法律资讯汇编

（2022 第 01 期）

上海王岩律师事务所
2022 年 01 月

目　　录

行业新闻---- 中国银保监会有关部门负责人就
《保险集团公司监督管理办法》答记者问
.....3

新法速递---- 保险集团公司监督管理办法
.....6

案例解析---- 分配方案执行异议之诉案件的审理思路和裁判要点
.....34

业务研究---- 形式减资未导致公司偿债能力下降，不应被认定为抽逃
.....49

---- 等价交易的信用证方式付款不构成偏颇清偿
.....66

中国银保监会有关部门负责人就《保险集团公司监督管理办法》答记者问

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2021 年 11 月 30 日

为进一步加强对保险集团公司的监督管理，有效防范保险集团经营风险，促进金融保险业健康发展，中国银保监会发布了《保险集团公司监督管理办法》（以下简称《办法》）。日前，中国银保监会有关部门负责人就《办法》相关问题回答了记者提问。

一、《办法》修订的背景是什么？

答：2010 年 3 月，《保险集团公司管理办法（试行）》（保监发〔2010〕29 号，以下简称原《办法》）发布实施。原《办法》是保险集团监管的基础性制度文件，对规范和促进保险集团公司健康发展发挥了重要作用。截至 2020 年末，我国共有 13 家保险集团，总资产 22 万亿元。保险集团及其所属保险公司在保险市场主体中占据主导地位。近年来，保险集团公司自身的发展水平和外部环境发生了很大变化，原《办法》已不能完全适应保险集团发展和监管的要求，有必要进行修订。

二、《办法》修订的主要原则是什么？

答：一是一致性原则。本次修订过程中，对涉及保险集团的其他相关监管规定进行梳理，实现《办法》条文与当前监管制度的一致性。另外，《办法》对照国际保险监督官协会新修订的国际监管规则、人民银行发布的《金融控股公司监督管理试行办法》等，与有关要求衔接一致，并为系统重要性保险机构监管预留空间。

二是稳定性原则。这次修订总体上保持原有制度架构的稳定性和延续性。同时按照急用先行的原则，重点针对执行中遇到的主要问题开展修订。

三是问题导向原则。近年来保险集团发展和监管中出现了一些新情况和新问题，比如非保险子公司问题、集团监管指标口径问题、并表监管问题，以及公司治理和风险管理等问题，原《办法》无法满足监管和行业现实需要，亟需进一步明确和加强。本次修订有针对性地对上述问题做出回应，以进一步完善集团经营的制度依据、丰富集团监管的政策工具，推动保险集团监管做实做细做精。

三、《办法》修订的主要内容有哪些？

答：修订后的《办法》共十章，九十三条，包括总则、设立和许可、经营规则、公司治理、风险管理、资本管理、非保险子公司管理、信息披露、监督管理、附则等。修订的主要内容包括：一是加强保险集团公司治理监管，要求保险集团公司具有简明、清晰、可穿透的股权结构，与下属成员公司股权控制层级合理,强化保险集团公司对整个集团公司治理的主体责任。二是强化保险集团风险管理，增设“风险管理”章节，要求保险集团公司整合集团风险管理资源，建立与集团战略目标、组织架构、业务模式等相适应的全面风险管理体系，新增完善了风险偏好体系、风险管理信息系统、集中度风险管理、防火墙设置、关联交易管理、对外担保管理以及压力测试体系等具体监管要求。三是完善非保险子公司监管，增设“非保险子公司管理”章节，明确保险集团可投资非保险子公司的范围和相关条件，完善内部管控机制、禁止行为、外包管理、信息报送等规定。四是系统完善集团监管要求，强调并表监管“以控制为基础，兼顾风险相关性”，完善并表监管范围；提高保险集团公司信息披露、危机应对和处置能力等方

面的要求；明确外资保险集团公司监管适用《办法》。

四、《办法》发布对保险集团公司会产生哪些影响？

答：本次《办法》修订是认真贯彻落实党的十九大和党的十九届二中、三中、四中、五中、六中全会精神以及中央经济工作会议和全国金融工作会议精神，以及银保监会工作要求的一项重要举措，其实施将对保险集团稳定健康的发展产生深远的积极影响。一是强调保险集团公司的股权投资应坚持保险主业原则并明确保险集团可投资企业类型和投资比例限制，推动保险集团聚焦保险主业、加强股权投资管理、规范经营行为，防止资本无序扩张。二是提升保险集团公司治理能力，降低保险集团股权结构的复杂性，防止成员公司之间交叉持股，限制人员兼职，规范集团关联交易、对外担保以及资源共享等事项。三是要求保险集团公司建立集团整体的风险管理体系，全面管控集团风险，并关注风险传染、组织结构不透明风险、集中度风险、非保险领域风险等集团特有风险，促使保险集团公司提高风险管理能力水平。四是弥补保险集团所属非保险子公司的监管空白，引导保险集团建立规范、有效的非保险子公司管理体系，并通过投资非保险子公司优化集团资源配置、发挥协同效应、提升集团整体专业化水平和市场竞争能力，有效促进保险主业发展。

五、《办法》发布后，下一步还有哪些举措？

答：下一步，银保监会将加强督促指导，做好《办法》的贯彻落实，通过严格市场准入，丰富非现场监管指标，开展现场调查检查等多种措施，进一步加强保险集团公司监管，规范和促进保险集团公司健康发展。

保险集团公司监督管理办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2021 年 11 月 30 日

保险集团公司监督管理办法

(中国银行保险监督管理委员会令 2021 年第 13 号）

《保险集团公司监督管理办法》已于 2021 年 8 月 19 日经银保监会 2021 年第 10 次委务会议通过。现予公布，自公布之日起施行。

主席 郭树清

2021 年 11 月 24 日

保险集团公司监督管理办法

第一章 总则

第一条 为加强对保险集团公司的监督管理，有效防范保险集团经营风险，促进金融保险业健康发展，根据《中华人民共和国保险法》（以下简称《保险法》）、《中华人民共和国公司法》等法律、行政法规及《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》（中华人民共和国国务院令第 412 号），制定本办法。

第二条 中国银行保险监督管理委员会（以下简称银保监会）根据法律、行政法规和国务院授权，按照实质重于形式的原则，对保险

集团公司实行全面、持续、穿透的监督管理。

第三条 本办法所称保险集团公司，是指依法登记注册并经银保监会批准设立，名称中具有“保险集团”或“保险控股”字样，对保险集团成员公司实施控制、共同控制或重大影响的公司。

保险集团是指保险集团公司及受其控制、共同控制或重大影响的公司组成的企业集合，该企业集合中除保险集团公司外，有两家以上子公司为保险公司且保险业务为该企业集合的主要业务。

保险集团成员公司是指保险集团公司及受其控制、共同控制或重大影响的公司，包括保险集团公司、保险集团公司直接或间接控制的子公司以及其他成员公司。

第二章 经营保险代理业务许可

第四条 设立保险集团公司，应当报银保监会审批，并具备下列条件：

（一）投资人符合银保监会规定的保险公司股东资质条件，股权结构合理，且合计至少控制两家境内保险公司50%以上股权；

（二）具有符合本办法第六条规定的成员公司；

（三）注册资本最低限额为20亿元人民币；

（四）具有符合银保监会规定任职资格条件的董事、监事和高级管理人员；

（五）具有完善的公司治理结构、健全的组织机构、有效的风险管理和内部控制管理制度；

（六）具有与其经营管理相适应的营业场所、办公设备和信息系

统；

（七）法律、行政法规和银保监会规定的其他条件。

涉及处置风险的，经银保监会批准，上述条件可以适当放宽。

第五条 保险集团公司的股权监管、股东行为监管，参照适用银保监会关于保险公司股权管理的监管规定。

第六条 拟设立保险集团公司的投资人控制的保险公司中至少有一家具备下列条件：

（一）在中国境内开业6年以上；

（二）最近3个会计年度连续盈利；

（三）上一年末净资产不低于10亿元人民币，总资产不低于100亿元人民币；

（四）具有完善的公司治理结构、健全的组织机构、有效的风险管理和内部控制管理制度；

（五）最近4个季度核心偿付能力充足率不低于75%，综合偿付能力充足率不低于150%；

（六）最近4个季度风险综合评级不低于B类；

（七）最近3年无重大违法违规行为和重大失信行为。

第七条 设立保险集团公司可以采取下列两种方式：

（一）发起设立。保险公司的股东作为发起人，以其持有的保险公司股权和货币出资设立保险集团公司，其中货币出资总额不得低于保险集团公司注册资本的50%。

（二）更名设立。保险公司转换更名为保险集团公司，保险集团

公司以货币出资设立保险子公司，原保险公司的保险业务依法转移至该保险子公司。

保险集团公司设立包括筹建和开业两个阶段。

第八条 采取发起设立的方式设立保险集团公司的，发起人应当在筹建阶段向银保监会提交下列材料：

（一）设立申请书，包括拟设立公司的名称、组织形式、注册资本、住所（营业场所）、投资人、投资金额、投资比例、业务范围、筹备组织情况、联系人及联系方式等；

（二）可行性研究报告，包括可行性分析、设立方式、发展战略、公司治理和组织机构框架、风险管理和内部控制体系、保险子公司整合前后偿付能力评估等；

（三）筹建方案，包括筹备组设置、工作职责和工作计划，拟设立的保险集团公司及其子公司的股权结构，理顺股权关系的总体规划和操作流程，子公司的名称和业务类别等；

（四）筹备负责人材料，包括投资人关于认可筹备组负责人和拟任董事长、总经理任职的确认书，筹备组负责人基本情况、本人认可证明，拟任董事长、总经理的任职资格申请表，身份证明和学历学位证书复印件；

（五）保险集团公司章程草案；

（六）发起人控制的保险公司最近3年经审计的财务报告、偿付能力报告；

（七）营业执照；

（八）投资人有关材料，包括基本情况类材料、财务信息类材料、公司治理类材料、附属信息类材料、有限合伙企业投资人的特别材料等；

（九）住所（营业场所）所有权或者使用权的证明文件；

（十）中长期发展战略和规划、业务经营计划、对外投资计划，资本及财务管理、风险管理和内部控制等主要制度；

（十一）信息化建设情况报告；

（十二）法律意见书；

（十三）反洗钱材料；

（十四）材料真实性声明；

（十五）银保监会规定的其他材料。

第九条 采取更名设立的方式设立保险集团公司的，拟更名的保险公司应当在筹建阶段向银保监会提交下列材料：

（一）更名申请书，其中应当载明拟更名公司的名称、组织形式、注册资本、住所（营业场所）、业务范围、筹备组织情况、联系人及联系方式等；

（二）可行性研究报告，包括可行性分析、更名方式、公司治理和组织机构框架、发展战略、风险管理和内部控制体系、保险公司更名前后偿付能力评估等；

（三）更名方案，包括拟设立的保险集团公司及其子公司的股权结构，理顺股权关系的总体规划和操作流程，子公司的名称和业务类别等；

（四）筹备负责人材料，包括投资人关于认可筹备组负责人和拟任董事长、总经理任职的确认书，筹备组负责人基本情况、本人认可证明，拟任董事长、总经理任职资格申请表，身份证明和学历学位证书复印件；

（五）保险集团公司章程草案；

（六）保险公司股东（大）会同意更名设立保险集团公司的决议；

（七）保险公司最近3年经审计的财务报告、偿付能力报告；

（八）更名后的营业执照；

（九）住所（营业场所）所有权或者使用权的证明文件；

（十）中长期发展战略和规划、业务经营计划、对外投资计划，资本及财务管理、风险管理和内部控制等主要制度；

（十一）信息化建设情况报告；

（十二）法律意见书；

（十三）反洗钱材料；

（十四）材料真实性声明；

（十五）银保监会规定的其他材料。

第十条 设立保险集团公司的，发起人或拟更名的保险公司应当在开业阶段向银保监会提交下列材料：

（一）开业申请书，包括公司名称、住所（营业场所）、法定代表人、注册资本、股权结构、经营区域、业务范围，拟任董事、监事、高级管理人员和关键岗位管理人员名单。

（二）采取发起设立方式的，提供创立大会决议，没有创立大会

决议的，应当提交所有投资人同意申请开业的文件或决议；采取更名设立方式的，提供股东（大）会决议。

（三）保险集团公司章程，股东（大）会、董事会、监事会议事规则。

（四）采取发起设立方式的，提供验资报告；采取更名设立方式的，提供拟注入新设保险子公司的资产评估报告、客户和债权人权益保障计划、员工权益保障计划。

（五）发展规划，包括公司战略目标、业务发展、机构发展、偿付能力管理、资本管理、风险管理、保障措施等规划要素。

（六）拟任董事、监事、高级管理人员的简历及其符合相应任职资格条件的证明材料。

（七）公司组织机构，包括部门设置及人员基本构成情况。

（八）资产托管协议或资产托管合作意向书。

（九）住所（营业场所）所有权或者使用权的证明文件及消防安全证明。

（十）信息化建设情况报告。

（十一）公司内部管理制度。

（十二）营业执照。

（十三）投资人有关材料，包括财务信息类材料、纳税证明和征信记录，股权结构、控股股东及实际控制人情况材料，无重大违法违规记录声明、自有资金投资承诺书等。

（十四）反洗钱材料。

（十五）材料真实性声明。

（十六）银保监会规定的其他材料。

第十一条 设立保险集团公司，应当向市场监督管理部门办理工商注册登记，领取营业执照。

保险集团公司应当经银保监会批准方能开展相关经营活动。银保监会批准后，应当颁发保险许可证。

保险集团公司设立事项审批时限参照保险公司相关规定执行。

第三章 经营规则

第十二条 保险集团公司的业务以股权投资及管理为主。

保险集团公司开展重大股权投资应当使用自有资金。重大股权投资是指对被投资企业实施控制的投资行为。

第十三条 保险集团公司经营保险业务、进行股权管理、开展保险资金运用，应当遵守法律、行政法规及其他监管规定的要求。

第十四条 在尊重子公司及其他成员公司独立法人经营自主权的基础上，保险集团公司应当对全集团的股权投资进行统筹管理，防止无序扩张。

第十五条 保险集团公司可以投资下列保险类企业：

（一）保险公司；

（二）保险资产管理机构；

（三）保险专业代理机构、保险经纪机构和保险公估机构；

（四）银保监会批准设立的其他保险类企业。

第十六条 保险集团公司可以投资非保险类金融企业。

保险集团公司及其子公司对境内非保险类金融企业重大股权投资的账面余额，合计不得超过集团上一年末合并净资产的 30%。

第十七条 保险集团公司及其子公司投资同一金融行业中主营业务相同的企业，控股的数量原则上不得超过一家。

第十八条 保险集团公司可以投资本办法第五十六条规定的与保险业务相关的非金融类企业。

除本办法第五十六条规定的非金融类企业和为投资不动产设立的项目公司外，保险集团公司对其他单一非金融类企业的持股比例不得超过 25%，或不得对该企业有重大影响。

第十九条 保险集团公司及其金融类子公司对境内非金融类企业重大股权投资的账面余额，合计不得超过集团上一年末合并净资产的 10%。

纳入前款计算范围的非金融类企业是指保险集团公司及其金融类子公司在境内投资的首层级非金融类企业。

本条规定的非金融类企业，不包括保险集团公司及其金融类子公司为投资不动产设立的项目公司，以及本办法第五十六条第一款第（一）项规定的主要为保险集团提供服务的共享服务类子公司。

第二十条 保险集团公司可进行境外投资。

保险集团公司及其境内子公司对境外主体重大股权投资的账面余额，合计不得超过集团上一年末合并净资产的 10%。

纳入前款计算范围的境外主体是指保险集团公司及其境内子公司在境外投资的首层级境外主体。

保险集团公司及其境内子公司投资单一境外非金融主体的账面余额不得超过集团上一年末合并净资产的5%。

本条规定的境外主体不包括保险集团公司及其境内金融类子公司为投资不动产设立的项目公司。

第四章 公司治理

第二十一条 保险集团公司应当按照法律、行政法规及其他监管规定的要求，建立符合下列要求的公司治理框架：

（一）覆盖集团所有成员公司；

（二）覆盖集团所有重要事项；

（三）恰当地识别和平衡各成员公司与集团整体之间以及各成员公司之间的利益冲突。

治理框架应关注的内容包括但不限于：

（一）规范的治理结构；

（二）股权结构和管理结构的适当性；

（三）清晰的职责边界；

（四）主要股东的财务稳健性；

（五）科学的发展战略、价值准则与良好的社会责任；

（六）有效的风险管理与内部控制；

（七）合理的激励约束机制；

（八）完善的信息披露制度。

第二十二条 保险集团公司应当尊重子公司及其他成员公司独立法人经营自主权，统筹管理集团人力资源、财务会计、数据治理、信

息系统、资金运用、品牌文化等事项，加强集团内部的业务协同和资源共享，建立覆盖集团整体的风险管理、内控合规和内部审计体系，提高集团整体运营效率和风险防范能力。

第二十三条 保险集团公司对子公司履行管理职能过程中，不得滥用其控制地位或采取其他不正当措施，损害子公司及其他利益相关者的合法权益。

第二十四条 保险集团公司应当组织制定集团整体战略规划，定期对战略规划执行情况进行评估，根据发展实际和外部环境变化调整和完善战略规划。

保险集团公司应当根据集团整体战略规划，指导子公司制定发展战略和经营计划。保险集团公司应当设立或指定相应职能部门，定期监控、评估子公司发展战略和经营计划的执行情况并提出管理意见，确保集团整体目标和子公司责任目标的实现。

第二十五条 保险集团公司应当根据自身管理需要，合理确定董事会规模及成员构成。

第二十六条 保险集团公司董事会应当根据相关监管要求及实际情况设立专门委员会，行使审计、提名薪酬管理、战略管理、风险管理以及关联交易管理等职能。

第二十七条 保险集团公司应当根据集团整体战略规划和子公司管理需求，按照合规、精简、高效的原则，指导子公司建立规范的公司治理结构。

子公司为上市公司的，公司治理应当符合上市规则及上市公司监

管要求。

第二十八条 保险集团公司在依法推进本公司股东（大）会、董事会、监事会良好运作的同时，应当加强对子公司不同层级、不同类别会议的决策支持和组织管理。

保险集团公司应当设立或指定相应的职能部门，为其派驻子公司董事、监事履职提供支持和服务。子公司董事、监事对其在董事会或监事会的履职行为依法承担责任。

第二十九条 保险集团公司满足下列条件的，经向银保监会备案后，可以豁免其下属保险子公司适用关于独立董事、董事会专门委员会等方面的监管要求：

（一）保险集团公司治理结构健全、公司治理机制运行有效，并已根据相关监管规定建立独立董事和董事会专门委员会制度；

（二）保险集团公司已对保险子公司建立有效的管控机制。

获得前款豁免的保险子公司出现公司治理机制失灵、公司治理缺陷等情形的，银保监会可视情况撤销豁免。

第三十条 保险集团公司应当具有简明、清晰、可穿透的股权结构。

保险集团应当建立与其战略规划、风险状况和管理能力相适应的组织架构和管理结构，实现保险集团公司与其下属成员公司股权控制层级合理，组织架构清晰透明，管理结构明确。

第三十一条 保险集团公司与其金融类子公司之间的股权控制层级原则上不得超过三级，与其非金融类子公司之间的股权控制层级原

则上不得超过四级。股权控制层级的计算，以保险集团公司本级为第一级。不开展业务、不实际运营的特殊目的实体以及为投资不动产设立的项目公司，可以不计算在上述股权控制层级之内。

第三十二条 保险集团成员公司之间原则上不得交叉持股，子公司及其他成员公司不得持有保险集团公司的股权。

第三十三条 保险集团公司高级管理人员原则上最多兼任一家保险子公司的高级管理人员。

子公司及其他成员公司高级管理人员原则上不得相互兼任。

第三十四条 保险集团公司应当建立健全覆盖全集团的董事、监事及高级管理人员履职评价体系。

保险集团公司应当建立与本集团发展战略、风险管理、整体效益、岗位职责、社会责任、企业文化相适应的科学合理的薪酬管理机制和绩效考核体系。

第三十五条 保险集团公司应当建立统一的内部审计制度，对集团及其成员公司财务收支、业务经营、内部控制、风险管理实施独立、客观的监督、评价和建议，指导和评估子公司的内部审计工作。

保险集团公司对内部审计实行集中化或垂直化管理的，子公司可以委托保险集团公司实施内部审计工作。

第五章 风险管理

第三十六条 保险集团公司应当整合集团风险管理资源，建立与集团战略目标、组织架构、业务模式相适应的全面风险管理体系以及科学有效的风险预警机制，有效识别、计量、评估、监测和控制集团

总体风险。

保险集团风险包括但不限于：

（一）一般风险，包括保险风险、信用风险、市场风险、流动性风险、操作风险、声誉风险、战略风险等；

（二）特有风险，包括风险传染、组织结构不透明风险、集中度风险、非保险领域风险等。

第三十七条 保险集团公司应当设立独立于业务部门的风险管理部门，负责集团全面风险管理体系的制定和实施，并要求各业务条线、子公司及其他成员公司在集团整体风险偏好和风险管理政策框架下，制定自身的风险管理政策，促进保险集团风险管理的一致性和有效性。

第三十八条 保险集团公司应当制定集团层面的风险偏好体系，明确集团在实现其战略目标过程中愿意并能够承担的风险水平，确定风险管理目标，以及集团对各类风险的风险容忍度和风险限额。

风险偏好体系应当经董事会批准后实施，并每年进行审查、修订和完善。

第三十九条 保险集团公司应当根据集团整体的发展战略和风险偏好，对各类风险指标和风险限额进行分配，建立超限额处置机制。子公司及其他成员公司风险偏好、风险容忍度和风险限额应当与集团风险偏好、风险容忍度和风险限额相协调。

保险集团公司应当对集团整体、子公司及其他成员公司的风险管理制度执行情况进行监测，必要时可基于集团风险限额要求各成员公

司对风险限额进行调整。

第四十条 保险集团公司应当建立满足集团风险管理需要的信息系统，确保能够准确、全面、及时地获取集团风险管理相关信息，对各类风险进行定性、定量分析，有效识别、评估和监测集团整体风险状况。

第四十一条 保险集团公司应当在并表基础上管理集团集中度风险，建立和完善集中度风险管理的政策、程序和方法，以识别、计量、监测和防范集团整体以及各成员公司的不同类型的集中度风险。

保险集团集中度风险，是指成员公司单个风险或风险组合在集团层面聚合后，可能直接或间接威胁到集团偿付能力的风险；包括但不限于交易对手集中度风险、保险业务集中度风险、非保险业务集中度风险、投资资产集中度风险、行业集中度风险、地区集中度风险等。

第四十二条 保险集团公司应当建立和完善集团内部资金管理、业务运营、信息管理以及人员管理等方面的防火墙制度，防范保险集团成员公司之间的风险传递。

保险集团成员公司之间开展业务协同的，应当依法以合同等形式明确风险承担主体，防止风险责任不清、交叉传染及利益冲突。

第四十三条 保险集团公司应当建立监测、报告、控制和处理整个保险集团关联交易和内部交易的政策与程序，防范可能产生的不当利益输送、风险延迟暴露、监管套利、风险传染和其他对保险集团稳健经营的负面影响。

保险集团的内部交易应当遵守银保监会对于关联交易、内部交易

的相关规定。

第四十四条 保险集团公司应当加强集团对外担保的统筹管理，明确对外担保的条件、额度及审批程序。

保险集团公司只能对其保险子公司提供担保，且保险集团公司及其子公司对外担保的余额不得超过本公司上一年度末净资产的 10%。

第四十五条 保险集团公司应当建立与其风险相适应的压力测试体系，定期对集团整体的流动性、偿付能力等开展压力测试，将测试结果应用于制定经营管理决策、应急预案以及恢复和处置计划。

第四十六条 保险集团公司应当加强集团客户信息安全保护，指导和督促子公司及其他成员公司按照合法、正当、必要的原则，依法开展客户信息收集、传输、存储、使用和共享，严格履行信息保护义务。

第六章 资本管理

第四十七条 保险集团公司应当建立健全覆盖整个集团的资本管理体系，包括资本规划机制、资本充足评估机制、资本约束机制以及资本补充机制，确保资本与资产规模、业务复杂程度和风险特征相适应，并能够充分覆盖集团面临的各类风险。

第四十八条 保险集团公司应当根据公司发展战略目标、行业情况和国家有关规定，有针对性地制定保险集团公司及其金融类子公司至少未来 3 年的资本规划，并保证资本规划的可行性。

第四十九条 保险集团公司应当根据集团的发展战略、经营规划和风险偏好，设定恰当的资本充足目标。

保险集团公司及其金融类子公司应当建立与其自身风险特征、经营环境相适应的资本充足评估机制，定期评估资本状况，确保保险集团公司及其保险子公司满足偿付能力监管要求，非保险类金融子公司的资本状况持续符合金融监管部门规定，并将非金融类子公司资产负债比率保持在合理水平，实现集团安全稳健运行。

第五十条 保险集团公司应当在集团内部建立资本约束机制，指导子公司及其他成员公司在制定发展战略与经营规划、设计产品、资金运用等方面，严格遵守资本约束指标，注重审慎经营，强化风险管理。

保险集团公司应当加强资产负债管理，保持债务规模和期限结构合理适当，保持资产结构和负债结构合理匹配。

第五十一条 保险集团公司应当建立与子公司及其他成员公司发展战略和经营规划相适应的资本补充机制，通过加强业务管理、提高内部盈利能力、股权或者债权融资等方式保持集团的资本充足，并加强现金流管理，履行对子公司及其他成员公司的出资义务。

第五十二条 保险集团公司可以根据法律、行政法规及其他监管规定发行符合条件的资本工具，但应当严格控制双重杠杆比率。保险集团公司的双重杠杆比率不得高于银保监会的相关要求。

本办法所称双重杠杆比率，是指保险集团公司长期股权投资账面价值与所有者权益之比；账面价值是指账面余额扣除减值准备。

第七章 非保险子公司管理

第五十三条 本办法所称非保险子公司，是指保险集团公司及其

保险子公司直接或间接控制的不属于本办法第十五条规定的保险类企业的境内外子公司。

第五十四条 保险集团公司及其保险子公司直接或间接投资非保险子公司，应当有利于优化集团资源配置、发挥协同效应、提升集团整体专业化水平和市场竞争能力，有效促进保险主业发展。

本章所称直接投资，是指保险集团公司及其保险子公司以出资人名义投资并持有非保险子公司股权的行为；所称间接投资，是指保险集团公司及其保险子公司的各级非保险子公司以出资人名义投资并持有其他非保险子公司股权的行为。

投资非保险子公司，应当遵循实质重于形式的原则。实质上由保险集团公司或其保险子公司开展的投资，不得违规通过非保险子公司以间接投资的形式规避监管。

第五十五条 保险集团公司应当建立健全完善的内部管理制度，明确对非保险子公司管理的权限、流程和责任，落实对非保险子公司管理的主体责任。

第五十六条 保险集团公司可以直接或间接投资非保险子公司，具体类型包括：

（一）主要为保险集团成员公司提供信息技术服务、审计、保单管理、巨灾管理、物业等服务和管理的共享服务类子公司；

（二）根据银保监会关于保险资金运用的监管规定开展重大股权投资设立的其他非保险子公司；

（三）法律、行政法规及银保监会规定的其他类子公司。

第五十七条 保险集团公司直接投资共享服务类非保险子公司的，应当符合下列条件：

（一）公司治理机制健全、运行良好；

（二）上期末综合偿付能力充足率在 150%以上，核心偿付能力充足率在75%以上；

（三）使用自有资金投资，资金来源符合法律、行政法规及监管规定要求；

（四）拟投资的共享服务类非保险子公司主要为该保险集团提供共享服务；

（五）银保监会关于重大股权投资的监管规定。

保险集团公司不得间接投资共享服务类非保险子公司。

第五十八条 保险集团公司投资共享服务类非保险子公司，应当报银保监会审批，并提供下列材料：

（一）银保监会相关监管规定要求的重大股权投资应当提交的材料；

（二）共享服务或管理的具体方案、风险隔离的制度安排以及保险消费者权益保护的有关措施等。

保险集团公司直接投资共享服务类之外的其他非保险子公司，应当按照银保监会重大股权投资的监管规定执行。

保险集团公司间接投资非保险子公司的，保险集团公司应当在发起人协议或投资协议签署之日起15个工作日内向银保监会报告。

第五十九条 保险集团公司及其保险子公司直接投资非保险子公

司，应符合法律、行政法规、监管规定及其公司章程规定的内部决策程序，经其股东（大）会、董事会或其授权机构审批通过。

间接投资非保险子公司的，应当向保险集团公司或其保险子公司董事会报告。

第六十条 保险集团公司及其保险子公司应通过对直接控制的非保险子公司的管理，确保非保险子公司投资设立或收购的其他非保险子公司遵守本办法有关要求。

第六十一条 保险集团公司应当加强商标、字号管理，明确非保险成员公司使用本公司商标、字号的具体方式和权限等，避免声誉风险传递。

第六十二条 保险集团公司及其保险子公司不得为非保险子公司的债务提供担保，不得向非保险子公司提供借款，银保监会另有规定的除外。

第六十三条 保险集团公司及其保险子公司不能以对被投资企业债务承担连带责任的方式投资非保险子公司。

保险集团公司及其保险子公司认购非保险子公司股权或其发行的股票、债券等有价证券的，应当遵守银保监会关于保险资金运用等监管规定。

保险集团公司及其保险子公司就将来向非保险子公司增加投资或提供资本协助等作出承诺的，应当符合相关规定，并经其股东（大）会、董事会或其授权机构批准。

第六十四条 保险集团公司及其保险子公司应当建立外包管理制

度，明确允许和禁止外包的范围、内容、形式、决策权限与程序、后续管理以及外包各方的权利义务与责任等。

本办法所称外包，是指保险集团公司及其保险子公司将原本由自身负责处理的某些业务活动或管理职能委托给非保险子公司或者集团外机构持续处理的行为。

第六十五条 保险集团公司及其保险子公司外包本公司业务或职能的，应当进行风险评估并经其董事会或董事会授权机构审议通过，确保提供外包服务的受托方具备良好稳定的财务状况、较高的技术实力和服务质量、完备的管理能力以及较强的应对突发事件能力。

保险集团公司及其保险子公司外包时，应当与受托方签署书面合同，明确外包内容、形式、服务价格、客户信息保密要求、各方权利义务以及违约责任等内容。外包过程中应加强对外包活动风险的监测，在年度风险评估中定期审查外包业务、职能的履行情况，进行风险敞口分析和其他风险评估，并向董事会报告。

保险集团公司及其保险子公司应当在外包合同签署前 20 个工作日向银保监会报告。银保监会根据该外包行为的风险状况，可以采取风险提示、约见谈话、监管质询等措施。

第六十六条 保险集团公司应当于每年 4 月 30 日前向银保监会报送非保险子公司年度报告。报告应当包含下列内容：

（一）投资非保险子公司的总体情况，包括非保险子公司的数量、层级、业务分类及其经营情况、管控情况、重要内控和风险管理制度等；

（二）非保险子公司股权结构图，包括非保险子公司层级及计算情况、保险集团公司及其保险子公司直接或间接投资非保险子公司的股权比例等；

（三）非保险子公司主要高级管理人员基本信息；

（四）非保险子公司风险评估情况，包括重大关联交易和重大内部交易情况、外包管理情况、防火墙建设以及非金融类子公司的资产负债率情况等；

（五）保险集团持有非保险子公司股权变动情况及原因；

（六）银保监会要求的其他事项。

保险集团所属非保险子公司年度报告，由保险集团公司统一报送。

第八章　信息披露

第六十七条 保险集团公司应当根据法律、行政法规及其他监管规定的要求，遵循完整、准确、及时、有效的原则，规范地披露信息。

第六十八条 保险集团公司除根据保险机构信息披露相关监管规定披露本公司基本情况外，还应当披露集团整体的基本情况，包括：

（一）保险集团公司与各级子公司之间的股权结构关系；

（二）非保险子公司名称、注册资本、实缴资本、股权结构、法定代表人等基本信息；

（三）银保监会规定的其他事。

第六十九条 保险集团公司除根据保险机构信息披露相关监管规定披露本公司重大事项外，还应当披露集团发生的下列重大事项：

（一）对集团造成重大影响的风险事件；

（二）银保监会规定的其他事项。

第七十条 保险集团公司应当制作年度信息披露报告，除根据保险机构信息披露相关监管规定披露的本公司年度信息外，还应当至少包括下列内容：

（一）上一年度合并口径下的财务会计信息；

（二）上一年度的偿付能力信息；

（三）上一年度保险集团并表成员公司之间的重大内部交易，根据法律、行政法规及其他监管规定要求已由成员公司披露的除外；

（四）上一年度集团整体的风险管理状况；

（五）银保监会规定的其他事项。

第七十一条 保险集团公司应当将本公司及集团整体的基本情况、重大事项、年度信息披露报告登载于公司网站上。

基本情况发生变更的，保险集团公司应当自变更之日起10个工作日内更新。

发生重大事项的，保险集团公司应当自事项发生之日起15个工作日内发布临时信息披露公告。

年度信息披露报告应当在每年4月30日前发布，银保监会另有规定的从其规定。

偿付能力相关信息披露按照保险公司偿付能力监管规则有关要求执行。

第七十二条 上市保险集团公司按照上市公司信息披露要求已披

露的相关信息，可不再重复披露。

第九章　监督管理

第七十三条 银保监会在单一法人监管的基础上，对保险集团的资本、财务以及风险进行全面和持续的并表监管，识别、计量、监控和评估保险集团的总体风险。

银保监会基于并表监管，可采取直接或间接监管方式，依法通过保险集团公司或其他受监管的成员公司，全面监测保险集团所有成员公司的风险，必要时可采取相应措施。

金融管理部门依法按照金融监管职责分工，对保险集团公司及其金融类成员公司实施监管。

第七十四条 银保监会遵循实质重于形式的原则，以控制为基础，兼顾风险相关性，确定保险集团的并表监管范围。

第七十五条 保险集团公司及其子公司应当纳入并表监管范围。

除前款规定的情形外，保险集团公司投资的下列机构，应当纳入并表监管的范围：

（一）被投资机构所产生的风险或造成的损失足以对保险集团的财务状况及风险水平造成重大影响；

（二）通过境内外附属机构、空壳公司等复杂股权设计成立的，保险集团实际控制或对该机构的经营管理存在重大影响的其他被投资机构。

第七十六条 银保监会有权根据保险集团公司股权结构变动、风险类别及风险状况，确定和调整并表监管范围并提出监管要求。

保险集团公司应当向银保监会报告并表范围及管理情况。

第七十七条 银保监会可以要求下列单位或者个人，在指定的期限内提供与保险集团公司经营管理和财务状况有关的资料、信息：

（一）保险集团成员公司；

（二）保险集团公司股东、实际控制人；

（三）保险集团公司董事、监事、高级管理人员；

（四）银保监会认为需要提供相关资料、信息的其他单位或个人。银保监会可以建立与保险集团公司以及外部审计机构的三方会谈机制，了解保险集团在公司治理、风险防控和集团管控等方面的情况。依据《保险法》和金融监管协调机制的有关规定，银保监会可以请保险集团成员公司的开户银行、指定商业银行、资产托管机构、证券交易所、证券登记结算机构等协助调查。

第七十八条 保险集团公司应当按照有关规定及时向银保监会报送财务报告、偿付能力报告、并表监管报告以及非保险子公司报告等有关报告和其他资料。

第七十九条 发生影响或可能影响保险集团公司经营管理、财务状况、风险控制、客户资产安全的重大事件，或者保险集团的组织架构、管理结构或股权结构等发生重大变化时，保险集团公司应立即向银保监会报送报告，说明起因、目前状态、可能产生的影响和拟采取的措施。

第八十条 保险集团公司的金融类子公司资本充足水平未能达到金融监管机构规定的，银保监会可以要求保险集团公司采取增资等方

式保证其实现资本充足。保险集团公司不落实监管要求的，银保监会可以依法采取相应措施。

第八十一条 保险集团公司的保险子公司未达到金融监管机构规定的审慎监管要求，业务或财务状况显著恶化的，银保监会可以要求保险集团公司采取有效措施协助其恢复正常运营。

第八十二条 非保险子公司显著危及保险集团公司或其保险子公司安全经营的，银保监会可以要求保险集团公司进行整改。

第八十三条 保险集团公司及其子公司的股权投资范围、比例或股权控制层级不符合监管要求的，银保监会可依法采取相应措施。

第八十四条 银保监会可以基于审慎监管原则，要求保险集团公司对其偿付能力、流动性等风险开展覆盖全集团的压力测试，并根据压力测试结果采取相应措施。

第八十五条 银保监会可以根据保险集团的资产规模、业务复杂程度以及风险状况等要求保险集团公司制定恢复和处置计划。恢复计划应当确保面对危机时保险集团重要业务的可持续性；处置计划应当避免保险集团经营中断对行业造成负面影响，并最大程度降低对公共资本的消耗。

第八十六条 银保监会与境内其他监管机构相互配合，共享监督管理信息，协调监管政策和监管措施，有效监管保险集团成员公司，避免监管真空和重复监管。

银保监会可以与境外监管机构以签订跨境合作协议或其他形式开展监管合作，加强跨境监管协调及信息共享，对跨境运营的保险集

团实施有效的监管。

第十章 附则

第八十七条 保险集团公司的合并、分立、变更、解散、业务，以及相关人员任职资格等事项的监督管理，参照银保监会关于保险公司相关规定执行。

第八十八条 外国保险公司或外国保险集团公司作为中国境内保险公司股东设立保险集团公司的，适用本办法。《外资保险公司管理条例》及其实施细则有特殊规定的，从其规定。

对其他保险类企业具有直接或间接控制权，但名称中不带有“保险集团”或“保险控股”字样的保险公司，参照适用本办法，第二十九条第一款不适用。

被认定为系统重要性金融机构的保险集团，有特殊监管规定的，从其规定。

第八十九条 保险公司直接或间接投资设立的非保险子公司的管理，参照适用本办法关于非保险子公司的规定。

除保险集团成员公司分支机构外，保险集团所属非法人组织，参照适用本办法关于保险集团成员公司的规定。

第九十条 本办法所称控制，是指存在下列情况之一：

（一）投资人直接或间接取得被投资企业过半数有表决权股份；

（二）投资人通过与其他投资人签订协议或其他安排，实质拥有被投资企业过半数表决权；

（三）按照法律规定或协议约定，投资人具有实际支配被投资企

业行为的权力；

（四）投资人有权任免被投资企业董事会或其他类似权力机构的过半数成员；

（五）投资人在被投资企业董事会或其他类似权力机构具有过半数表决权；

（六）其他属于控制的情形，包括按照《企业会计准则第 33 号——合并财务报表》构成控制的情形。

两个或两个以上投资人均有资格单独主导被投资企业不同方面的决策、经营和管理等活动时，能够主导对被投资企业回报产生最重大影响的活动的一方，视为对被投资企业形成控制。

第九十一条 本办法所称“以上”“至少”“不低于”均包含本数，“超过”不含本数。

第九十二条 本办法由银保监会解释。

第九十三条 本办法自公布之日起施行。原中国保险监督管理委员会发布的《保险集团公司管理办法（试行）》（保监发〔2010〕29 号）同时废止。《保险集团并表监管指引》（保监发〔2014〕96 号）规定与本办法不一致的，以本办法为准。

分配方案执行异议之诉案件的审理思路和裁判要点

来源：上海一中法院公众号

作者：阮国平、雷名星

日期：2021 年 12 月 6 日

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

本期刊发《分配方案执行异议之诉案件的审理思路和裁判要点》（后附 PDF 版下载二维码），推荐阅读时间 21 分钟。

分配方案执行异议之诉

是指在执行程序中多个债权人对同一被执行人申请执行或对执行财产申请参与分配时，被执行人的财产不能清偿所有债权，债权人或被执行人对执行机构作出的分配方案是否符合公平清偿或优先清偿的法律规定而向执行法院提起的执行异议之诉。由于执行财产分配方案的执行异议与执行异议之诉程序容易产生混淆，且分配方案中债权受偿范围与受偿顺序的认定涉及多项实体法律规定，因此有必要明确审理思路、统一法律适用。本文结合司法实践中的典型案例，对分

配方案执行异议之诉案件的审理思路和裁判要点进行梳理、提炼和总结。

目录

01 典型案例

02 分配方案执行异议之诉的审理难点

03 分配方案执行异议之诉的审理思路和裁判要点

04 其他需要说明的问题

01 典型案例

【案例一：分配方案执行异议救济程序的审查】

债权人张某申请法院对被执行人江某名下的房屋予以查封拍卖后，执行法院将房屋拍卖款发放给了另案债权人王某，并就尚存的拍卖款在各债权人之间制作分配方案。张某对该分配方案不服提起诉讼，主张另案债权人王某对房屋并不享有法定优先受偿权，故全部房屋拍卖款均应按债权比例在张某和王某之间重新分配。王某辩称，张某的异议属于执行程序异议，不属于分配方案执行异议之诉的受理范围，应当裁定驳回起诉。

【案例二：分配方案执行异议之诉适用范围的审查】

执行法院对未进入破产程序的被执行人 A 公司名下的房屋拍卖款制作分配方案后，债权人 B 公司提出书面异议。C 公司对 B 公司的异议提出反对意见，B 公司遂以 C 公司为被告提起诉讼，请求撤销原分配方案并重新制作分配方案。C 公司辩称，法律将分配方案执行异

议之诉的适用对象限定为被执行人系公民或者其他组织，而被执行人 A 公司为企业法人应当适用企业破产程序，不适用参与分配的执行程序，故应当裁定驳回起诉。

【案例三：分配方案执行异议之诉中抵押权优先受偿范围的认定】

借款人陈某先后与 D 银行、孙某、章某签订《抵押借款合同》并办理了抵押登记。上述案件进入执行程序后，执行法院就房屋拍卖款制作分配方案，认定 D 银行受偿 905 万元，孙某受偿 564 万元，余款分配给章某。章某不服提起分配方案执行异议之诉，称该抵押权优先受偿范围应根据抵押登记记载的债权数额确定，即 D 银行受偿 819 万元、孙某受偿 400 万元，故请求法院撤销执行财产分配方案。D 银行、孙某辩称，抵押权优先受偿范围应以合同约定为准。

【案例四：分配方案执行异议之诉中债权受偿顺序的认定】

2020 年 3 月,E 法院判决确定 F 公司支付郑某借款本息 830 万元。同年 4 月，G 法院判决 F 公司支付方某借款本息 170 万元。同年 6 月，H 法院判决 F 公司支付丁某借款本息 400 万元。上述三案执行中，E 法院就涉案房屋拍卖款制作分配方案，认定郑某、方某、丁某按债权比例受偿。郑某不服提起分配方案执行异议之诉，主张其作为首封债权人应当第一顺位优先受偿。方某、丁某辩称，三债权人对涉案房屋均不享有法定优先受偿权，应按债权比例公平受偿。

02 分配方案执行异议之诉的审理难点

（一）程序异议与实体异议区分难

司法实践中，执行实施权与执行审查权的界定一般不存在争议：分配方案的制作和修正由执行实施机构作出；分配方案主体资格的异议由执行审查部门审查；分配方案实体争议的执行异议之诉由执行法院的审判部门审理。由于现行法律并未对执行分配中的程序异议与实体异议进行准确区分，司法实践中存在将当事人针对分配方案提出的实体争议通过执行异议程序进行审查的情形。如何准确区分分配方案的执行异议程序和实体争议的执行异议之诉是审理该类案件的难点。

（二）分配方案适用范围存在争议

对于被执行人为企业法人的情形，债权人能否提起分配方案执行异议之诉存在争议。有观点认为，《民诉法解释》第 508-512 条对参与分配及其异议程序作出系统规定，第 513 条专门对被执行人为企业法人的债权清偿方式作出规定。从该司法解释的体系判断，企业法人不适用分配方案执行异议之诉程序。另一种观点认为，从保障权利救济的角度考量，根据《民诉法执行程序解释》第 17 条规定，作为被执行企业法人的债权人在被执行人未进入破产程序时可以提起分配方案执行异议之诉。

（三）债权受偿范围认定难

分配方案执行异议之诉涉及债权人、被执行人等多方利益，法律条文涉及《民法典》物权编、合同编及《公司法》等多项实体法律规定，但现行法律对分配方案执行异议之诉中税费、担保物权、建设工程价款优先受偿权等的受偿范围缺乏具体明确的规定。如何准确认定债权受偿范围成为审理此类案件的难点。

（四）债权受偿顺序认定难

《民诉法解释》第 510 条按照执行费用、享有优先权或担保物权的债权、普通债权的基本位阶对分配方案中的债权受偿顺序作出原则性规定。在执行财产分配程序中，同一性质与多种性质债权之间的分配顺位错综复杂。如首封债权人是否享有优先受偿权、享有优先权或担保物权的多个债权之间如何清偿等。

03 分配方案执行异议之诉的审理思路和裁判要点

法院在审理分配方案执行异议之诉案件时，首先要准确界定分配方案异议的类型，依法审查异议人提起的诉讼是否符合分配方案执行异议之诉的受理条件。其次，依据债权公平分配原则审查执行法院制作的分配方案是否符合债权受偿范围与顺序的相关法律规定，同时要避免分配方案反复调整影响执行效率。最后，在案件审理中要加大对虚假诉讼的甄别，严防当事人通过捏造案件事实等恶意申请参与执行财产分配。

（一）分配方案执行异议之诉的立案审查

1.起诉前置程序的审查

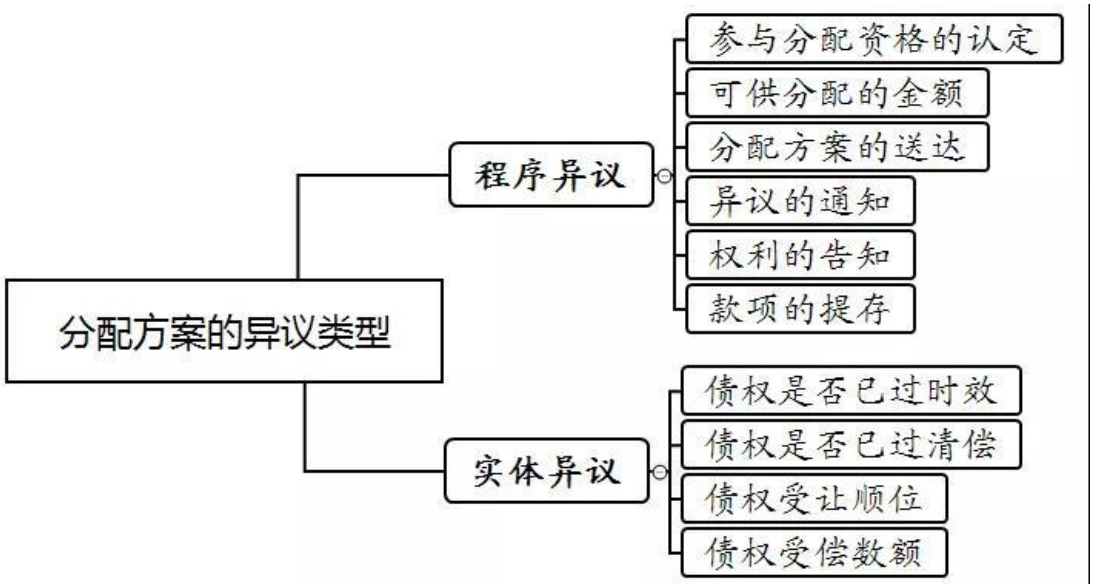
根据《民诉法解释》第 512 条和《民诉法执行程序解释》第 18 条规定，债权人、被执行人应当在其对分配方案提出书面异议且收到其他债权人、被执行人的反对意见后，方才可以提起分配方案执行异议之诉。

需要强调的是，执行分配程序中的异议包括程序异议和实体异议，上述规定中的书面异议应为实体异议。

程序异议是指债权人或者被执行人认为执行法院在执行分配程序中存在违法或者不当的执行行为而向执行法院提出的异议。程序性事项包括分配资格的认定、可供分配金额的确定、分配方案的送达、异议的通知、权利的告知、款项的提存等。

实体异议是指债权人或者被执行人对分配方案中确定的债权是否已过时效、是否已获全部或部分清偿存在异议，抑或认为债权人应当分配的债权受偿顺序、债权受偿数额不符合实体法律规定而向执行法院提起的分配方案执行异议之诉。

对于执行程序中产生的新的实体争议，执行机构不作审查，而是通知具有利害关系的其他债权人和被执行人。如有债权人和被执行人对该异议提出反对意见，方可进入分配方案执行异议之诉进行实体审理。



如案例一中，执行法院仅对剩余房屋拍卖款作出分配方案，张某的异议则请求对全部房屋拍卖款按债权比例分配。该异议虽然涉及清偿顺位问题，但异议所指向的房屋拍卖款在分配方案作出之前已经处

置，故异议实质是认为执行法院的执行行为存在违法或不当，应当依照《民事诉讼法》第225条规定进行审查。因此，该异议不属于分配方案执行异议之诉的受理范围，法院应当裁定驳回起诉。

2.起诉时间与管辖法院的审查

债权人、被执行人提起分配方案执行异议之诉前，应先由执行机构依法完成两次送达程序，否则不能提起分配方案执行异议之诉。

第一，执行机构要将分配方案送达所有债权人、被执行人。多个债权人对执行财产申请参与分配的，执行机构应当制作分配方案，并送达各债权人和被执行人。债权人或被执行人对分配方案有异议的，应当自收到分配方案之日起十五日内向执行法院提出书面异议。

第二，执行机构要将异议人的异议送达至未提出异议的债权人、被执行人。未提出异议的债权人、被执行人对上述异议提出反对意见的，执行机构在通知异议人后，异议人可以自收到通知之日起十五日内，以提出反对意见的债权人、被执行人为被告，向执行法院提起诉讼。分配方案执行异议之诉应由执行法院组成合议庭适用普通诉讼程序进行审理。

3.当事人资格的审查

（1）关于原告资格的审查

提起分配方案执行异议之诉的原告为对分配方案提出异议的债权人或被执行人。债权人主要是指被列入执行财产分配的申请执行人、已取得生效法律文书的其他债权人、尚未取得生效法律文书的首封诉讼保全人以及主张优先受偿权或法定优先权的其他债权人。多个

债权人提出异议的应当共同提起诉讼，由执行法院合并审理。多个债权人分别提出异议并相互反对的，可以相互列为原告和被告，不应按普通民事诉讼的反诉处理。对被执行人而言，如果其异议成立，可能导致参与分配的财产变现数额减少或者改变计算方式、清偿顺位后被执行人的剩余债务减少，故被执行人也享有提起分配方案执行异议之诉的权利。

（2）关于被告资格的审查

分配方案执行异议之诉的被告为对异议人的异议提出反对意见的其他债权人或被执行人。若不止一方提出反对意见，则不论反对意见的理由是否同一，反对者均应列为共同被告。

需要特别说明的是，我们认为被执行的企业法人可以作为被告适用分配方案执行异议之诉。《民诉法执行程序解释》第 17 条规定贯彻的是执行效率原则，无论被执行人是否为企业法人，只要多个债权人申请分配执行财产的，执行法院均应制作分配方案，只是分配的规则有所不同。为保障执行公正，当被执行的企业法人在其财产不能清偿所有债权且未进入破产程序时，应赋予不服分配方案的债权人提起分配方案执行异议之诉的权利。

如案例二中，A 公司为企业法人但未进入破产程序，执行法院应当对债权人 B 公司提起的分配方案执行异议之诉进行审理。

（3）关于第三人资格的审查

对于未对异议人的异议提出反对意见的其他债权人或被执行人，法院应当将其列为无独立请求权的第三人参加诉讼，但其他债权人明

确表示不参加诉讼或者诉讼结果与其他债权人没有法律上利害关系的除外。

4.诉讼请求和异议事项的审查

债权人或被执行人提起分配方案执行异议之诉的，应当明确提出修正后的分配方案以及按该方案进行分配的请求和法定事由，诉讼请求不能仅请求确认原分配方案违法，也不能仅要求变更原分配方案的内容。具体而言，诉讼请求应当明确两方面的内容：（1）请求法院确认争议的债权数额、财产数额和分配比例，确认的依据主要是执行依据和被执行人财产的实际状况；（2）请求法院按照相关实体法律规定判令变更执行机构制作的分配方案

（二）分配方案执行异议之诉的审查要点

1.审理范围

分配方案执行异议之诉的审理范围仅限于债权人或者被执行人对分配方案提出的实体异议，通常包括：（1）对分配方案确定债权的申请执行时效的异议；（2）对执行财产享有担保物权等优先权的债权人资格的异议；（3）对分配方案确定的债权清偿顺序的异议；（4）对分配方案确定的债权清偿比例和数额的异议。分配方案执行异议之诉中，法院应仅就分配方案中当事人未受偿或未足额受偿中有争议的债权部分进行审理。对于执行依据不予审查，当事人认为执行依据错误的应通过审判监督程序救济。

2.债权受偿范围的审查

（1）已取得执行依据债权的受偿范围

参与执行财产分配中，对于已经取得执行依据的债权受偿范围，执行法院应当按照其申请执行或者参与分配的金额，结合其提供的执行依据及执行的具体情况来确定。

执行中，取得执行依据的债权所产生的执行费用属于受偿范围，该费用主要包括：（1）处置财产产生的必要费用如评估费、审计费、鉴定费、公告费、保管费、拍卖辅助费等；（2）按照执行到位的金额为标准收取的执行费；（3）办理物权变更登记中应由被执行人负担的交易税费，但明确由买受人负担的除外；（4）执行被执行人名下唯一房产时，申请执行人同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从房屋变价款中扣除的五至八年租金；（5）执行财产为国有划拨土地使用权，依法应当缴纳的土地使用权出让金；（6）法律规定的其他必要费用。

对于未履行的迟延履行利息或迟延履行金是否应纳入受偿范围，应区分不同情形审查确定：（1）被执行人的财产足以清偿全部债权的，各债权人在分配方案中受偿的债权数额包括迟延履行利息或迟延履行金；（2）被执行人的财产不足以清偿全部债权的，各债权人在参与分配中受偿的债权数额不包括迟延履行利息或迟延履行金；若执行依据确定的债权本金和一般债务利息清偿完毕后执行款有剩余的，各债权的迟延履行利息或迟延履行金按比例受偿。

（2）享有优先权、担保物权债权的受偿范围

对于人民法院查封、扣押、冻结的财产享有优先权、担保物权的债权人，可以申请参与执行分配，主张优先受偿权。司法实践中常见

的具有优先受偿性的债权是建设工程价款优先受偿权和担保物权，受偿范围的审查要点为：

第一，建设工程价款优先受偿权的受偿范围。承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定，不包括逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等。

第二，担保物权优先受偿权的受偿范围。一要审查当事人对担保范围有无约定。担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用，但当事人另有约定的从其约定。二要审查担保范围的登记与当事人的约定是否一致。如不一致则以抵押登记债权金额记载为限确定抵押财产、被担保的债权范围。

如案例三中，《抵押借款合同》中约定的担保范围为本合同项下借款人的全部债务，包括本金、利息、违约金、损害赔偿金、贷款人实现债权的费用、因借款人违约而给出借人造成的损失和其他所有应付费用，但不动产登记簿中并未记载担保范围包括上述费用。因此，执行法院依据最高法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第47条的规定支持了章某关于优先受偿范围应以抵押登记债权金额记载为限的主张。

3.债权受偿顺序的审查

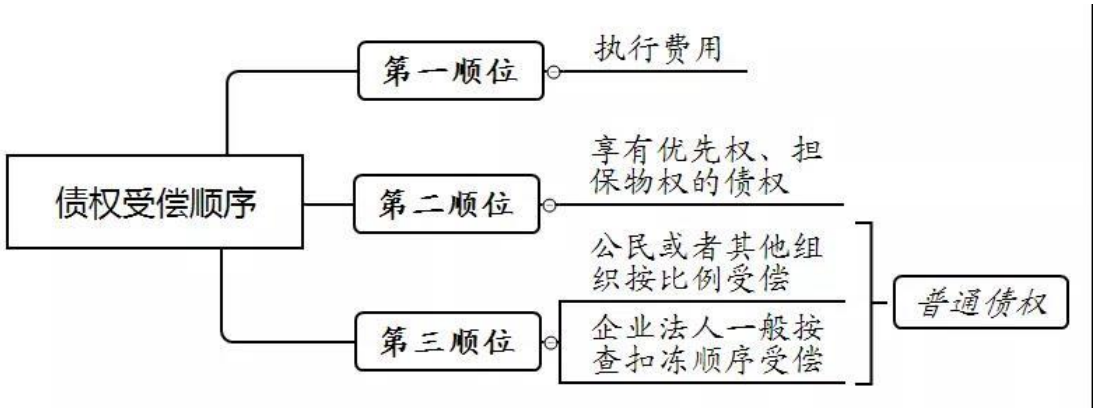
（1）被执行人为公民或其他组织时的债权受偿顺序

被执行人为公民或者其他组织，其名下执行财产不足以清偿全部

债务的，执行所得价款扣除执行费用并清偿应当优先受偿的债权后，对于普通债权，原则上按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿。清偿后的剩余债务，被执行人应当继续清偿。债权人发现被执行人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行。

（2）被执行人为企业法人时的债权受偿顺序

被执行人为企业法人，其名下执行财产不足以清偿全部债务且未进入破产程序的，执行所得价款扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后，普通债权则按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。不同于破产程序中的公平受偿，该规则规定个别清偿目的是促使相关债权人对确无清偿能力的该类被执行人申请破产。



司法实践中，被执行人为未进入破产程序的企业法人，多个债权人申请参与执行财产分配时需区分以下情形处理：

第一，多份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人分别对同一被执行人申请执行，各债权人对执行标的物均无担保物权的，按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。如案例四中，法院经审查，三份生效法律文书确定的金钱给付内容的债权人郑某、方某、丁某对涉案房屋均不享有担保物权，郑某的诉讼请求符合该规定，故法院判

决撤销原分配方案并制作新的分配方案，确定郑某、方某、丁某按照执行法院采取查封措施的先后顺序受偿。

第二，多个债权人的债权种类不同的，基于所有权和担保物权而享有的债权，优先于金钱债权受偿。例如，生效判决确定甲公司应返还乙公司所有的特定设备，法院再判决确定甲公司应偿还丙公司的借款并查封了甲公司占有的特定设备，此时法院应将特定设备返还给乙公司而不应再行处置。

第三，执行标的物上设有多个担保物权的，按照各担保物权成立的先后顺序清偿。多个担保物权并存的情况下，清偿顺序还应具体区分：（1）法定优先权优先于约定担保物权受偿；（2）已登记的担保物权优先于未登记的担保物权受偿；（3）登记在先的担保物权优先于登记在后的担保物权受偿；（4）未经登记的抵押权不得对抗善意第三人，并按照债权比例受偿。

第四，特殊情形的处理。一般情形下，多份生效法律文书的多个债权人分别对同一被执行人申请执行，在均无担保物权的情形下，按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。若一份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人对同一被执行人申请执行，执行的财产不足清偿全部债务，各债权人对执行标的物均无担保物权的，按照各债权比例受偿。

（三）分配方案执行异议之诉的裁判规则

其一，裁定驳回起诉。债权人、被执行人提起分配方案执行异议之诉，不符合立案审查条件的，裁定不予受理；已经受理的，裁定驳

回起诉。

其二，判决驳回诉讼请求。债权人、被执行人提起分配方案执行异议之诉的诉讼请求不成立的，应当判决驳回诉讼请求。

其三，债权人、被执行人的诉讼请求成立或者部分成立的，应当判决撤销原分配方案中的错误部分，并按照下列情形分别处理：（1）如原分配方案对债权性质认定错误，应当根据诉讼请求就争议债权性质作出判决；（2）如原分配方案对债权数额认定错误，可以在查清事实后根据诉讼请求就争议债权的数额作出判决，也可以责令执行机构查清事实，重新确定争议债权的数额后纠正分配方案中的错误部分；（3）如原分配方案对债权人是否给予分配的认定存在错误，应当根据诉讼请求对相关主体是否给予分配作出判决。

执行机构依据生效分配方案执行异议之诉判决所明确的争议债权性质、债权数额或者有关主体的分配资格调整分配方案后，当事人就判决所确定的内容再次提起分配方案执行异议之诉的，裁定不予受理，已经受理的裁定驳回起诉。执行机构依据生效分配方案执行异议之诉判决调整原分配方案后，当事人对调整后的分配方案提起分配方案执行异议之诉且诉讼请求成立或者部分成立的，应当撤销已调整分配方案中的错误部分，并就争议债权的分配顺序和分配数额等作出判决。

分配方案执行异议之诉判决生效后，未参加分配方案异议及异议之诉程序的其他债权人，以其不知情或未参加分配为由提出异议的，应当按照《民事诉讼法》第225条有关执行行为异议的规定进行审查。

异议人主张其依法享有优先权且可能变更已经启动的分配程序的，应当告知其通过第三人撤销之诉救济。

04 其他需要说明的问题

人民法院受理对被执行企业法人的破产申请的，正在进行的分配方案执行异议之诉应当根据具体情况裁定中止或终结审理。分配方案执行异议之诉审理期间，对于各方当事人没有争议的部分可以继续执行原分配方案，对于有争议或尚待生效法律文书确定的债权数额，应当将与诉讼争议债权数额相应的款项予以提存。

扫码查看《分配方案执行异议之诉案件的审理思路和裁判要点》全文。

形式减资未导致公司偿债能力下降，不应被认定为抽逃

来源：法务部观察

日期：2021 年 12 月 14 日

01 实质性减资与形式性减资

“减资依公司净资产流出与否，分为实质性减资和形式性减资。实质性减资是指减少注册资本的同时，将一定金额返还给股东，从而也减少了净资产的减资形式，其实际上使股东优先于债权人获得了保护。形式性减资是指只减少注册资本额，注销部分股份，不将公司净资产流出的减资形式，这种减资形式不产生资金的流动，往往是亏损企业的行为，旨在使公司的注册资本与净资产水准接近。”

——参见安建主编：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社 2005 年版，第 249-250 页。

02 最高院典型案例

【案例索引】

案号：（2019）最高法民再 144 号

审理法院：最高人民法院

案由：案外人执行异议之诉纠纷

2008 年 11 月，省农资公司投资 5000 万元设立了寒地黑土集团。2012 年 9 月 18 日和 10 月 11 日，知之征信公司美龙公司分别出资 2000 万元和 4000 万元入股寒地黑土集团，寒地黑土集团注册资金增至

11000万元。2013年1月6日，寒地黑土集团在《黑龙江日报》发布减资公告，内容为经寒地黑土集团股东决定，公司注册资本由1.1亿元减至3000万元，特此公告。2013年1月10日，寒地黑土集团召开全体股东会议，决定将寒地黑土集团注册资本1.1亿元减至3000万元，股东知之征信公司和美龙公司的出资全部撤出，省农资公司以经营期间亏损为由将出资减至3000万元，寒地黑土集团股东为省农资公司。

2014年7月11日，丰汇世通公司与寒地黑土集团在履行《增资扩股协议书》过程中发生纠纷，丰汇世通公司提起民事诉讼，经审理并判决寒地黑土集团返还丰汇世通公司投资款1500万元及利息。在案件执行过程中，哈尔滨市中级人民法院作出（2016）黑01执异11号执行裁定，追加省农资公司为被执行人，省农资公司在其抽逃注册资金2000万元的范围内对丰汇世通公司承担责任。

法院审理认为，本案需解决的争议焦点问题为公司减少注册资本是否属于抽逃出资，执行程序中能否追加减资股东为被执行人。

减少注册资本，俗称减资，系企业为弥补亏损，调整资本而减少企业资本的行为。减资除需要召开股东大会、编制资产负债表及财产清单、通知或公告债权人外，还要办理减资登记手续，自登记之日起，减资生效。抽逃出资则是指在公司验资注册后，股东将所缴出资暗中撤回，却仍保留股东身份和原有出资数额的一种违法行为。减资与抽逃出资无论从行为主体、构成要件、程序、法律后果均不相同。

案涉寒地黑土集团的减资行为在行政部门办理了减资登记手续，

对外产生减资公示的法律效果，在未被确认为违反法定程序之前该减资行为合法有效。依据《最高人民法院〈关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定〉》第十八条“作为被执行人的企业法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加抽逃出资的股东、出资人为被执行人，在抽逃出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持”的规定，抽逃出资的股东可以追加为被执行人，并未规定减资可以被追加为被执行人。减资行为是否合法不属于追加被执行人程序审查的范围，且寒地黑土集团因亏损原因将注册资本由 5000 万元减至 3000 万元，省农资公司并未抽回出资，公司减资前与减资后的财产未发生变化，未导致寒地黑土集团对外承担责任的财产减少或偿债能力下降。

法院最终判决“不得追加省农资公司为被执行人，哈尔滨市中级人民法院（2017）黑 01 执异 84 号执行裁定于判决送达之日起自动失效。”

03 最高人民法院第二巡回法庭 2019 年第 27 次法官会议纪要

——《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要（第二辑）》，人民法院出版社,2021 年 4 月版。

【法官会议意见】

公司在减资过程中存在程序违法情形，与股东利用公司减资而抽逃出资是两个不同的问题，违法减资的责任主体是公司，抽逃出资的责任主体是股东，故不能仅因公司减资程序违法就认定股东抽逃出

资。**本案重点衡量股东在公司违法减资过程中是否存在抽逃出资行为。**股东抽逃出资行为本质上是股东侵犯公司财产权的行为，导致公司责任财产减少。**如果公司减资过程中股东并未实际抽回资金，则属于形式上的减资，即公司登记的注册资本虽然减少，但公司责任财产并未发生变化。**这种情形下，虽然公司减资存在违法行为，应由相关管理机关对其实施一定的处罚， 但**股东并未利用公司减资程序实际抽回出资、侵犯公司财产权，亦未损害债权人的利益，因此不能因公司减资程序不合法就认定股东构成抽逃出资。**

【意见阐述】

一、抽逃出资概述

(一)抽逃出资的概念及构成要件

公司是一种以资本为核心的企业组织形式，股东的出资是公司设立并从事生产经营活动的物质基础。出资是股东最基本的义务，公司成立后，股东的出资即成为公司的资产，是公司对外承担责任的一般担保。因此，股东在公司成立之后，不得抽逃出资，使公司财产减少。《公司法》对股东抽逃出资的定义较为模糊，关于抽逃出资的定义，学者们有不同观点。有的观点认为，“抽逃出资，指在公司成立后，股东非经法定程序——有时是在秘密的状态下，从公司抽回相当于已缴纳出资数额的财产，同时继续持有公司股份。准确地说，抽逃出资是一种变相违反出资义务的行为，抽逃出资的股东原本已经履行了出资义务，为了回避投资风险，该股东又违法取回原来的出资，这样，一旦公司亏损，抽逃者可能以破产为借口逃避债务”。也有观点认为，

“抽逃出资是指公司股东在成立时业已出资，但在公司成立后将其所认缴的出资暗中抽回的情形”。第一种观点强调股东在抽回出资后仍持有股份，第二种观点主要从股东行为的角度进行界定，而股东是否持有股份并非认定股东抽逃出资的要件。虽然学者们关于抽逃出资的定义不同，但对抽逃出资的共同性重要特征为股东在公司成立后，违法又将出资撤回并无异议。故此，我们认为抽逃出资是指股东将其出资的财产于公司成立后取回的一种违法形态，是变相违反出资义务的行为，也是严重侵蚀公司资本和其他股东权利以及债权人权益的行为。

抽逃出资的构成要件包括：(1)抽逃出资的主体是公司的股东，包括公司设立时的发起人股东和直接认购增资的股东，其中多为公司控制股东。由于他们对公司事务拥有实际影响力和控制力，对公司财产拥有支配权、经营权和管理权，因此，最有可能实施抽逃行为。(2)抽逃出资股东具有欺诈的故意。抽逃出资者故意违反《公司法》的规定，用欺诈的手段抽回出资，以达到不出资或者少出资而继续享有股东权的目的。实务中，也存在股东和公司恶意串通，抽回出资，欺诈公司债权人的情形。(3)抽逃出资行为是对公司财产的占有和侵犯。在公司成立后，股东出资即成为公司的财产，股东因其出资所取得的对价即为享有公司股权。股东实施抽逃出资的行为，将其缴纳的出资全部或者部分抽走，转移归股东个人所有却仍继续持有公司股权，实际是对公司资产的侵害。(4)抽逃出资行为发生在公司成立后。公司成立后，股东的出资为公司资本的一部分，如果股东抽逃出资，那么

就是对《公司法》规定的资本维持原则的破坏。公司成立之前和注销之后，则不存在抽逃出资的问题。

(二)抽逃出资的民事责任

1.股东抽逃出资对公司承担的民事责任

公司具有独立法人资格 ， 与公司股东是不同的法律主体，故股东的出资在公司成立后即成为公司的财产，与股东的财产相独立，可以免受股东的债权人的追索。同时，作为仅以其出资对公司的债务承担有限责任的对价，股东不得随意从公司抽回出资、退股。抽逃出资行为符合侵权责任的构成要件，是基于对公司财产权的侵犯而应承担的一种侵权责任。第一，股东抽逃出资是对公司法人独立财产的侵害。股东履行出资义务后，该出资即成为公司所有的财产，股东在出资后又抽逃其出资的 ， 实际上构成对公司法人财产权的侵犯，属于侵权行为。第二，股东抽逃出资违反了《公司法》规定的出资义务。股东抽逃出资是不实际履行出资义务的表现，违反《公司法》的规定，具有违法性。第三，股东抽逃出资的行为与公司法人财产受到损害的结果具有因果关系。公司的财产是全体股东出资的总额，股东抽逃出资会直接减少公司的法人财产，影响公司的生产经营和公司债权人利益。第四，股东有抽逃出资的故意。股东明知或应知其行为会违反《公司法》有关规定而仍然抽逃出资，具有主观上的故意。因此，公司可依法追究股东抽逃出资的侵权责任。

2.股东抽逃出资对公司债权人承担的民事责任

公司资本是公司享有独立法人资格和从事经营活动的物质基础，

又是公司对外承担债务的信用保障。对公司的债权人而言， 公司注册资本是判断公司资信能力的重要依据，也是选择交易对象的重要参考；公司实有资本也决定了公司债权人获得清偿的程度。股东抽逃出资，减少了股东的实际出资额，但公司的资本从外观上并未体现出这种变化。公司债权人依据营业执照和公司章程预估与公司交易的风险，而当财产纠纷实际发生时，由于公司的实际资本事先已经无正当理由地实际减少，因此，必然降低公司债权人的债权获得清偿的可能性，甚至导致其债权无法实现。公司资本制度的最终目标是维护公司正常经营所需，保护债权人的利益，维护交易安全，而股东抽逃出资将不可避免地损害债权人利益。

《公司法司法解释(三)》第14条第2款规定:“公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；抽逃出资的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。”根据上述规定，股东抽逃出资，公司债权人可以请求股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充责任。按照原《侵权责任法》第9条第1款(《民法典》第1169条第1款)“教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任”的规定，协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人构成共同侵权，应当与该股东一起承担连带责任。

从上述司法解释的规定看，抽逃出资的股东对公司债权人承担的

是一种补充责任。补充责任的特征在于：(1)存在区分主责任人与补充责任人的多数责任人。(2)因主责任人与债权人之间的明示合同约定或符合法律明文规定的特殊关系引起。此处多指侵权或合同关系，分别对应法定义务的违反与约定义务的违反。(3)主责任人未能承担全部责任。此处体现出补充责任人的责任顺序问题。一般而言，权利人不能直接要求补充责任人承担责任， 只能在主责任人无法承担全部责任或下落不明时才能向补充责任人主张，但如果权利人直接向补充责任人主张，补充责任人未提出抗辩而自愿承担时，权利人亦可正当接受。公司债权人与公司之间存在权利义务关系，其是公司的债权人而非公司股东的债权人。股东抽逃出资，违反法定出资义务，而导致公司责任财产减少。因此，导致公司资产不能足额清偿债务存在多个责任人，包括公司和其股东，公司基于其主债务人身份，应当首先承担清偿责任，只有在其不能清偿时，处于补充责任地位的抽逃出资股东才在其侵害公司财产权范围内承担补充清偿责任。综合上述分析， 抽逃出资的股东对公司债权人承担的责任符合补充责任的特征

二、公司减少资本的概念及类型

(一)公司减资的概念

减少资本，简称减资，是指公司在存续期间，基于某种情况或需要，依照法定条件和程序，减少公司的资本总额。根据资本不变原则，公司的资本不得随意减少，但并非绝对不可改变，而是可以通过法定的程序减资。减资的目的在于缩小经营规模或停止经营项目，减少资本过剩、提高财产效用。另外，公司分立的情况下资产减少，也会要

求资本的相应减少。

(二)公司减资的类型

1.根据公司的净资产是否因减资而产生实质的变动，可分为形式上减资和实质性减资。形式上的减资只降低注册资本，但股东并未实际从公司取回出资，因而不导致公司实际资产的减少。实质性减资降低的是公司的积极财产，即通过将公司财产返还给股东，导致公司实际资本减少。

2.根据减资是否出于公司自愿，可分为自愿减资或非自愿减资。公司具有独立法人资格，可以自主决定是否需要减资，因此自愿减资是实务中的常态；而非自愿减资则是由于出现法定情形，或者由于公司的实际资本与注册资本相差太大，基于《公司法》的强制规定进行的减资。

3.根据减资是否导致股权比例的变动，可分为等比例减资和不等比例减资。等比例减资，股东的持股比例不发生变化，对股东权益没有影响。不等比例减资，股东的持股比例发生改变。实践中常见的不等比例减资情形是，大股东利用自己的控股地位采用不等比例减资侵害小股东的利益。

4.根据减资后资本返还股东的方式不同，可分为返还出资的减资、免除出资义务的减资及注销股份的减资。其中，返还出资的减资是返还股东已缴资本。免除出资义务的减资是免除股东已经认购但尚未缴纳的出资义务。而注销股份的减资是注销部分股份，以此弥补公司亏空，没有资产流出，属于形式上减资。

(三)公司减资的条件和程序

《公司法》第 43 条第 2 款规定:“股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。”《公司法》第 103 条第 2 款规定:“股东大会作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。但是，股东大会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。”《公司法》第 177 条规定:“公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。”《公司登记管理条例》第 31 条第 2 款规定:“公司减少注册资本的，应当自公告之日起 45 日后申请变更登记，并应当提交公司在报纸上登载公司减少注册资本公告的有关证明和公司债务清偿或者债务担保情况的说明。” 根据上述规定可知，减资是公司固有的法定权利，但需按照法定的条件和程序进行。根据上述规定，公司减资应遵循以下程序：(1)编制资产负债表和财产清单。公司减资前应编制资产负债表和财产清单，以便股东或债权人对公司的经营状况尤其是财务状况进行了解。(2)股东会(股东大会)作出减资决议。公司减资，往往伴随着股权结构的变动和股东利益的调整，为了保证公司减资能够体现绝大多数股东的意

志，就有限责任公司来讲，应当由股东会作出特别决议，即经代表三分之二以上表决权的股东通过方可进行；就股份有限公司来讲，应当由公司的股东大会作出特别决议，即必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上决议通过。(3)通知债权人并进行公告。公司应当自作出减少注册资本决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上公告。目的是保护公司债权人的利益。(4)减资登记。公司减资以后，应当到工商登记机关办理变更登记手续，公司减资只有进行登记后，才能得到法律上的承认

三、抽逃出资与减资的区别

抽逃出资和减资都表现为公司资本的减少，但它们之间存在着显著的区别。(1)主体不同。抽逃出资是由公司股东实施的谋取不正当利益的行为，其主体是股东，且多数为对公司财产拥有支配权、经营权、管理权的股东；减资是公司基于对公司运营的考虑所为，主体为公司。(2)目的不同。按照法定程序和条件的减资是为了有效利用资本，维持公司正常营业，从而对过剩资本进行减资处理，或注销资本以抵补亏损额；抽逃出资则是股东为了谋取不正当利益，侵占公司财产、将公司财产据为己有，或者为了逃避债务而将出资抽回。(3)条件不同。法律对减资并不完全禁止，但有严格的条件限制，并且减资后的注册资本不得低于法定的最低限额；抽逃出资则是《公司法》严厉禁止的行为，有违资本维持原则，使得公司登记的注册资本与实有资本不符，在股东严重抽逃资本的情况下可能还会导致公司资本数额低于法定最低资本额。(4)程序不同。减资应严格地依法定程序进行，

如及时注销股份、履行公司变更登记手续等，其减少的注册资本在财务账目及公司登记机关处都有明确记载，债权人的权益可以得到充分的保护；抽逃出资是一种违法行为，不遵守任何(法定)程序，财务账目及公司登记机关的记录或虚假、或对股东抽逃出资的行为予以掩饰，对债权人的利益造成侵害。(5)后果不同。抽逃出资的法律后果是使公司的资本总额非法减少，表现在股东利用各种手段将其已经缴纳的部分或全部出资抽回，因而受到《公司法》严格禁止；而符合《公司法》规定程序的减资，是为了公司需要，依法进行，并不会构成违法后果。

公司减资应严格依法定程序和条件进行，如果减资违反了法律规定，则构成违法减资。我国《公司法》只在第204条规定了公司减资时未依法通知或公告债权人的，应当承担的行政处罚责任。除上述行政责任外，《公司法》并未对违法减资后股东应承担的民事责任作出明确规定。根据资本不变原则，公司的资本不得随意减少，但在符合法定条件和程序的前提下，公司亦可以进行减资。如前所述，减资可以据公司资本是否实际减少而分为形式上减资和实质性减资，而不同类型的减资会对债权人利益产生不同的影响。公司实质性减资伴随着净资产的流出，会降低公司的偿债能力，势必会影响债权人的权利。实质性减资实质上否定了公司的独立法人资格，侵害了公司债权人对公司的财产具有的受偿权利。如果公司未按照《公司法》规定的程序实施实质性减资，而股东已经通过违法的减资程序抽回了出资，导致公司资本总额减少，侵害了公司债权人的利益，这种情形下构成公司

违法减资和股东抽逃出资的竞合，可以依据相关的法律原理和精神并参照《公司法司法解释(三)》关于“抽逃出资”的规定，对违法减资后股东应承担的民事责任作出认定，由股东在其减资范围内对公司债务承担补充赔偿责任。**而公司形式上减资时，减少的仅仅是注册资本，属于“账面上的交易”，没有净资产的流动。这种情形常常发生在企业亏损时，公司通过注销部分股权或者减少每股的金额，用以弥补亏损，但并不造成公司净资产减少，所以并不会降低公司的清偿能力。即公司形式上减资的行为并未侵犯公司财产权，亦未对公司债权人的权益产生实质性影响，这种情形下，公司不应对债权人额外承担其他的民事责任。**

四、本案的具体分析

《变更、追加当事人规定》第18条规定：“作为被执行人的营利法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加抽逃出资的股东、出资人为被执行人，在抽逃出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持。”根据上述规定， 申请执行人申请变更、追加股东、出资人为被执行人的前提是， 股东、出资人有抽逃出资的行为，且抽逃出资的股东、出资人只在其抽逃出资的范围内承担责任。这种情形下，司法解释规定申请执行人可以申请变更、追加股东、出资人为被执行人，有利于保护债权人的利益。

本案中，乙公司在减资过程中，未通知其债权人丙公司，在发布减资公告之后才召开股东会，未先对公司的债务进行清理， 违反了《公司法》第177条的规定，存在违法减资的情形。但在减资过程中，

乙公司股东甲公司并未实际抽回资本，公司注册资本虽然从 5000 万元减至 3000 万元，但其并未实际抽回 2000 万元资金。即甲公司的行为并未导致乙公司责任财产的减少，并未损害乙公司债权人丙公司的利益。甲公司的减资是形式上的减资，如前述分析，其行为不能认定为抽逃出资，丙公司依据《变更、追加当事人规定》第 18 条的规定，申请追加甲公司作为被执行人，缺乏依据。

关于乙公司违法减资应承担的责任问题。乙公司在减资过程中，违反了《公司法》关于减资的规定，应根据《公司法》第 204 条第 1 款关于“公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时，不依照本法规定通知或者公告债权人的，由公司登记机关责令改正，对公司处以一万元以上十万元以下的罚款”的规定，承担相应的行政责任。但是本案是执行异议之诉案件，重点在于判断乙公司股东甲公司的行为是否构成抽逃出资并进而承担相应的民事责任，如果不能认定其构成抽逃出资，则不能适用《变更、追加当事人规定》第 18 条的规定，将其追加为被执行人。

04 其他类似案例

（2021）辽 01 民终 5397 号

本案中，盛大公司的减资行为是对虚报资产的修复，使其从 800 万元恢复到 500 万元，股东的资金也相应减少，但谢文蕙并未从公司实际抽回资产，未导致公司的责任财产减少，该减资行为只是一种形式上的减资，不能据此认定谢文蕙抽逃出资。

（2021）浙 02 民终 3001 号

本案洁达公司减资，属仅变更对外公示的注册资本而不减少公司财产的形式减资，公司注册资本减少并未导致公司清偿债务能力的下降。浙商资产公司不能提供证据证明马剑波、陆群英因洁达公司减资获得了利益，致洁达公司资产减少，清偿能力降低；浙商资产公司也不能提供证据证明马剑波、陆群英滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，损害洁达公司债权人利益。

（2019）苏 0903 民初 669 号

根据减资原因的不同分为实质上减资和形式上的减资。形式上的减资行为，股东并未抽回公司财产。被告徐桂兰、胡育中、陈广传、陈素兄的该次减资，虽在报纸上予以公告，但未能及时通知相关债权人即本案的原告李业成，该减资在程序上存在瑕疵，但减资不同于抽逃出资，被告徐桂兰、胡育中、陈广传、陈素兄在盐城市盐都区市场监督管理局核准减资变更登记后，并没有从天虹公司支取相应的减资款项，也没有因减资而受益，不导致天虹公司的偿债能力降低，原告亦未能提供证据证明该减资行为是实质上减少公司资金，因此该减资行为仅仅是形式上的减资。

（2018）冀 11 民初 173 号

公司减资形态多样，即包括股东收回出资的实质减资，也包括仅变更对外公示的注册资本而不减少公司财产的形式减资。形式减资仅变更对外公示的注册资本，不导致公司财产减少，与债权人不能获得债权的后果之间没有因果关系，股东不应承担侵权赔偿责任。公司减资本属于公司自治范畴，《中华人民共和国公司法》第一百七十七条

赋予公司债权人相应权利的原因在于公司减资可能导致公司财产的减少，影响公司偿债能力，并进而损害债权人利益。形式减资不导致公司清偿债务的财产减少，若此时要求股东按照工商登记的减资金额承担责任，与该条规定目的不符，也将导致债权人获得额外利益。故原告有关此节的主张不能成立。

两则观点略有不同，但更有启发的案例：

（2020）苏 01 民终 11565 号

一审认为：根据查明的事实，陈亚光、徐广荣、杨**已经在 2017 年 10 月履行了出资义务，虽然陈亚光通过减资退出公司，但无证据证明其事实上抽回出资，司利德公司的实际偿债能力并未因该减资行为降低，嘉翔公司的诉讼请求，无事实和法律依据，一审法院不予支持。

二审改判认为：关于陈亚光称其在减资后未实际抽回出资，司利德公司的清偿能力未实际受损，因此不应承担责任的主张。本院认为，在未对公司进行整体审计的情况下，不能当然得出其未从公司取回财产的结论，且即便陈亚光确实未能从司利德公司取回出资，亦属于陈亚光对司利德公司的债权，故本院对陈亚光该主张不予采纳。

（2021）粤 01 民终 1253 号

案涉减资不符合法定程序，侵害了公司的资本制度，鼎方公司是否向股东支付减资款与股东承担补充清偿责任属不同的法律关系，前者并非后者的必然前提。

05 『法务部』小结

在我们看来，公司形式减资更像一个财务问题，而非纯粹意义上的法律问题。在公司形式减资的情形下，应当结合公司财务状况进行综合判断，一般应对公司进行整体审计，以确定在该等减资情形下，股东是否存在减资应得利益。如果从财务角度而言，股东存在减资应得利益，则该种情形下的减资并非形式减资。

至于股东是否从减资中取回财产，则有实然和应然之分，法律关注的并非是股东实际是否从公司减资中取得了财产，而是应否从公司减资中取得财产。比如以净资产折股进行股份制改造时，公司以评估净资产折股，一旦公司评估净资产低于注册资本，则股改后的公司注册资本必然减少，此时公司在办理减资过程中，股东并未从公司“减资”中取得财产，亦未损害债权人的利益，即便公司减资程序不合法，也不应认定股东构成抽逃出资。

等价交易的信用证方式付款不构成偏颇清偿

来源：人民司法

单位：浙江省宁波市中级人民法院

作者：毛坚儿（一审承办人）

日期：2021 年 12 月 03 日

【裁判要旨】

开证申请人的管理人有权向受益人提起破产偏颇清偿撤销之诉，但等价交易的信用证方式付款本身不构成偏颇清偿。

【案号】

一审：(2019）浙 02 民初 250 号

【案情】

原告：宁波保税区创世国际贸易有限公司（以下简称创世公司）管理人。

被告：奇美实业股份有限公司（台湾企业）（以下简称奇美公司）。

创世公司管理人诉称：2017 年 5 月 24 日，浙江省宁波市中级人民法院裁定受理创世公司的破产清算申请。管理人查明：2016 年 12 月 2 日到 2016 年 12 月 28 日期间，创世公司通过信用证先后 3 次将总计人民币 2495548.63 元支付到奇美公司账户上，该行为属于对个别债权人的清偿。请求判令：1.撤销创世公司 2016 年 12 月 2 日到

2016年12月28日支付给奇美公司的3笔款项合计2495548.63元，奇美公司返还给创世公司管理人2495548.63元；2.奇美公司支付从创世公司实际付款日到奇美公司返还日期间的利息。

奇美公司辩称：一、奇美公司从开证行华夏银行股份有限公司宁波分行（以下简称华夏银行宁波分行）获得货款。创世公司与奇美公司之间不存在货款支付关系，创世公司管理人并非请求返还款项的适格主体；二、从信用证的独立性原则出发，奇美公司根据信用证取得货款，不受创世公司破产导致的商业风险影响；三、即便奇美公司收取的货款为创世公司直接支付，因其未损害整体债权人利益，也不构成个别清偿。请求驳回创世公司管理人的诉讼请求。

法院经审理查明：创世公司为奇美公司与惠州伟志电子有限公司（以下简称伟志公司）的中间商，其从奇美公司购得聚甲基丙烯酸甲酯片后转售给伟志公司。2016年8月29日，创世公司向华夏银行宁波分行申请开立了编号为21050LC1600402的跟单信用证，信用证载明受益人为奇美公司，货币金额为30万美元，允许台湾任何银行议付，汇票期限为见汇票后第90天，付款人为华夏银行宁波分行，允许分批运输，货物描述为聚甲基丙烯酸甲酯片5万张等，适用法律为“最新UCP版本”。信用证还载明了单证要求。2016年8月31日，创世公司与奇美公司签署了3份订单，约定创世公司向奇美公司购买聚甲基丙烯酸甲酯片，金额分别为51090美元、40032美元和118608美元，付款方式为90天信用证。奇美公司发货后，前述信用证的议付行兆丰国际商业银行府城分行于2016年9月6日向其支付了货款

扣除贴现息、手续费后的款项。

2016 年 9 月 19 日，创世公司又向华夏银行宁波分行申请开立了编号为 21050LC1600429 的跟单信用证，信用证载明的信息除金额为 48 万美元，货物描述为聚甲基丙烯酸甲酯片 6.5 万张外，其余条款与前述编号为 21050LC1600402 的跟单信用证一致。与该信用证对应的基础交易的付款方式也为 90 天信用证。奇美公司交付了 152164 美元的货物后，编号 21050LC1600429 信用证的议付行华南商业银行于 2016 年 10 月 4 日和 2016 年 10 月 5 日向其支付了扣除贴现息、手续费后的款项。

2016 年 12 月 2 日至 2016 年 12 月 28 日，创世公司根据华夏银行宁波分行的付款/承兑通知，先后 3 次支付信用证项下的款项合计人民币 2495548.63 元。

2017 年 4 月 14 日，创世公司向宁波中院申请破产清算。该院于 2017 年 5 月 24 日裁定受理该公司的破产清算申请。裁定书载明：2016 年 12 月底创世公司的资产总额人民币 1122473517.77 元，流动负债人民币 1 667825937.86 元，所有者权益人民币- 545352320.09 元，指定浙江波宁律师事务所和浙江德威会计师事务所有限公司为联合破产管理人。2019 年 2 月 19 日创世公司管理人提起本案诉讼。

【审判】

宁波中院认为，本案的争议焦点是：一、创世公司管理人是否有权以信用证项下的基础交易提起偏颇清偿撤销权之诉；二、涉案信用证项下基础交易的清偿是否为企业破产法中的偏颇清偿，应否被撤

销。

关于争议焦点一。宁波中院认为，直接向奇美公司付款的主体以及创世公司直接付款的客体均非基础交易的相对方，而是信用证的议付行和开证行，这样的资金流通方式正是信用证制度安排的结果。但是从基础交易层面来看，在创世公司与奇美公司之间的买卖合同中，选择信用证作为支付货款的方式，信用证项下的款项被支付即意味着买卖合同中的付款义务被履行。否则，奇美公司可以另行根据买卖合同要求创世公司再次付款，而这显然违背了信用证制度的宗旨。信用证的独立性并不能否定其作为清偿的工具属性。作为清偿方式的上位概念的清偿，为债务人管理人行使偏颇清偿撤销权的对象，作为清偿下位概念的清偿方式则在所不问。故创世公司管理人有权以信用证项下的基础交易提起偏颇清偿撤销权之诉。

关于争议焦点二。根据企业破产法第三十二条规定，创世公司管理人诉讼请求成立必须同时满足以下条件：1.清偿行为发生在破产临界期内，即法院受理破产申请前 6 个月内；2.债务人已经出现了企业破产法第二条规定的情形，具备破产原因；3.清偿行为本身属于偏颇清偿。就本案而言，基础合同双方约定的付款方式为 90 天信用证，根据两份信用证的开证时间，可以认定创世公司清偿债务的时间是 2016 年 11 月 28 日和 2016 年 12 月 18 日。法院裁定受理创世公司的破产清算申请的时间为 2017 年 5 月 24 日，故上述创世公司的清偿时间落入 6 个月临界期内。本案清偿满足了第 1、2 项条件。关于第 3 项条件。交易行为可以分为即时交易（现金交易）和信用交易。信用实际上是对一定期限内获得资金、货物或者服务的预期，交易中的信

用主要体现在远期交易中给付与对待给付的时间差之中。若债权人自愿接受与债务人进行信用交易，授予债务人一定的信用，便同时也应承担债务人由于主客观原因失信的后果，这种后果的极致就是破产。而在即时交易场合，因交易双方并没有授予对方对待给付的时间差，只要交易无损债务人财产，则不能认定为偏颇清偿。因此，如一项清偿同时满足交易等价和不存在信用授予关系两项条件，则不应被认为偏颇清偿。本案中，创世公司清偿货款的同时，换取了等价的货物，则其与奇美公司之间的买卖关系应认定为无损破产财产的等价交易。创世公司和奇美公司的基础交易选择的付款方式为 90 天信用证，虽为远期交易，但是开证行相符交单即兑付的承诺，系基于其不依附于开证申请人或者受益人的独立地位而作出，不能认为买卖双方给予对方的授信。信用证方式付款清偿的实质与即时交易无异，创世公司的清偿并非偏颇清偿。

综上，依照企业破产法第三十二条的规定，宁波中院判决驳回创世公司管理人的诉讼请求。该判决一审生效。

【评析】

破产撤销权是指债务人的财产管理人对债务人在破产申请受理前的法定期间内进行的欺诈债权人或损害全体债权人公平清偿的行为，有申请法院予以撤销并追回财产的权利。[①]设置破产撤销权，旨在纠正债务人在破产程序开始前法定期间内的不正当财产处分行为，恢复其责任财产，确保全体债权人能够公平受偿。我国企业破产法第三十一条和第三十二条规定了破产撤销权。企业破产法中的可撤销行

[①] 王欣新：《破产法》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 113 页。

为包括欺诈行为和偏颇清偿行为，通说认为偏颇清偿行为包括：（1）对未到期的债务提前清偿；（2）对没有财产担保的债务提供财产担保；（3）临界期内的个别清偿。本案涉及信用证方式付款的偏颇清偿撤销，这种偏颇清偿撤销与信用证交集的案件虽不常见，但很有典型意义，颇有探讨价值。

一、信用证独立性与本案原被告主体资格

本案中，华夏银行宁波分行根据创世公司的申请开立了两份信用证，兆丰国际商业银行府城分行和华南商业银行分别作为议付行对信用证进行议付，奇美公司从议付行收取了扣除贴现息、手续费后的款项。其中议付行向奇美公司购买单据，在相符交单下的付款行为以及本案中虽未涉及但是现实中发生的华夏银行宁波分行的承兑行为，属于独立于基础合同或者其他合同的信用证交易，而华夏银行宁波分行开立信用证则基于其与创世公司之间的开证合同，议付行在信用证到期前向奇美公司付款则基于其与奇美公司之间的贴现协议。直接向奇美公司付款的主体以及创世公司直接付款的客体均非基础交易的相对方，而是信用证的议付行和开证行，这也正是信用证体系运行的结果。

将信用证作为基础交易的一种付款方式，即将信用证付款嵌入基础交易中，在程序法意义上，买方的管理人有权根据企业破产法第三十二条向卖方主张偏颇清偿撤销，则可以推导出信用证的开证申请人有权向受益人主张偏颇清偿撤销。但是，这个符合逻辑的结论与信用证独立性的常识相悖，这就需要我们检视信用证的独立性。

《国际商会（ICC）跟单信用证统一惯例》（UCP600）第 2 条对信用证的定义是：“一项不可撤销的安排，无论其名称或描述如何，该项安排构成开证行对相符交单予以承付的确定承诺”。信用证制度产生的初衷是在以银行信用保障卖方收到货款的同时，也保障买方取得货物，从而促进交易。UCP600 第 5 条规定单据与货物、服务或履约行为，规定银行处理的是单据，而不是单据可能涉及的货物、服务或履约行为，银行仅作单据处理的抽象性原则使得单据交易与实物交易相分离，也由此给独立性划定了边界，单据交易之外的其他交易关系均与信用证无关。正如 UCP600 第 4 条信用证与合同(a)款规定:“就其性质而言，信用证与可能作为其开立基础的销售合同或其他合同是相互独立的交易，即使信用证中含有对此类合同的任何援引，银行也与该合同无关，且不受其约束。因此，银行关于承付、议付或履行信用证项下其他义务的承诺，不受申请人基于开证行或受益人之间的关系而产生的任何请求或抗辩的影响。受益人在任何情况下不得利用银行之间或申请人与开证行之间的合同关系”。基础合同的买卖双方是实物交易，实物交易可能需要相应单据，但是这些单据本身并不是基础交易的对象，所以信用证交易与基础交易相互独立。如果开证申请人以基础交易关系向受益人主张诸如货款、质量等权利，则显然与信用证独立性无关。

影响我们判断的另一个原因是款项的流通或者更确切地说是命名问题。我们习惯性地将信用证项下的款项作为信用证关系之下的款项，从而推出信用证款项独立于基础交易的论断，奇美公司关于创世

公司管理人不具有原告主体资格的意见正源于此。

二、信用证方式付款与即时清偿

交易行为，不管是直接交易还是间接交易，或者可以通过双方同时履行合同义务来完成，或者以交易双方在不同时间履行义务来完成。我们称第一种情况为现金交易，第二种情况为信用交易。信用交易是当前商品对未来商品的交易。[②]在法律框架下，现金交易被称为即时交易。有学者指出，在仅存即时交易的世界中，诸如合同法等调整信用交易的法律并无存在的必要。[③]信用交易必有信用授予，也即信贷，信贷最主要的表现形式有二：资金信贷和货物与服务信贷，前者即通常所说的借款，后者指一方先提供货物与服务，另一方受领后（分期）付款的情形。[④]信用交易中给付与对待给付的时间差无疑极大地促进了交易，但同时也积累了风险，这种风险的极致就是破产。

破产偏颇清偿撤销制度的目的是避免债务人在破产开始前突击清偿个别债权而损害其他债权人平等受偿的权利，故将平等受偿原则的适用时间点前置到法院受理破产申请前的法定期间。偏颇清偿是对特定债权人有利而对其他债权人不利的处分或者给付行为，偏颇清偿所指的清偿行为，在破产法之外本是正当合法的行为，若非因破产则不会被撤销。故恰当的偏颇清偿制度，在保护债权人利益的同时，不应过分损害交易安全。[⑤]

破产的经济根源是信用交易，从即时交易和信用交易的二分法出

② [奥地利]米塞斯：《货币与信用理论》，孔丹凤译，上海人民出版社 2018 年版，第 175 页。
③ 许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社 2015 年版，第 1 页。
④ 许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社 2015 年版，第 2 页。
⑤ 许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社 2015 年版，第 396 页。

发，因信用交易导致债务人破产，故破产撤销权撤销的应当是信用交易中的个别清偿，即时交易则不受此限。最高法院《关于适用企业破产法若干问题的规定（二）》第 12 条规定，“破产申请受理前一年内债务人提前清偿的未到期债务，在破产申请前已经到期，管理人请求撤销该清偿行为的，人民法院不予支持。但是，该清偿行为发生在破产申请受理前 6 个月且债务人有企业破产法第二条第一款规定的情形除外”，也明确了个别清偿的债务应当是以前已经形成，而不是即时产生的债务。也有生效判决作了此种解读。⑥

信用证方式付款是否属于即时清偿？尤其是类似本案的远期信用证。受益人奇美公司经过贴现，其实际取得款项的时间在破产临界期外，因此就有观点认为奇美公司的受偿本身不适用企业破产法第三十二条。该观点忽略了奇美公司的贴现行为，贴现导致奇美公司在信用证到期之前取得了款项，其本质是以利息换时间。如果奇美公司不进行贴现，则应当在信用证到期时才能取得款项。这种加速到期的原因并非基础合同双方所致，所以不能以奇美公司实际取得款项的时间作为创世公司清偿债务的时间。表面上，奇美公司非经贴现取得款项的时间与一般信用交易中的延期付款似乎并无二致，但两者有着本质区别。在信用交易场合，卖方受领货款只能诉诸于买方的一般财产；而信用证付款情形，卖方基于开证行相符交单即兑付的承诺，款项兑付具有充分的保障（开证行破产另当别论）。正因如此，信用证在国际贸易中被视作现金交易。

⑥ 参见（2018）浙 07 民终 2382 号民事判决书、（2020）浙 01 民终 3899 号民事判决书。

因开证行以其银行信用开立信用证，有观点将信用证看作对基础合同买方付款义务的保证。该观点违背了信用证交易的基本原理。信用证承担的是第一性的付款责任，保证则普遍被看作第二性的付款责任。保证人可以基于基础合同的抗辩事由对抗卖方。如开证行作为买方的保证人，则直接动摇了信用证制度中信用证与基础交易相分离的基石。也有观点以开证行对信用证款项的垫付构成偏颇清偿为由否定本案交易的即时交易性质，该观点未能准确理解信用授予。开证行与开证申请人之间的开证合同约定，开证申请人在缴存保证金后，开证行开立信用证，开证申请人在信用证到期时缴付余款，否则开证行垫付的款项转为借款。有垫款即有信用授予。而在本案的基础交易中，奇美公司并未给予创世公司任何授信，信用证的期间系奇美公司对开证行信用的期待时间。

当然，证明信用证方式付款是否为即时清偿还有一个更为简便的办法，信用证除了常见的远期信用证，还有即期信用证，两者的区别仅是期限不同，即期信用证无疑为即时清偿。如果将远期信用证付款不认定为即时交易，显然会产生两个相互矛盾的结论，这个结论让我们回过头审视预设的不科学。

三、即时交易、等价交易与偏颇清偿

从即时交易和信用交易的二分法出发，推导出即时交易不受破产撤销权规制的结论，看上去符合逻辑，但是如果考虑到债务人的道德风险，则不能排除债务人利用即时交易的形式实施对个别债权人偏颇清偿的可能。基于上述二分法，企业破产法第三十一条第（二）项中

以明显不合理的价格进行的交易自然也排除了即时交易，这就产生了法律真空。例如，在双方已经存在债务的情形下，债务人通过即时交易形式以明显高于正常交易的价款清偿给债权人。又如，信用证的基础交易双方虚增交易，款多货少。虽然上述例子中的两种交易都属于以明显不合理的价格进行的交易，如果即时交易本身已经被排除在撤销权之外，即便属于可撤销的欺诈行为，也不受破产撤销权规制。尤其信用证的独立性对基础合同的实际收货情况在所不问，如果仅仅以信用证付款属于即时清偿为由将该种交易排除在偏颇清偿之外，显然会严重损害全体债权人的利益。

实际上，偏颇清偿撤销制度关心的是结果意义上的债权人平等受偿，而当事人有损害债务人财产故意的即时交易无疑会造成债权人之间的不平等受偿。企业破产法对偏颇清偿的规定采用形式主义，不考虑当事人的主观要件，在这样的法律框架下如何堵塞漏洞，防范当事人的道德风险？对即时交易规定为等价交易或许是个不错的选择。等价的即时交易不构成偏颇清偿，这也与企业破产法第三十二条但书所规定的“个别清偿使债务人财产受益”相合。当然，这里所谓等价交易并非严格的价值相等，只要该种交易无损债务人财产，在一定程度上促进、延续债务人经营，即应视为等价。尽管如此，如何把握等价交易的尺度，既不过分阻碍交易，又不损害全体债权人的公平受偿，仍需要学界和实务界继续共同探索。

（案例刊登于《人民司法》2021 年第 29 期）