万元也一直用于公司日常经营从未抽回，因此

该 36187 万元应认定是国电集团对国电南宁公司的实缴出资。

三、诉争决议仅确认了利润分配的原则、方式和内容，其中分配的方式就是先进行审计，并提取法定公积金等项目，再进行分配，该分配方式符合公司章程第五十二条的规定。

【实务经验总结】

前事不忘、后事之师。为避免未来发生类似败诉，提出如下建议：

1、董事会、股东会决议被撤销的理由包括两个方面的内容：一是董事会、股东会召集程序及表决程序违反法律、行政法规或公司章程的规定，二是董事会、股东会决议内容违反公司章程的规定。因此，公司在召开董事会和股东会时，应按照相关的规定举行会议，以免决议被撤销，导致所议事项不能得到有效实现，前功尽弃。

2、股东享有的利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利来源于股东对出资义务的履行，该出资取决于股东实缴到公司作为公司经营资本的资产，而非取决于股东的出资是否经工商登记为注册资本。因此，当事人以“股东的出资未经工商登记的不是注册资本”为由进行抗辩的，不能得到支持。

3、股东对公司的出资超过其在注册资本部分的性质，要根据投资者投入资金时的真实意愿和目的作出判断，如果其是作为超出注册资本的股本溢价投入，可以认定作为资本公积的目的投入；而如果其是以登记为注册资本为投入目的，在尚未完成登记时，不应作为资本公积。因此，股东在进行投资时应该明确自己所投入的资金的目的，以此决定超过注册资本部分的资金性质，以享受相应的权益。

【相关法律规定】

《公司法》

第二十二条第二款 股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。

第二十六条 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。

法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。

第二十八条 股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当已向按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

第二十九条 股东认足公司章程规定的出资后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关报送公司登记申请书、公司章程等文件，申请设立登记。

第三十二条第三款 公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

第三十四条 股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》

第十六条 股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司根据公司章程或者股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利作出相应的合理限制，该股东请求认定该限制无效的，人民法院不予支持。

【法院判决】

以下为该案在法院审理阶段，判决书中“本院认为”就该问题的论述：

关于国电南宁公司董事会、股东会作出的《关于2013年7月31日前的利润分配的决议》是否应予撤销的问题。根据《公司法》第二十二条第二款“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销”的规定，董事会、股东会决议可撤销的事由主要包括两方面的内容：一是董事会、股东会召集程序及表决程序违反法律、行政法规或公司章程的规定，二是董事会、股东会决议内容违反公司章程的规定。本案再审过程中，各方当事人均认可涉案董事会和股东会的会议召集程序、

表决方式没有违反法律、行政法规或者公司章程的规定，因此涉案董事会决议、股东会决议是否应予以撤销主要看上述决议内容是否违反公司章程的规定。中稷公司主张国电南宁公司《章程》规定的“实缴的出资”指工商登记的注册资本，在各方股东对出资的性质未达成共识的情况下，国电集团在认缴注册资本之外投入的资金 36187 万元属于资本公积，不能参与分配，诉争决议按“实缴出资与全部已到位出资之比例”确定利润分配比例，且作出前没有经过审计，违反了公司章程的规定，而国电南宁公司、国电集团、深能源公司则主张公司章程中“实缴的出资”指股东为履行出资义务实际投入到公司的出资，并非仅指工商登记的注册资本，国电集团 2009 年后向国电南宁公司增加投入的 36187 万元属于实缴出资，不属于资本公积，诉争决议内容符合公司章程的规定。因此国电集团投入的 36187 万元的性质属于实缴出资还是资本公积，诉争决议确定的利润分配原则是否符合公司章程需要根据《公司法》的相关规定，需从实缴出资、资本公积、当事人意思表示等方面综合判断。

第一，从实缴出资的理解上看，所谓股东出资是指股东（××）在公司设立或者增加资本时，为取得股份或股权，根据协议的约定以及法律、公司章程的规定向公司交付财产或履行其他给付义务。而根据《公司法》第二十六条的规定，注册资本是指在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。实缴出资与注册实缴出资两者既有联系又有区别。联系在于都是股东对公司的出资，区别在于注册实缴出资是在工商登记机关登记的全体股东认缴出资额的总和，而实缴出资是公

司股东为履行出资义务实际缴纳到公司账户的资金总和。国电南宁公司《章程》规定“按照实缴的出资比例分配公司利润”与《公司法》第三十五条规定“股东按照实缴的出资比例分取公司红利”本质是一致的。根据《公司法》第二十八条“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任”、第二十九条“股东认足公司章程规定的出资后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关报送公司登记申请书、公司章程等文件，申请设立登记”以及第三十二条“公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人”的规定，股东实缴出资未经登记或变更登记不得对抗第三人，但不影响股东在公司内部法律关系中主张和行使股东权利。而根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十六条“股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司有权根据公司章程或者股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利作出相应的合理限制”的规定，股东之所以享有利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利，本质上来源于股东履行了出资义务，即使工商登记股东出资，但该出资没有实际到位或者已到位又抽逃，股东也无权依

据工商登记的出资比例享有股东权利。出资取决于股东实缴到公司作为公司经营资本的资产，而不取决于股东的出资是否经工商登记为注册资本。因此中稷公司主张“实缴的出资”仅指工商登记的注册资本与法律规定不符，对其主张不予支持。

第二，从资本公积方面理解上看，《企业会计准则》规定，投资者以现金投入的资本，应当以实际收到或者存入企业开户银行的金额作为实收资本入账。实际收到或者存入企业开户银行的金额超过其在该企业注册资本中所占份额的部分，计入资本公积。对“投资者出资超过其在注册资本”的部分是否资本公积，要根据投资者投入资金时的真实意愿和目的作出判断，如果其是作为超出注册资本的股本溢价投入，可以认定作为资本公积的目的投入，而如果其是以登记为注册资本为投入目的，在尚未完成登记时，不应作为资本公积。本案中，国电集团增加投入的36187万元是以增资成注册资本为目的而投入，并不是赠与或作为股本溢价投入公司，不属于资本公积。虽然本案的增资程序尚未最终完成，相应增资未登记为注册资本，但不影响这部分资金属于出资的性质认定，中稷公司主张国电集团增加投入的36187万元属于资本公积与事实不符，对其主张不予支持。

第三，从当事人的意思表示、履行情况等方面看，2004年10月22日，国电集团与中稷公司签订的《股东协议书》第三条“项目投资总额与公司注册资本”约定，公司一期电力项目总投资为50亿元，注册资本暂按工程总投资的20%确定，即10亿元，股东各方须在公司章程签订之日起一个月内按前款比例缴付一期注册资本共人民币

2000 万元用于公司注册。剩余部分根据工程建设需要经董事会决议后分期注入。国电南宁公司《2009 年股东会关于增加公司资本金议案的决议》决定公司注册资本从 5000 万元增加至 13254.902 万元，国电集团、中稷公司同意，深能源公司投反对票。2009 年至 2012 年期间，深能源公司表示拟放弃对新增注册资本优先认缴出资权时，中稷公司先后分别于 2010 年 8 月 25 日、2012 年 10 月 26 日两次发函同意对公司增加注册资本金并认缴深能源公司的增资份额，但是中稷公司经国电南宁公司催缴后却一直未履行自己的义务。国电南宁公司《2012 年第二次股东会决议》确认“截止 2012 年 8 月 31 日国电南宁公司实收资本共 38943 万元为项目资本金，并由国电南宁公司委托合法的验资机构进行验资”。2013 年 1 月 31 日中稷公司对国电南宁公司《2013 年第一次股东会决议（征求意见稿）》的回复意见中，亦确认国电集团在国电南宁公司投产前投入的 36493 万元资金为项目资本金，国电南宁公司注册资本金因此从 5000 万元增资至 38943 万元。在此基础上继续增资至 71554.9 万元，新增注册资本 32611.9 万元全部由中稷公司认缴，验资后按各股东实缴资本额重新确定各股东对国电南宁公司持有的股份比例，并据此结果修订公司章程、办理工商变更登记手续。而涉案利润分配决议亦确认截止 2012 年 12 月 31 日国电集团实际出资人民币 38737 万元，国电南宁公司董事会、股东会在《关于国电南宁公司章程修正案》中亦明确公司最终注册资本总额应达到公司总投资的 20%，根据公司实际需要分批增加出资，公司总投资以国家发改委核准的投资总额为依据。以上的一系列事实

表明国电南宁公司各股东认缴的出资额并非只是第一期工商登记的注册资本，包括中稷公司在内的各股东均同意将根据工程建设需要分期注入出资，股东也均同意对国电南宁公司逐步进行增资，增资是股东各方的真实意思表示，而在国电南宁公司建设过程中，各股东为了国电南宁公司建设，多次召开股东会，但是中稷公司、深能源公司没有及时履行出资义务，国电集团2009年及以后向国电南宁公司陆续投入的36187万元资金，从履行行为来看，是为了履行各方股东达成的股东协议，也符合公司设立之初有关资本金的规定，而且国电集团对国电南宁公司分次投入的资金在会计处理上计入“实收资本”账下，审计机构、各股东对该账目处理未提出任何异议，国电集团已向国电南宁公司实缴的36187万元也一直用于公司日常经营从未抽回，因此该36187万元应认定是国电集团对国电南宁公司的实缴出资。中稷公司主张涉案决议未经有效公司决议，未经修改章程并办理工商登记不能作为实缴出资，理据不充分，对其主张不予支持。

第四，本案诉争决议的内容不违反公司章程第五十二条规定。国电南宁公司章程第五十二条规定：“公司在审计后10日内提出上年度财务决算和利润分配方案及本年度财务预算并提交董事会，董事会应在审议后提请召开年度股东会表决”涉案诉争决议明确规定“按审计机构审计的2013年7月31日公司累计未分配利润再分配”，诉争决议的内容并非是不经过审计程序即进行利润分配，而是在决议作出后根据审计机构审计确认的利润来分配。诉争决议仅确认了利润分配的原则、方式和内容，其中分配的方式就是先进行审计，并提取法定

公积金等项目，再进行分配，该分配方式符合公司章程第五十二条的规定，中稷公司主张涉案决议作出前没有经过审计，违反公司章程的规定与事实不符，对其主张不予主持。

第五，公平原则是民商事活动中当事人应当遵循的基本原则，它要求当事人在民商事活动中以利益均衡，权利义务对等作为价值判断的标准和准则。出资是股权的对价，要取得实际的股东资格和身份，必定以对公司的出资承诺为前提，而要获得实际的股东权益，则应以出资义务的实际履行为前提。如果认缴者没有向公司进行任何出资，则不应承认其管理公司事务和参与公司盈余分配的权利。公司的经营收益实质上主要是股东出资于公司的财产所带来的收益，所以股权的权益应当按实缴的资本来确实，股东享有股权的大小取决于其出资的比例或数额。股东出资义务的不履行是对公司资本和财产的直接侵害，对公司利益的损害不言而喻。实践中，股东不履行出资义务或不适当履行出资义务，公司生存和发展所需的资金或其他生产条件就难以达到，公司无法进行正常的生产、经营和获利，股东成立公司的目的难以实现。更有甚者，股东不履行出资义务还可能导致公司法人人格被否认、公司被解散或者营业执照被吊销。国电集团作为持有国电南宁公司 51%股权的创始股东，从 2009 年至 2012 年底，在国电南宁公司资金严重短缺、银行融资极度困难的情况下，为了支持项目建设，一直向国电南宁公司追加出资，累计达 36187 万元，对项目建成和投产起到了至关重要的作用，利润分配决议按照其在 2013 年 7 月 31 日前实缴出资与全部已到位出资比例，决议由其按 94.05%的比例享有

利润分配合法合理。中稷公司在 2009-2012 年国电南宁公司的增资过程中，承诺认缴自己的 26%新增资本和深能源公司放弃的 23%新增资本，但一直未履行增资义务。2013 年 8 月，国电南宁公司作出增资决议，各股东按其股权比例享有同等的优先认缴权，中稷公司也未在规定的时间内认缴。现中稷公司在其实缴出资仅占出资总额 3.16%的情况下，主张按 26%的比例获得由公司 41187 万元实收资本形成的项目收益，这将造成未履行出资义务的股东不仅不承担违约责任，反而享有实际缴纳出资股东所应享有的股东收益，有违公平原则。

【案件来源】

广西壮族自治区高级人民法院，国电南宁发电有限责任公司、中国国电集团公司等与广西中稷电力投资有限公司公司决议撤销纠纷再审民事判决书〔（2016）桂民再 46 号〕。

【延伸阅读】

“投资者出资超过其注册资本”的部分，其性质的确定应当根据投资者投入资金时的真实意愿和目的作出判断，而并不是一律是资本公积。笔者检索的 2 个案例也是这样的裁判思路，投资者在投资活动中应当对此加以注意，表明自己的投资意图，以享受相应的权益。

案例 1：铜陵市中级人民法院审理的陈华与张涛、张海龙股权转让纠纷〔（2016）皖 07 民终 303 号〕认为，“关于张涛、张海龙、旺达置业公司主张的《补充协议》约定以房抵付陈华超出注册资本的 3085 万元投入系变相抽逃出资而无效的观点。为保障公司资金融通和市场主体活力，法律并未限制股东向公司提供借款用于生产经营，

更未规定凡是股东投入到公司的超过注册资本的资金均应作为资本公积金不得返还，股东有权选择以提供借款的形式或者依法增加注册资本的形式向公司投入超过原注册资本的资金。”

案例 2：天津市和平区人民法院审理的天津市安居工程办公室与天津市浩天典当行股东出资纠纷[(2014)和民三初字第0839号]认为，“被告虽未办理工商变更登记，但根据《中华人民共和国公司法》的相关规定，股东在增资后无权要求返还增资。理由如下：第一、我国法律没有禁止股东实际缴付出资不得超过注册资本的规定。第二、根据《企业财务通则》第十七条：“对投资者实际缴付的出资超出注册资本的差额（包括股票溢价），企业应当作为资本公积管理”的规定，公司接受了股东的增资应将其记载于资本公积金科目，该资本积金属公司所有，是公司的财产，股东不得任意要求公司予以返还。第三，根据《中华人民共和国公司法》第一百六十八条：“公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。但是，资本公积金不得用于弥补公司的亏损”的规定，资本公积金只能用于扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。资本公积金虽然不同于公司的注册资本需在工商行政管理部门登记，但其与注册资本同样具有扩张经营规模，并对公司债权人具有担保功能，具有准资本的性质。如果将该资本公积金予以返还，将导致公司资本规模减少，损害公司债权人的利益。第四，根据《中华人民共和国公司法》第三十五条明确规定，公司成立后，股东不得抽逃出资。同理，对于股东增加的投资，同样不得抽回。综上，虽然对股东认缴新增资本未办理

变更登记，但仍应认定为股东对公司缴纳的出资，股东无权请求返还。”

监事代表诉讼的几个程序性要求

来源：法务部公众号

日期：2018年9月17日

【法律依据】

1、《公司法》第151条规定了两类不同诉讼：第1款规定的公司董事会或者执行董事、监事会或者监事系公司机关，其履行法定职责代表公司提起的诉讼，应当是公司直接诉讼，应列公司为原告。第2款规定的则是股东代表诉讼。

2、《公司法司法解释四》第23条规定：“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，应当列公司为原告，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。”这是监事代表诉讼的法律依据。

一、监事代表诉讼应以公司名义进行

典型案例：（2015）苏商终字第00009号

一审：公司董事、高级管理人员有违反公司忠实义务行为的，有限责任公司的股东，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。监事收到请求之日起三十日内未提

起诉讼，股东有权为了公司利益以自己名义直接向人民法院提起诉讼。本案中，乔俊既是兆润公司股东，又担任公司监事，不存在其拒绝提起诉讼的情形，乔俊可以行使公司监事职权，对损害公司利益的董事、高管或其他人提起诉讼，但应以公司的名义进行，理由为：1、公司法对于监事（会）提起诉讼，并未规定以自己名义进行。2、根据《公司法》第五十四条规定，公司监事（会）通过行使职权，实现对董事、高级管理人员执行公司职务行为的监督，维护公司利益。监事（会）作为公司的监督机关，与作为公司权力机关的股东（大）会，作为公司执行机构和代表机关的董事会（执行董事）共同构成公司治理的基本机构，监事（会）行使监督职权实际是为维护公司利益的公司行为，故应以公司作为原告。3、董事、高级管理人员执行公司职务时之所以违反法律、行政法规或公司章程规定，往往是利用其对公司的控制权，换言之，该情形往往是在公司内部权力分配和制衡的机制失效的情形下发生。这时，如果监事（会）以自己的名义提起诉讼，则可能出现董事、高级管理人员所控制的公司作出有违事实的陈述，即公司主张其利益并未受到损失，而使得诉讼难以继续、公司法这一关于监事监督职权的特殊方式的规定实际落空。监事（会）对董事、高级管理人员提起诉讼，是在公司内部自我监督及管理机制陷入停滞、出现失效时，将对公司内部合约的违反和控制权滥用现象提交法院裁判，以公司名义提起诉讼才能使得司法介入有效进行、避免控制权滥用现象在诉讼中延续，也符合公司法关于监事（会）职权及其为维护公司利益提起诉讼的相关规定的立法目的。综上，乔俊以个人名

义提出诉讼，应予以驳回。

二审：本院认为，兆润公司仅有两名股东王有斌和乔俊，其中王有斌担任执行董事，乔俊担任监事，故究其公司内部治理结构而言规模较小。现兆润公司的合法权益可能受到他人侵害，兆润公司拒绝提起诉讼，则从维护兆润公司利益角度出发，乔俊有权选择以何种符合法律规定的方式行使诉讼权利，而不是因乔俊系兆润公司的监事就认定乔俊只能行使监事代表诉讼的权利。本案中，乔俊可以选择以公司名义作为原告、由其以监事身份作为诉讼代表提起监事代表诉讼，亦可以选择以其股东身份作为原告、兆润公司作为第三人提起股东代表诉讼。乔俊认为其已经无法履行监事职责，故选择提起股东代表诉讼。而兆润公司一、二审中的陈述意见已经表明公司不会以自身名义行使诉权，乔俊作为兆润公司的股东，其提起本案股东代表诉讼已经表明其竭尽了内部救济途径，履行了前置程序，并未损害公司利益，亦不违反法律的禁止性规定。综上，乔俊的上诉请求成立。

二、监事代表诉讼无需在诉状中加盖公司公章

典型案例：（2017）粤04民终2588号

股东代表诉讼的目的在于充分发挥公司内部监督机制，也即是在公司内部自我监督及管理机制陷入停滞、出现失效时，通过司法程序对公司内部控制权滥用现象进行及时有效的控制和避免，基于上述立法目的，结合现实生活中实际控制、管理公司的其他股东或者高级管理人员亦实际控制了公司的印章，故不可能为提出股东诉讼的代表提供诉讼上的便利，故上述司法解释将公司监事会或者监事界定为公司

机关，其履行法定职责代表公司提起的诉讼，应当是公司直接诉讼，应列公司为原告，对于该种情形下，只要代表公司诉讼的监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事符合主体要求即可，而无需要求公司在起诉状中加盖公章。

三、被恶意更换监事仍有权代表公司提起诉讼

典型案例：（2017）苏01民初2470号

本案中，芮国祥作为诉讼代表人提起本案诉讼时系润昌公司监事，故其具有提起本案诉讼的代表资格。李文金、李军、经典公司主张润昌公司已在本案诉讼中通过召开股东会会议改选了监事，芮国祥不再具有监事身份，故不具有提起本案代表诉讼的资格。本院认为，首先，根据公司法第五十一条第一款、第五十三条第二、三项的规定，不设监事会的有限责任公司的监事属于公司组织机构、法定内设监督机关，该监事根据公司法第一百五十一条第一款规定提起诉讼系公司内设机关履行职务的行为，而非个人行为，故润昌公司在诉讼过程中重新选举监事人选并不影响该公司内设机构意义上的监事已提起诉讼之诉讼资格。其次，公司法第一百五十一条第一款规定的意旨在于发挥监事（会）作为公司监督机关的作用，接受股东请求代表公司起诉，依法追究董事、高级管理人员执行职务给公司造成损失的赔偿责任，以解决公司怠于行使诉权问题，维护公司的合法权益。如在公司具有控制地位的董事、高级管理人员在诉讼中改选监事，能够阻却将其作为被告的诉讼正常进行，则有违监事代表诉讼的立法目的。综上，本院认为芮国祥具有代表公司提起诉讼的诉讼代表人资格，李文金、

李军、经典公司的该项抗辩于法有悖，本院不予采信。

四、监事代表诉讼审查被告在实施侵害行为时是否为公司高级管理人员，与其是否具有股东资格无关

典型案例：（2017）渝01民终3662号

本院认为，虽胡艺取得甘家桥公司股东所依据的合同已经解除，但在合同解除之前胡艺所取得的股东资格是合法有效的，应承担相关行为所导致的法律后果。现游文明作为甘家桥公司监事，依据《中华人民共和国公司法》第一百五十条规定，认为胡艺担任公司法定代表人期间执行公务不当，造成公司损失，要求承担赔偿责任。与胡艺是否为甘家桥公司股东并无关联。法院应当依法审查游文明诉讼请求是否成立。