

法律资讯汇编

(2022 第 02 期)

上海王岩律师事务所
2022年02月

目 录

行业新闻—— 中国银保监会有关部门负责人就 《银行保险机构关联交易管理办法》答记者问	3
新法速递—— 银行保险机构关联交易管理办法	7
案例解析—— 离婚后财产纠纷案件的审理思路和裁判要点	32
业务研究—— 形式减资情形下股东不承担赔偿责任	46
—— 民法典保证期间相关规定在破产程序中的适用	65

中国银保监会有关部门负责人就 《银行保险机构关联交易管理办法》答记者问

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2022年1月14日

为进一步加强关联交易监管，规范银行保险机构关联交易行为，防范利益输送风险，中国银保监会近日印发《银行保险机构关联交易管理办法》（以下简称《办法》）。中国银保监会有关部门负责人就相关问题回答了记者提问。

一、制定《办法》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》主要内容包括哪些？

答：《办法》共七章六十八条，包括总则、关联方、关联交易、关联交易的内部管理、报告和披露、监督管理、附则等。《办法》顺应行业发展需要，注重借鉴国内外制度经验，覆盖银保监会监管的各类银行保险机构。主要内容包括：一是统筹规范监管。吸收整合银行业保险业两方面制度优势，既统一关联交易管理规则，又兼顾不同类

型机构特点，力争实现监管标准一致性基础上的差异化监管。二是明确总体原则。银行保险机构应当维护公司经营独立性，提高市场竞争力，控制关联交易的数量和规模，重点防范向股东及其关联方进行利益输送风险，避免多层嵌套等复杂安排。三是坚持问题导向。对通过复杂交易结构或借助通道业务向关联方进行利益输送、规避监管等违规行为，设置禁止性规定，要求机构按照实质重于形式和穿透监管原则，优化关联方和关联交易识别，加强对表外、资管、同业等重点领域关联交易管理。四是明确管理责任。压实机构在关联交易管理方面的主体责任，建立层层问责机制，强化关联交易控制委员会职能，在管理层面设立跨部门的关联交易管理办公室，明确牵头部门、设置专岗，落实关联方识别和关联交易日常管理工作。五是丰富监管措施。明确对机构及董事、监事、高级管理人员违规行为的处理措施，对公司治理监管评估结果为E级的银行保险机构，不得开展授信类、资金运用类、以资金为基础的关联交易。对违规人员可以采取行业通报、责令机构予以问责等措施。

三、《办法》在关联方识别认定方面有哪些要求？

答：《办法》采取直接认定和实质重于形式认定相结合的方式，合理界定关联方范围，层层穿透认定关联方。借鉴国内外通行做法，根据重要性和风险大小，对关键关联方采取直接认定方式，主要股东向上穿透至控股股东、实际控制人，向下穿透至其控制的法人，重点防范向股东输送利益风险。同时，将子公司纳入关联方，防范借道子公司进行利益输送风险。将有关联关系的商业银行纳入关联方，防范大股东通过隐性持股多家银行股份，套取银行资金的风险。

四、《办法》中差异化监管主要体现在哪些方面？

答：一是按照机构风险程度实施监管。《办法》明确监管部门可

以根据银行保险机构的公司治理状况、关联交易风险状况、机构类型特点等对银行保险机构适用的关联交易监管比例进行设定或调整，在防范风险前提下，增强监管的针对性和有效性。二是加强重点领域监管，对银行授信类、保险资金运用类、信托资金投资等与资金相关的高风险关联交易分别设定比例限额，调降了保险资金运用类比例上限，部分指标降幅达到40%，着力防范向大股东提供融资的乱象问题。三是加强表外业务和资管业务管理，明确银行机构特定目的载体投资、以及其他实质上由银行机构承担信用风险的业务，纳入授信监管比例予以规范，防范通过设计复杂交易结构规避监管。

五、《办法》在提升银行保险机构关联交易管理水平方面有哪些要求？

答：《办法》在管理机制、穿透识别、资金来源与流向、动态评估等方面提出了具体要求，全面加强银行保险机构关联交易管理。一是针对管理中面临的关联关系隐蔽，关联交易结构复杂，规避监管手段多样等问题，要求机构主动穿透识别关联交易，动态监测交易资金来源和流向，及时掌握基础资产状况，动态评估对风险暴露和资本占用的影响程度，建立有效的关联交易风险控制机制，及时调整经营行为。二是强化机构对子公司的关联交易风险管控，要求机构明确管理机制，对其控股子公司与机构关联方发生的关联交易事项进行管理，明确管理机制，加强风险管控。三是有效发挥关联交易控制委员会作用，建立日常管理机制，要求机构在管理层面设立跨部门的关联交易管理办公室，明确牵头部门、设置专岗，加强关联方识别维护、关联交易管理等日常事务。四是提高关联交易管理信息化水平，机构在通过关联交易监管相关信息系统向监管部门报送数据的同时，要加强自身信息化建设，强化大数据管理能力。五是加强信息披露要求，将公

司网站和年报两个渠道作为抓手，在公司网站中披露关联交易信息，在公司年报中披露当年关联交易的总体情况。六是强化内部问责，明确机构按照内部问责制度对违规人员进行问责，并将问责情况报关联交易控制委员会。

银行保险机构关联交易管理办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2022年1月14日

银行保险机构关联交易管理办法

(中国银行保险监督管理委员会令〔2022〕1号)

第一章 总则

第一条 为加强审慎监管，规范银行保险机构关联交易行为，防范关联交易风险，促进银行保险机构安全、独立、稳健运行，根据《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》《中华人民共和国保险法》《中华人民共和国信托法》等法律法规，制定本办法。

第二条 本办法所称银行保险机构包括银行机构、保险机构和在中华人民共和国境内依法设立的信托公司、金融资产管理公司、金融租赁公司、汽车金融公司、消费金融公司。

银行机构是指在中华人民共和国境内依法设立的商业银行、政策性银行、村镇银行、农村信用合作社、农村合作银行。

保险机构是指在中华人民共和国境内依法设立的保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理公司。

第三条 银行保险机构开展关联交易应当遵守法律法规和有关监

管规定，健全公司治理架构，完善内部控制和风险管理，遵循诚实信用、公开公允、穿透识别、结构清晰的原则。

银行保险机构不得通过关联交易进行利益输送或监管套利，应当采取有效措施，防止关联方利用其特殊地位，通过关联交易侵害银行保险机构利益。

银行保险机构应当维护经营独立性，提高市场竞争力，控制关联交易的数量和规模，避免多层嵌套等复杂安排，重点防范向股东及其关联方进行利益输送的风险。

第四条 银保监会及其派出机构依法对银行保险机构的关联交易实施监督管理。

第二章 关联方

第五条 银行保险机构的关联方，是指与银行保险机构存在一方控制另一方，或对另一方施加重大影响，以及与银行保险机构同受一方控制或重大影响的自然人、法人或非法人组织。

第六条 银行保险机构的关联自然人包括：

（一）银行保险机构的自然人控股股东、实际控制人，及其一致行动人、最终受益人；

（二）持有或控制银行保险机构 5%以上股权的，或持股不足 5%但对银行保险机构经营管理有重大影响的自然人；

（三）银行保险机构的董事、监事、总行（总公司）和重要分行（分公司）的高级管理人员，以及具有大额授信、资产转移、保险资金运用等核心业务审批或决策权的人员；

（四）本条第（一）至（三）项所列关联方的配偶、父母、成年子女及兄弟姐妹；

（五）本办法第七条第（一）（二）项所列关联方的董事、监事、高级管理人员。

第七条 银行保险机构的关联法人或非法人组织包括：

（一）银行保险机构的法人控股股东、实际控制人，及其一致行动人、最终受益人；

（二）持有或控制银行保险机构 5%以上股权的，或者持股不足 5%但对银行保险机构经营管理有重大影响的法人或非法人组织，及其控股股东、实际控制人、一致行动人、最终受益人；

（三）本条第（一）项所列关联方控制或施加重大影响的法人或非法人组织，本条第（二）项所列关联方控制的法人或非法人组织；

（四）银行保险机构控制或施加重大影响的法人或非法人组织；

（五）本办法第六条第（一）项所列关联方控制或施加重大影响的法人或非法人组织，第六条第（二）至（四）项所列关联方控制的法人或非法人组织。

第八条 银行保险机构按照实质重于形式和穿透的原则，可以认定以下自然人、法人或非法人组织为关联方：

（一）在过去十二个月内或者根据相关协议安排在未来十二个月内存在本办法第六条、第七条规定情形之一的；

（二）本办法第六条第（一）至（三）项所列关联方的其他关系密切的家庭成员；

（三）银行保险机构内部工作人员及其控制的法人或其他组织；

（四）本办法第六条第（二）（三）项，以及第七条第（二）项所列关联方可施加重大影响的法人或非法人组织；

（五）对银行保险机构有影响，与银行保险机构发生或可能发生未遵守商业原则、有失公允的交易行为，并可据以从交易中获取利益的自然人、法人或非法人组织。

第九条 银保监会或其派出机构可以根据实质重于形式和穿透的原则，认定可能导致银行保险机构利益转移的自然人、法人或非法人组织为关联方。

第三章 关联交易

第十条 银行保险机构关联交易是指银行保险机构与关联方之间发生的利益转移事项。

第十一条 银行保险机构应当按照实质重于形式和穿透原则，识别、认定、管理关联交易及计算关联交易金额。

计算关联自然人与银行保险机构的关联交易余额时，其配偶、父母、成年子女、兄弟姐妹等与该银行保险机构的关联交易应当合并计算；计算关联法人或非法人组织与银行保险机构的关联交易余额时，与其存在控制关系的法人或非法人组织与该银行保险机构的关联交易应当合并计算。

第十二条 银保监会或其派出机构可以根据实质重于形式和穿透监管原则认定关联交易。

银保监会可以根据银行保险机构的公司治理状况、关联交易风险

状况、机构类型特点等对银行保险机构适用的关联交易监管比例进行设定或调整。

第一节 银行机构关联交易

第十三条 银行机构的关联交易包括以下类型：

（一）授信类关联交易：指银行机构向关联方提供资金支持、或者对关联方在有关经济活动中可能产生的赔偿、支付责任作出保证，包括贷款（含贸易融资）、票据承兑和贴现、透支、债券投资、特定目的载体投资、开立信用证、保理、担保、保函、贷款承诺、证券回购、拆借以及其他实质上由银行机构承担信用风险的表内外业务等；

（二）资产转移类关联交易：包括银行机构与关联方之间发生的自用动产与不动产买卖，信贷资产及其收（受）益权买卖，抵债资产的接收和处置等；

（三）服务类关联交易：包括信用评估、资产评估、法律服务、咨询服务、信息服务、审计服务、技术和基础设施服务、财产租赁以及委托或受托销售等；

（四）存款和其他类型关联交易，以及根据实质重于形式原则认定的可能引致银行机构利益转移的事项。

第十四条 银行机构关联交易分为重大关联交易和一般关联交易。

银行机构重大关联交易是指银行机构与单个关联方之间单笔交易金额达到银行机构上季末资本净额 1%以上，或累计达到银行机构上季末资本净额 5%以上的交易。

银行机构与单个关联方的交易金额累计达到前款标准后，其后发生的关联交易，每累计达到上季末资本净额 1%以上，则应当重新认定为重大关联交易。

一般关联交易是指除重大关联交易以外的其他关联交易。

第十五条 银行机构关联交易金额计算方式如下：

- （一）授信类关联交易原则上以签订协议的金额计算交易金额；
- （二）资产转移类关联交易以交易价格或公允价值计算交易金额；
- （三）服务类关联交易以业务收入或支出金额计算交易金额；
- （四）银保监会确定的其他计算口径。

第十六条 银行机构对单个关联方的授信余额不得超过银行机构上季末资本净额的 10%。银行机构对单个关联法人或非法人组织所在集团客户的合计授信余额不得超过银行机构上季末资本净额的 15%。银行机构对全部关联方的授信余额不得超过银行机构上季末资本净额的 50%。

计算授信余额时，可以扣除授信时关联方提供的保证金存款以及质押的银行存单和国债金额。

银行机构与关联方开展同业业务应当同时遵守关于同业业务的相关规定。银行机构与境内外关联方银行之间开展的同业业务、外资银行与母行集团内银行之间开展的业务可不适用本条第一款所列比例规定和本办法第十四条重大关联交易标准。

被银保监会或其派出机构采取风险处置或接管等措施的银行机

构，经银保监会批准可不适用本条所列比例规定。

第二节 保险机构关联交易

第十七条 保险机构的关联交易包括以下类型：

（一）资金运用类关联交易：包括在关联方办理银行存款；直接或间接买卖债券、股票等有价值证券，投资关联方的股权、不动产及其他资产；直接或间接投资关联方发行的金融产品，或投资基础资产包含关联方资产的金融产品等。

（二）服务类关联交易：包括审计服务、精算服务、法律服务、咨询顾问服务、资产评估、技术和基础设施服务、委托或受托管理资产、租赁资产等。

（三）利益转移类关联交易：包括赠与、给予或接受财务资助，权利转让，担保，债权债务转移，放弃优先受让权、同比例增资权或其他权利等。

（四）保险业务和其他类型关联交易，以及根据实质重于形式原则认定的可能引致保险机构利益转移的事项。

第十八条 保险机构关联交易金额以交易对价或转移的利益计算。具体计算方式如下：

（一）资金运用类关联交易以保险资金投资金额计算交易金额。其中，投资于关联方发行的金融产品且基础资产涉及其他关联方的，以投资金额计算交易金额；投资于关联方发行的金融产品且基础资产不涉及其他关联方的，以发行费或投资管理费计算交易金额；买入资

产的，以交易价格计算交易金额。

（二）服务类关联交易以业务收入或支出金额计算交易金额。

（三）利益转移类关联交易以资助金额、交易价格、担保金额、标的市场价值等计算交易金额。

（四）银保监会确定的其他计算口径。

第十九条 保险机构关联交易分为重大关联交易和一般关联交易。

保险机构重大关联交易是指保险机构与单个关联方之间单笔或年度累计交易金额达到3000万元以上，且占保险机构上一年度末经审计的净资产的1%以上的交易。

一个年度内保险机构与单个关联方的累计交易金额达到前款标准后，其后发生的关联交易再次累计达到前款标准，应当重新认定为重大关联交易。

保险机构一般关联交易是指除重大关联交易以外的其他关联交易。

第二十条 保险机构资金运用关联交易应符合以下比例要求：

（一）保险机构投资全部关联方的账面余额，合计不得超过保险机构上一年度末总资产的25%与上一年度末净资产二者中的金额较低者；

（二）保险机构投资权益类资产、不动产类资产、其他金融资产和境外投资的账面余额中，对关联方的投资金额不得超过上述各类资产投资限额的30%；

（三）保险机构投资单一关联方的账面余额，合计不得超过保险机构上一年度末净资产的 30%；

（四）保险机构投资金融产品，若底层基础资产涉及控股股东、实际控制人或控股股东、实际控制人的关联方，保险机构购买该金融产品的份额不得超过该产品发行总额的 50%。

保险机构与其控股的非金融子公司投资关联方的账面余额及购买份额应当合并计算并符合前述比例要求。

保险机构与其控股子公司之间，以及控股子公司之间发生的关联交易，不适用前述规定。

第三节 信托公司及其他非银行金融机构关联交易

第二十一条 信托公司应当按照穿透原则和实质重于形式原则，加强关联交易认定和关联交易资金来源与运用的双向核查。

信托公司关联交易分为重大关联交易和一般关联交易。重大关联交易是指信托公司固有财产与单个关联方之间、信托公司信托财产与单个关联方之间单笔交易金额占信托公司注册资本 5%以上，或信托公司与单个关联方发生交易后，信托公司与该关联方的交易余额占信托公司注册资本 20%以上的交易。一般关联交易是指除重大关联交易以外的其他关联交易。

第二十二条 金融资产管理公司、金融租赁公司、汽车金融公司、消费金融公司(下称其他非银行金融机构)的关联交易包括以下类型：

（一）以资产为基础的关联交易：包括资产买卖与委托（代理）处置、资产重组（置换）、资产租赁等；

(二) 以资金为基础的关联交易：包括投资、贷款、融资租赁、借款、拆借、存款、担保等；

(三) 以中间服务为基础的关联交易：包括评级服务、评估服务、审计服务、法律服务、拍卖服务、咨询服务、业务代理、中介服务等；

(四) 其他类型关联交易以及根据实质重于形式原则认定的可能引致其他非银行金融机构利益转移的事项。

第二十三条 其他非银行金融机构的关联交易分为重大关联交易和一般关联交易。

其他非银行金融机构重大关联交易是指其他非银行金融机构与单个关联方之间单笔交易金额达到其他非银行金融机构上季末资本净额 1%以上，或累计达到其他非银行金融机构上季末资本净额 5%以上的交易。金融租赁公司除外。

金融租赁公司重大关联交易是指金融租赁公司与单个关联方之间单笔交易金额达到金融租赁公司上季末资本净额 5%以上，或累计达到金融租赁公司上季末资本净额 10%以上的交易。

其他非银行金融机构与单个关联方的交易金额累计达到前款标准后，其后发生的关联交易，每累计达到上季末资本净额 1%以上，应当重新认定为重大关联交易。金融租赁公司除外。

金融租赁公司与单个关联方的交易金额累计达到前款标准后，其后发生的关联交易，每累计达到上季末资本净额 5%以上，应当重新认定为重大关联交易。

一般关联交易是指除重大关联交易以外的其他关联交易。

第二十四条 其他非银行金融机构的关联交易金额以交易对价或转移的利益计算，具体计算方式如下：

- （一）以资产为基础的关联交易以交易价格计算交易金额；
- （二）以资金为基础的关联交易以签订协议的金额计算交易金额；
- （三）以中间服务为基础的关联交易以业务收入或支出金额计算交易金额；
- （四）银保监会确定的其他计算口径。

第二十五条 金融资产管理公司及其非金融控股子公司与关联方之间发生的以资金、资产为基础的交易余额应当合并计算，参照适用本办法第十六条相关监管要求，金融资产管理公司与其控股子公司之间、以及控股子公司之间发生的关联交易除外。

金融资产管理公司应当参照本办法第二章规定，将控股子公司的关联方纳入集团关联方范围。

第二十六条 金融租赁公司对单个关联方的融资余额不得超过上季末资本净额的 30%。

金融租赁公司对全部关联方的全部融资余额不得超过上季末资本净额的 50%。

金融租赁公司对单个股东及其全部关联方的融资余额不得超过该股东在金融租赁公司的出资额，且应同时满足本条第一款的规定。

金融租赁公司及其设立的控股子公司、项目公司之间的关联交易不适用本条规定。

汽车金融公司对单个股东及其关联方的授信余额不得超过该股东在汽车金融公司的出资额。

第四节 禁止性规定

第二十七条 银行保险机构不得通过掩盖关联关系、拆分交易等各种隐蔽方式规避重大关联交易审批或监管要求。

银行保险机构不得利用各种嵌套交易拉长融资链条、模糊业务实质、规避监管规定，不得为股东及其关联方违规融资、腾挪资产、空转套利、隐匿风险等。

第二十八条 银行机构不得直接通过或借道同业、理财、表外等业务，突破比例限制或违反规定向关联方提供资金。

银行机构不得接受本行的股权作为质押提供授信。银行机构不得为关联方的融资行为提供担保（含等同于担保的或有事项），但关联方以银行存单、国债提供足额反担保的除外。

银行机构向关联方提供授信发生损失的，自发现损失之日起二年内不得再向该关联方提供授信，但为减少该授信的损失，经银行机构董事会批准的除外。

第二十九条 保险机构不得借道不动产项目、非保险子公司、信托计划、资管产品投资，或其他通道、嵌套方式等变相突破监管限制，为关联方违规提供融资。

第三十条 金融资产管理公司参照执行本办法第二十八条规定，且不得与关联方开展无担保的以资金为基础的关联交易，同业拆借、股东流动性支持以及金融监管机构另有规定的除外。非金融子公司负

债依存度不得超过 30%，确有必要救助的，原则上不得超过 70%，并于作出救助决定后 3 个工作日内向董事会、监事会和银保监会报告。

金融资产管理公司及其子公司将自身形成的不良资产在集团内部转让的，应当由集团母公司董事会审批，金融子公司按规定批量转让的除外。

第三十一条 金融租赁公司与关联方开展以资产、资金为基础的关联交易发生损失的，自发现损失之日起二年内不得与该关联方新增以资产、资金为基础的关联交易。但为减少损失，经金融租赁公司董事会批准的除外。

第三十二条 信托公司开展固有业务，不得向关联方融出资金或转移财产，不得为关联方提供担保。

信托公司开展结构化信托业务不得以利益相关人作为劣后受益人，利益相关人包括但不限于信托公司及其全体员工、信托公司股东等。

信托公司管理集合资金信托计划，不得将信托资金直接或间接运用于信托公司的股东及其关联方，但信托资金全部来源于股东或其关联方的除外。

第三十三条 公司治理监管评估结果为 E 级的银行保险机构，不得开展授信类、资金运用类、以资金为基础的关联交易。经银保监会或其派出机构认可的除外。

第三十四条 银行保险机构违反本办法规定的，银保监会或其派出机构予以责令改正，包括以下措施：

- (一) 责令禁止与特定关联方开展交易；
- (二) 要求对特定的交易出具审计报告；
- (三) 根据银行保险机构关联交易风险状况，要求银行保险机构缩减对单个或全部关联方交易金额的比例要求，直至停止关联交易；
- (四) 责令更换会计师事务所、专业评估机构、律师事务所等服务机构；
- (五) 银保监会或其派出机构可依法采取的其他措施。

第三十五条 银行保险机构董事、监事、高级管理人员或其他有关从业人员违反本办法规定的，银保监会或其派出机构可以对相关责任人员采取以下措施：

- (一) 责令改正；
- (二) 记入履职记录并进行行业通报；
- (三) 责令银行保险机构予以问责；
- (四) 银保监会或其派出机构可依法采取的其他措施。

银行保险机构的关联方违反本办法规定的，银保监会或其派出机构可以采取公开谴责等措施。

第三十六条 持有银行保险机构5%以上股权的股东质押股权数量超过其持有该银行保险机构股权总量50%的，银保监会或其派出机构可以限制其与银行保险机构开展关联交易。

第四章 关联交易的内部管理

第三十七条 银行保险机构应当制定关联交易管理制度。

关联交易管理制度包括关联交易的管理架构和相应职责分工，关

联方的识别、报告、信息收集与管理，关联交易的定价、审查、回避、报告、披露、审计和责任追究等内容。

第三十八条 银行保险机构应对其控股子公司与银行保险机构关联方发生的关联交易事项进行管理，明确管理机制，加强风险管控。

第三十九条 银行保险机构董事会应当设立关联交易控制委员会，负责关联交易管理、审查和风险控制。银保监会对设立董事会下设专业委员会另有规定的，从其规定。

董事会对关联交易管理承担最终责任，关联交易控制委员会、涉及业务部门、风险审批及合规审查的部门负责人对关联交易的合规性承担相应责任。

关联交易控制委员会由三名以上董事组成，由独立董事担任负责人。关联交易控制委员会应重点关注关联交易的合规性、公允性和必要性。

银行保险机构应当在管理层面设立跨部门的关联交易管理办公室，成员应当包括合规、业务、风控、财务等相关部门人员，并明确牵头部门、设置专岗，负责关联方识别维护、关联交易管理等日常事务。

第四十条 银行保险机构应当建立关联方信息档案，确定重要分行、分公司标准或名单，明确具有大额授信、资产转移、保险资金运用等核心业务审批或决策权的人员范围。

银行保险机构应当通过关联交易监管相关信息系统及时向银保监会或其派出机构报送关联方、重大关联交易、季度关联交易情况等

信息，保证数据的真实性、准确性，不得瞒报、漏报。

银行保险机构应当提高关联方和关联交易管理的信息化和智能化水平，强化大数据管理能力。

第四十一条 银行保险机构董事、监事、高级管理人员及具有大额授信、资产转移、保险资金运用等核心业务审批或决策权的人员，应当自任职之日起 15 个工作日内，按本办法有关规定向银行保险机构报告其关联方情况。

持有银行保险机构 5%以上股权，或持股不足 5%但是对银行保险机构经营管理有重大影响的自然人、法人或非法人组织，应当在持股达到 5%之日或能够施加重大影响之日起 15 个工作日内，按本办法有关规定向银行保险机构报告其关联方情况。

前款报告事项如发生变动，应当在变动后的 15 个工作日内向银行保险机构报告并更新关联方情况。

第四十二条 银行保险机构关联方不得通过隐瞒关联关系等不当手段规避关联交易的内部审查、外部监管以及报告披露义务。

第四十三条 银行保险机构应当主动穿透识别关联交易，动态监测交易资金来源和流向，及时掌握基础资产状况，动态评估对风险暴露和资本占用的影响程度，建立有效的关联交易风险控制机制，及时调整经营行为以符合本办法的有关规定。

第四十四条 关联交易应当订立书面协议，按照商业原则，以不优于对非关联方同类交易的条件进行。必要时关联交易控制委员会可以聘请财务顾问等独立第三方出具报告，作为判断的依据。

第四十五条 银行保险机构应当完善关联交易内控机制，优化关联交易管理流程，关键环节的审查意见以及关联交易控制委员会等会议决议、记录应当清晰可查。

一般关联交易按照公司内部管理制度和授权程序审查，报关联交易控制委员会备案。重大关联交易经由关联交易控制委员会审查后，提交董事会批准。董事会会议所作决议须经非关联董事 2/3 以上通过。出席董事会会议的非关联董事人数不足三人的，应当提交股东（大）会审议。

第四十六条 银行保险机构关联交易控制委员会、董事会及股东（大）会对关联交易进行表决或决策时，与该关联交易有利害关系的人员应当回避。

如银行保险机构未设立股东（大）会，或者因回避原则而无法召开股东（大）会的，仍由董事会审议且不适用本条第一款关于回避的规定，但关联董事应出具不存在利益输送的声明。

第四十七条 银行保险机构与同一关联方之间长期持续发生的，需要反复签订交易协议的提供服务类、保险业务类及其他经银保监会认可的关联交易，可以签订统一交易协议，协议期限一般不超过三年。

第四十八条 统一交易协议的签订、续签、实质性变更，应按照重大关联交易进行内部审查、报告和信息披露。统一交易协议下发生的关联交易无需逐笔进行审查、报告和披露，但应当在季度报告中说明执行情况。统一交易协议应当明确或预估关联交易金额。

第四十九条 独立董事应当逐笔对重大关联交易的公允性、合规

性以及内部审批程序履行情况发表书面意见。独立董事认为有必要的，可以聘请中介机构等独立第三方提供意见，费用由银行保险机构承担。

第五十条 对于未按照规定报告关联方、违规开展关联交易等情形，银行保险机构应当按照内部问责制度对相关人员进行问责，并将问责情况报关联交易控制委员会。

第五十一条 银行保险机构应当每年至少对关联交易进行一次专项审计，并将审计结果报董事会和监事会。

银行保险机构不得聘用关联方控制的会计师事务所、专业评估机构、律师事务所为其提供审计、评估等服务。

第五章 关联交易的报告和披露

第五十二条 银行保险机构及其关联方应当按照本办法有关规定，真实、准确、完整、及时地报告、披露关联交易信息，不得存在任何虚假记载、误导性陈述或重大遗漏。

第五十三条 银行保险机构应当在签订以下交易协议后 15 个工作日内逐笔向银保监会或其派出机构报告：

- （一）重大关联交易；
- （二）统一交易协议的签订、续签或实质性变更；
- （三）银保监会要求报告的其他交易。

信托公司关联交易逐笔报告另有规定的，从其规定。

第五十四条 银行保险机构应当按照本办法有关规定统计季度全部关联交易金额及比例，并于每季度结束后 30 日内通过关联交易监

管相关信息系统向银保监会或其派出机构报送关联交易有关情况。

第五十五条 银行保险机构董事会应当每年向股东（大）会就关联交易整体情况做出专项报告，并向银保监会或其派出机构报送。

第五十六条 银行保险机构应当在公司网站中披露关联交易信息，在公司年报中披露当年关联交易的总体情况。按照本办法第五十三条规定需逐笔报告的关联交易应当在签订交易协议后 15 个工作日内逐笔披露，一般关联交易应在每季度结束后 30 日内按交易类型合并披露。

逐笔披露内容包括：

（一）关联交易概述及交易标的情况。

（二）交易对手情况。包括关联自然人基本情况，关联法人或非法人组织的名称、经济性质或类型、主营业务或经营范围、法定代表人、注册地、注册资本及其变化，与银行保险机构存在的关联关系。

（三）定价政策。

（四）关联交易金额及相应比例。

（五）股东（大）会、董事会决议，关联交易控制委员会的意见或决议情况。

（六）独立董事发表意见情况。

（七）银保监会认为需要披露的其他事项。

合并披露内容应当包括关联交易类型、交易金额及相应监管比例执行情况。

第五十七条 银行保险机构进行的下列关联交易，可以免于按照

关联交易的方式进行审议和披露：

（一）与关联自然人单笔交易额在 50 万元以下或与关联法人单笔交易额在 500 万元以下的关联交易，且交易后累计未达到重大关联交易标准的；

（二）一方以现金认购另一方公开发行的股票、公司债券或企业债券、可转换债券或其他衍生品种；

（三）活期存款业务；

（四）同一自然人同时担任银行保险机构和其他法人的独立董事且不存在其他构成关联方情形的，该法人与银行保险机构进行的交易；

（五）交易的定价为国家规定的；

（六）银保监会认可的其他情形。

第五十八条 银行保险机构关联交易信息涉及国家秘密、商业秘密或者银保监会认可的其他情形，银行保险机构可以向银保监会申请豁免按照本办法披露或履行相关义务。

第六章 关联交易的监督管理

第五十九条 银行机构、信托公司、其他非银行金融机构的股东或其控股股东、实际控制人，通过向机构施加影响，迫使机构从事下列行为的，银保监会或其派出机构应当责令限期改正；逾期未改正的，可以限制该股东的权利；对情节严重的控股股东，可以责令其转让股权。

（一）违反本办法第二十七条规定进行关联交易的；

- (二) 未按本办法第四十四条规定的商业原则进行关联交易的；
- (三) 未按本办法第四十五条规定审查关联交易的；
- (四) 违反本办法规定为关联方融资行为提供担保的；
- (五) 接受本公司的股权作为质押提供授信的；
- (六) 聘用关联方控制的会计师事务所等为其提供服务的；
- (七) 对关联方授信余额或融资余额等超过本办法规定比例的；
- (八) 未按照本办法规定披露信息的。

第六十条 银行机构、信托公司、其他非银行金融机构董事、高级管理人员有下列情形之一的，银保监会或其派出机构可以责令其限期改正；逾期未改正或者情节严重的，银保监会或其派出机构可以责令机构调整董事、高级管理人员或者限制其权利。

- (一) 未按本办法第四十一条规定报告的；
- (二) 做出虚假或有重大遗漏报告的；
- (三) 未按本办法第四十六条规定回避的；
- (四) 独立董事未按本办法第四十九条规定发表书面意见的。

第六十一条 银行机构、信托公司、其他非银行金融机构有下列情形之一的，银保监会或其派出机构可依照法律法规采取相关监管措施或进行处罚：

- (一) 违反本办法第二十七条规定进行关联交易的；
- (二) 未按本办法第四十四条规定的商业原则进行关联交易的；
- (三) 未按本办法第四十五条规定审查关联交易的；
- (四) 违反本办法规定为关联方融资行为提供担保的；

- (五) 接受本行的股权作为质押提供授信的；
- (六) 聘用关联方控制的会计师事务所等为其提供服务的；
- (七) 对关联方授信余额或融资余额等超过本办法规定比例的；
- (八) 未按照本办法规定披露信息的；
- (九) 未按要求执行本办法第五十九条和第六十条规定的监督管理措施的；
- (十) 其他违反本办法规定的情形。

第六十二条 银行机构、信托公司、其他非银行金融机构未按照本办法规定向银保监会或其派出机构报告重大关联交易或报送关联交易情况报告的，银保监会或其派出机构可依照法律法规采取相关监管措施或进行处罚。

第六十三条 银行机构、信托公司、其他非银行金融机构有本办法第六十一条所列情形之一的，银保监会或其派出机构可以区别不同情形，依据《中华人民共和国银行业监督管理法》等法律法规对董事、高级管理人员和其他直接责任人员采取相应处罚措施。

第六十四条 保险机构及其股东、控股股东，保险机构的董事、监事或高级管理人员违反本办法相关规定的，银保监会或其派出机构可依照法律法规采取相关监管措施或进行处罚。涉嫌犯罪的，依法移送司法机关追究刑事责任。

第七章 附则

第六十五条 本办法中下列用语的含义：

本办法所称“以上”含本数，“以下”不含本数。年度为会计年

度。

控制，包括直接控制、间接控制，是指有权决定一个企业的财务和经营决策，并能据以从该企业的经营活动中获取利益。

持有，包括直接持有与间接持有。

重大影响，是指对法人或组织的财务和经营政策有参与决策的权力，但不能够控制或者与其他方共同控制这些政策的制定。包括但不限于派驻董事、监事或高级管理人员、通过协议或其他方式影响法人或组织的财务和经营管理决策，以及银保监会或其派出机构认定的其他情形。

共同控制，指按照合同约定对某项经济活动所共有的控制，仅在与该项经济活动相关的重要财务和经营决策需要分享控制权的投资方一致同意时存在。

控股股东，是指持股比例达到 50%以上的股东；或持股比例虽不足 50%，但依享有的表决权已足以对股东（大）会的决议产生控制性影响的股东。

控股子公司，是指对该子公司的持股比例达到 50%以上；或者持股比例虽不足 50%，但通过表决权、协议等安排能够对其施加控制性影响。控股子公司包括直接、间接或共同控制的子公司或非法人组织。

实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的自然人或其他最终控制人。

集团客户，是指存在控制关系的一组企事业法人客户或同业单一客户。

一致行动人，是指通过协议、合作或其他途径，在行使表决权或参与其他经济活动时采取相同意思表示的自然人、法人或非法人组织。

最终受益人，是指实际享有银行保险机构股权收益、金融产品收益的人。

其他关系密切的家庭成员，是指除配偶、父母、成年子女及兄弟姐妹以外的包括配偶的父母、子女的配偶、兄弟姐妹的配偶、配偶的兄弟姐妹以及其他可能产生利益转移的家庭成员。

内部工作人员，是指与银行保险机构签订劳动合同的人员。

关联关系，是指银行保险机构控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员等与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致利益转移的其他关系。

关联董事、关联股东，是指交易的一方，或者在审议关联交易时可能影响该交易公允性的董事、股东。

书面协议的书面形式包括合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等法律认可的有形的表现所载内容的形式。

本办法所称关联法人或非法人组织不包括国家行政机关、政府部门，中央汇金投资有限责任公司，全国社保基金理事会，梧桐树投资平台有限责任公司，存款保险基金管理有限责任公司，以及经银保监会批准豁免认定的关联方。上述机构派出同一自然人同时担任两家或以上银行保险机构董事或监事，且不存在其他关联关系的，所任职机

构之间不构成关联方。

国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而构成关联方。

第六十六条 银保监会批准设立的外国银行分行、其他金融机构参照适用本办法，法律、行政法规及银保监会另有规定的从其规定。

自保公司的自保业务、企业集团财务公司的成员单位业务不适用本办法。

银行保险机构为上市公司的，应同时遵守上市公司有关规定。

第六十七条 本办法由银保监会负责解释。

第六十八条 本办法自2022年3月1日起施行。《商业银行与内部人和股东关联交易管理办法》（中国银行业监督管理委员会令2004年第3号）、《保险公司关联交易管理办法》（银保监发〔2019〕35号）同时废止。本办法施行前，银保监会有关银行保险机构关联交易管理的规定与本办法不一致的，按照本办法执行。

离婚后财产纠纷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：黄蓓、孙路路

日期：2022年2月8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《离婚后财产纠纷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。

离婚后财产纠纷

是指已通过判决或协议离婚的夫妻双方在离婚后因财产分割、补偿、离婚协议的履行等问题产生的纠纷。现代婚姻家庭财产状况愈发复杂，加之恶意隐藏、转移财产或对离婚协议反悔等情况，离婚后一方要求进一步分割或重新分割夫妻共同财产的纠纷日益多发。离婚后财产纠纷案件主要包括两种情形：一是离婚时有夫妻共同财产遗漏未处理或难以处理，现要求处理的；二是基于离婚协议引发财产纠纷的。本文结合司法实践中的典型案例，对该类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 离婚后财产纠纷案件的审理难点

03 离婚后财产纠纷案件的审理思路和裁判要点

01 典型案例

【案例一：涉及离婚时未处理夫妻共同财产的认定】

孙某与程某婚姻关系存续期间，程某父亲将部分公司股权作价转让给程某，程某登记为公司股东。后孙某与程某的离婚判决未对该公司股权作出处理。离婚后，孙某向法院起诉请求判令程某向其支付公司股权折价款。审理中，程某提供了一份签订时间为婚姻存续期间的代持协议，提出其系代母亲持有公司股权，该股权不应作为夫妻共同财产分割。

【案例二：涉及夫妻一方恶意隐藏、转移夫妻共同财产的认定】

吴某与高某离婚诉讼期间，高某与案外人李某签订房地产买卖合同，李某向高某购买系争房产并办理过户手续。吴某与高某诉讼离婚但未对该房产作出处理，后吴某另行起诉高某和李某，请求法院判决该房地产买卖合同无效。同时，吴某再提起离婚后财产纠纷诉讼，主张高某存在恶意转移夫妻共同财产的行为，应少分或者不分涉案房产。一审法院结合系争房产的购房款来源等因素，酌定由高某占房产60%份额，吴某占40%份额，房产判归高某所有。吴某不服提出上诉。

【案例三：涉及离婚协议效力的认定】

黄某与王某签订离婚协议约定夫妻共同财产的分割情况，黄某需支付王某补偿款300万元。离婚后黄某支付294万余元后，王某用该笔钱款支付某学区房首付。购房后黄某催促王某复婚遭拒绝。黄某起诉称双方离婚系为购买学区房的“假离婚”，请求法院撤销离婚协议中关于财产分配的约定，判令王某返还黄某个人财产294万余元，并对夫妻共同财产重新进行分割。

02 离婚后财产纠纷案件的审理难点

（一）是否属于夫妻共同财产确定难

离婚后财产纠纷案件中的争议财产往往系离婚案件中难以处理或者涉及案外人的财产。当事人之间关系复杂、矛盾尖锐、资金往来频繁、调查取证困难等因素导致在认定涉案财产是否属于夫妻共同财产时存在困难。尤其动拆迁房产分割往往涉及案外人利益，使得夫妻共同财产认定增加难度。同时，该类纠纷涉及的财产种类较多，不仅包括房产、车辆、银行存款、有价证券等有形财产，还包括债权债务、知识产权等无形财产，取证和认定更加复杂。

（二）隐藏、转移夫妻共同财产的行为判断难

一方隐藏、转移夫妻共同财产的，在离婚分割夫妻共同财产时依法可以少分或不分。离婚后财产纠纷案件中一方当事人以该理由主张另一方少分财产的，应承担举证责任证明另一方有隐藏、转移夫妻共同财产的行为。夫妻生活及财产状况属于家庭隐私，加之行为人在隐藏、转移夫妻共同财产时往往经过精心策划，手段隐蔽从而增加了取

证难度。需要说明的是，导致夫妻一方少分或不分财产的行为还包括变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，或伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的行为，由于涉及此类行为的案件较少，本文在此不作赘述。

（三）离婚协议是否能够变更或撤销认定难

虽然从文义上理解最高法院《民法典婚姻家庭解释一》第70条的规定，变更或撤销离婚协议的理由并不限于欺诈和胁迫，但由于离婚协议不同于一般的民事合同，除纯粹的利益考量外，还包含身份关系和感情因素的变化，因此不能将协议中一方放弃主要或大部分财产认定为显失公平或重大误解，从而认定离婚协议可变更或可撤销。目前司法实践仅在欺诈和胁迫两种情形下判定离婚协议可变更或可撤销，并由主张变更或撤销协议的一方承担举证责任。由于对存在欺诈或胁迫较难举证，对于离婚协议是否可变更或可撤销法院较难认定。

03 离婚后财产纠纷案件的审理思路和裁判要点

离婚时有财产未处理或难以处理，在离婚后财产纠纷案件中需要处理，或者离婚协议存在可变更、可撤销的情形，财产需要重新进行分割的，处理原则应与离婚时其他财产的处理原则一致。对于夫妻共同财产和个人财产的认定应遵循离婚案件中财产处理的一般原则，在认定为夫妻共同财产的基础上，按照照顾妇女、子女和无过错方原则对财产进行分割。如果一方存在恶意隐藏、转移财产等情形，在分割夫妻共同财产时应少分或不分。

（一）离婚时未分割夫妻共同财产的处理

1. 审查涉案财产在离婚协议或离婚判决中是否已处理

根据相关法律规定，如果经审查涉案财产确属离婚时未涉及的夫妻共同财产，法院应当予以分割。通常离婚判决对夫妻共同财产的处理较为明确，可以根据判决主文判定涉案财产是否已经处理。存在争议的主要是离婚协议中关于财产分割的条款，在无明确约定或者法律无特别规定的情况下，不宜推定为当事人放弃对未处理财产的分割权利。需要注意的是，离婚协议中若存在兜底条款，应查明在签订协议时当事人对涉案财产是否知情。若请求分割财产一方能够证明自己不知情，一般应当认定兜底条款中不包含该财产。

2. 审查离婚时未处理财产是否属于夫妻共同财产

对于已判定为离婚时未处理的财产，应根据《民法典》及有关司法解释的规定对该财产是否属于夫妻共同财产进行认定。

（1）银行存款

离婚后一方提出夫妻关系存续期间的银行存款未处理，经查证属实的，应作为夫妻共同财产进行分割。在夫妻双方协议离婚的情况下，银行存款的分割应以离婚协议签订之日为结算点，如果离婚协议约定以某一特定日期为结算点，则以离婚协议约定为准；在法院判决离婚的情况下，以法院判决书的落款日期为结算点。对于签订离婚协议至办理离婚登记之间的出入账款项，如果离婚协议对双方名下的银行存款已作出约定，在办理离婚登记前银行账户存在资金流动的，应查明入账款项是否属于夫妻关系存续期间的收入以及出账款项是否合理，并将夫妻关系存续期间的收入减去该段期间的合理支出作为夫妻共同财产予以分割。

（2）房产

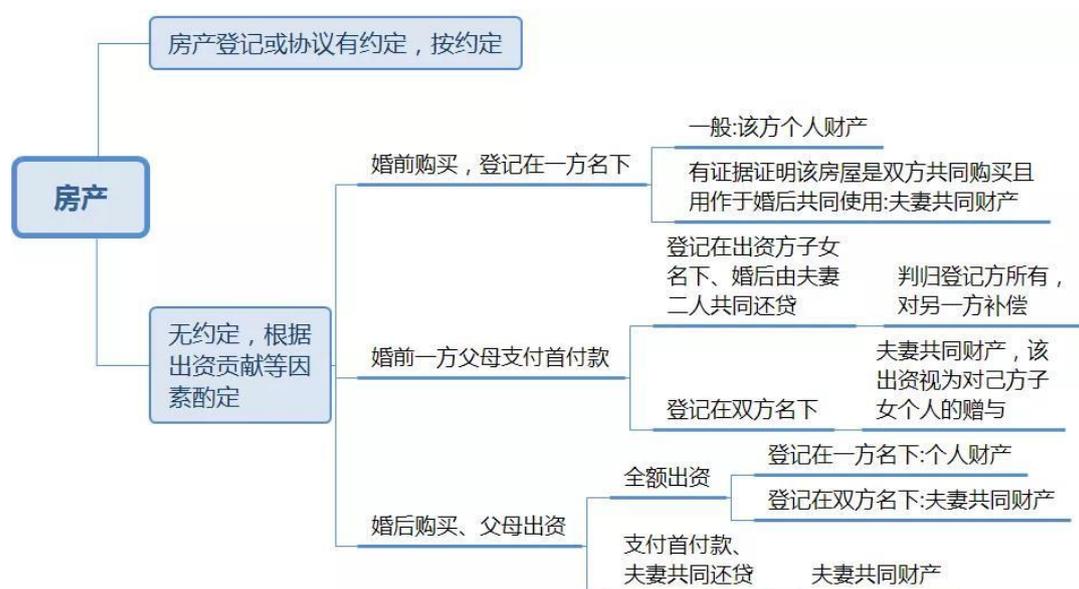
夫妻与他人（主要为父母、成年子女）共有的房产、离婚时产证尚未办出的房产在离婚案件中无法一并处理，在离婚后财产纠纷案件中一方提出要求分割的，应当予以处理。房产登记或协议约定各方份额的，应按照约定的份额予以分割；未登记或未约定份额的，应根据各方的出资情况、对共有房产的贡献大小等因素酌定各方的产权份额，再根据便于分割、给付折价款及履行贷款债务等原则判定房产的归属及折价款的给付方。

对于婚前购买、登记在一方名下的房产，一般应认定为该方的个人财产，但有证据证明该房产系双方共同购买且用作婚后共同使用的，应认定为夫妻共同财产。为此需要结合资金流水判定房产的首付款、税款的实际付款人，并综合购房时当事人之间的关系、资产状况、房产使用情况等事实，还原购房过程。对于作为夫妻共同财产的房产，在判定该房产为一方所有的情况下，要结合房产的剩余未还贷款、双方离婚后的还贷情况、保护妇女权益等因素，酌定向另一方支付的房产折价款金额。

对于婚前一方父母支付首付款的房产，如果登记在出资方子女名下、婚后由夫妻二人共同还贷，一般将房产判归登记方所有，并由其继续支付剩余贷款，婚内共同还贷（包括本金和利息）及增值部分由获得房产的一方对另一方做出补偿。如果婚前登记在夫妻双方名下，双方约定共同共有或按份共有的，按约定享有产权；双方对共有方式没有约定的，则父母出资视为对己方子女个人的赠与，父母明确表示

赠与双方的亦应在确定分割比例时对父母的出资进行酌情考量。

对于婚后由一方父母出资购买的房产，如果父母全额出资，登记在己方子女名下则为己方子女的个人财产，登记在双方名下则为夫妻共同财产；如果一方父母支付首付款，夫妻共同还贷，无论登记在己方子女名下还是夫妻双方名下，均为夫妻共同财产，但另有约定的依照约定处理。



(3) 股权

离婚后财产纠纷案件中涉及股权的主要问题有三点：

第一，存在代持关系的股权是否属于夫妻共同财产。夫妻一方在夫妻关系存续期间受让取得的股权，在转让人无特别声明的情况下，无论该受让是否需要支付对价，受让股权原则上均应认定为夫妻共同财产。如果受让方提出该股权系替案外人代持，则应提供代持协议原件等足以证明存在代持关系的证据。在能够证明存在代持关系的情况下，该股权不应作为夫妻共同财产分割。

如案例一中，程某在夫妻关系存续期间受让取得系争股权并登记

为公司股东，虽提出系代其母亲持有公司股权并提供代持协议复印件，但由于无法提供协议原件，其他证据亦不足以证明代持关系存在，因此法院认定系争股权属于夫妻共同财产，应予以分割且股权价值以分割时的股权价值为准。

第二，有限责任公司的股权分割问题。由于涉及公司章程规定、其他股东优先购买权等，在审理此类案件时应首先查明所涉公司全部股权构成。其次，应考虑有限责任公司分割股权的方式。《公司法》规定转让有限责任公司股权给股东以外的人，需经其他股东过半数同意。如其他股东过半数同意的，夫妻未持有股权的一方成为该公司的股东并持有按比例分割的股权。如果其他股东过半数不同意转让股权但同意购买的，则由原持有股权的夫妻一方将股权转让款支付给夫妻另一方。

第三，离婚后股权价值的确定问题。由于公司资产状况处于不断变动之中，且与一方投入的时间、精力和管理有关，离婚后夫妻双方不再具有财产共有的基础关系，对离婚后原共有股权所产生的收益另一方无权主张。因此，应当以离婚判决的生效日或者离婚协议的签订日作为基准日，一般以评估方式确定应当支付的股权折价款。

3. 确定夫妻共同财产的具体分割比例

离婚后财产纠纷案件中需要分割的财产之所以在离婚时未作处理，部分是因为行为人的行为具有隐蔽性，另一方在离婚时由于取证等原因未能将其作为夫妻共同财产进行分割。此类离婚后财产分割应遵循处理夫妻共同财产的一般原则。另一种情形是一方在离婚时隐

藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产，此类离婚后财产分割该方可予以少分或不分。该类行为构成要件主要有：

（1）具有隐藏、转移夫妻共同财产的故意

实施隐藏、转移夫妻共同财产行为需具有相应的主观故意。例如行为人只因不具备购房条件而以他人名义购房，不具备隐藏或转移财产的故意，则不属于可少分或不分的情形。对于**隐藏财产**，行为人一开始可能并不具有使该财产不作为夫妻共同财产进行分割的故意；对于**转移财产**，行为人一开始就具有不使该财产作为夫妻共同财产进行分割的故意。对于行为人是否具有故意，可以根据其具体行为来判断，比如夫妻双方已存在不可调和的矛盾或离婚已属必然时，一方将财产转至案外人名下时该行为构成故意。需要说明的是，根据行为推断行为人具有隐藏、转移财产的故意时，行为人否认该故意的，行为人负有举证责任证明其不存在故意。

如**案例二中**，二审法院查明在离婚诉讼期间，高某与案外人签订房地产买卖合同，低价将系争房产恶意出售给案外人，且另案生效判决已确认该房地产买卖合同无效。因此，高某具有恶意转移夫妻共同财产的故意及行为，二审法院对一审判决高某所占系争房产的比例予以适当减少。

（2）具有隐藏、转移夫妻共同财产的行为

认定一方隐藏财产的首要前提是其行为不为配偶所知悉，且自认为其行为具有隐蔽性。对于隐藏财产可以根据财产的类型进行具体分

析：

关于动产，主张对方隐藏动产的一方应当承担举证责任证明另一方实施了隐藏动产的行为，当另一方提供足够证据予以反驳的，主张对方隐藏动产的一方仍需就对方反驳的证据再行举证。需要注意的是，如果另一方在离婚诉讼中否认该财产的存在，离婚后发现该财产由其控制或在其知晓的地方，则可以直接认定其实施了隐藏夫妻共同财产的行为。

关于不动产，主要有以下三种情形：**第一**，一方以自己名义在他处购房，配偶对此不知情。**第二**，在配偶不知情的情况下将不动产过户至他人名下。**第三**，在婚姻关系存续期间，一方以隐藏财产为目的，在配偶不知情的情况下以他人名义购置不动产。

离婚后财产纠纷中涉及不动产的审查和认定证据的原则为：

首先，对于不动产权利登记凭证、银行转账记录、不动产买卖合同等不动产交易的相关文件，应当审查其合法性和真实性，如是否存在违反法律法规的不动产交易行为、是否存在虚假交易、提供的证据材料是否存在伪造的可能等，对于不具有合法性和真实性的证据应当予以排除。

其次，涉及不动产交易的证人证言应结合下列证据对关联性进行审查：**一是**婚姻关系存续期间一方是否存在大额钱款支出，该笔钱款是否支付给房产公司或不动产的卖家。同时应注意审查被隐瞒不动产的实际居住情况，查明房产是否由亲属、“第三者”等居住，从而确认房产的产权登记及出资情况。**二是**对于一方擅自处分不动产的情

况，应注意审查不动产的交易时间、金额和对象，查明不动产交易是否存在无权处分和善意取得等情况。三是对于婚前购房，应审查购房款的来源及组成，结合银行汇款记录或信用卡刷卡记录等，判断对方是否共同出资购房。

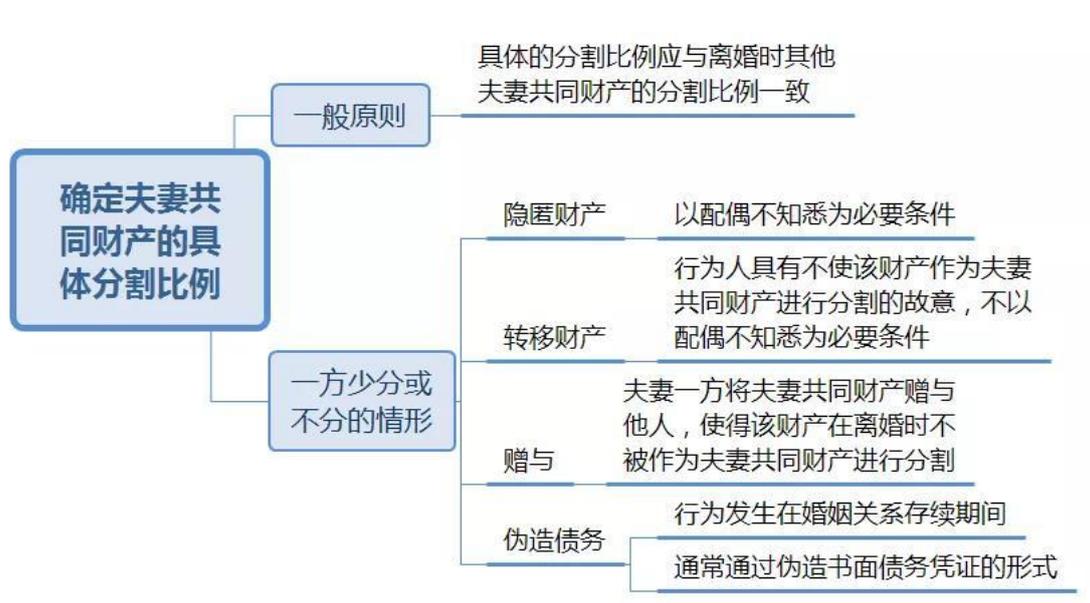
关于**银行存款**，审查要求分割的钱款在离婚时是否包含在已分割的夫妻共同财产中，以及该笔钱款是否可供分割。对于隐瞒银行存款的情况，一方面法院可以基于当事人的申请，采取职权调查的方式查明事实真相。当事人如果申请法院调查对方的银行流水，原则上应提供相应存款的开户行和存款账号。另一方面，应注意结合当事人对钱款的用途考察钱款支出的合理性：一是支取现金的持续时间是否合理；二是取款金额与用途之间是否匹配；三是与取款方正常开支情况是否一致。

转移财产的认定并不以配偶不知悉作为必要条件。赠与可以成为转移财产的一种方式。夫妻一方将夫妻共同财产赠与他人，会使得该财产在离婚时无法作为夫妻共同财产进行分割。另一方起诉要求撤销赠与并得到法院支持的，在财产返还后即会产生夫妻共同财产分割的问题。实践中，若在夫妻关系存续期间一方将夫妻共同财产赠与第三者，该行为因侵害另一方的财产权益应被认定为无效，相关款项亦应予以返还，财产返还后应在夫妻之间再进行分割。

除隐藏、转移夫妻共同财产的行为，伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产也是分割夫妻共同财产时需要审查的内容。

对于伪造债务的认定，可以通过以下两个方面进行判断：一是伪

造债务的行为发生在婚姻关系存续期间。如果在离婚前某一特定时间段内（司法实践多为离婚前一年）一方债务突然大量增加，而此时婚姻关系已经处于不可避免的破裂状态，则可以认定其具有伪造债务的嫌疑。二是伪造债务的行为通常通过伪造书面债务凭证的形式，如借条、借款合同、债权债务公证书等实现。该类案件的证据通常包括书面债务凭证、债权人或其他证人的证言，法院可以通过审查资金往来情况、合同的真实性等判断是否存在伪造债务的事实。



（二）基于离婚协议引发财产纠纷的处理

1. 审查涉案离婚协议的合法性

审理因履行离婚协议产生纠纷的案件，首先需要审查该协议形式是否合法，即离婚协议是否存在违反法律规定的情形。如果离婚协议违反法律强制性规定，则该条款不具有法律效力；如果离婚协议符合法律规定，一方未按照协议内容履行协议，另一方有权请求履行。

2. 审查财产分割协议是否存在可变更、可撤销的情形

审查财产分割协议是否存在可变更、可撤销的情形，不能轻易将协议中一方放弃主要或大部分财产的约定认定为显失公平或重大误解而予以变更或撤销。同时应当审慎认定乘人之危，不宜将急欲离婚的一方在财产上的让步视为另一方乘人之危的结果。只有在一方利用他方行为能力受限且监护人监护不力等情况下，迫使他方签订明显损害本人合法权益的协议，方可认定为乘人之危。

因此，只要在签订协议时不存在欺诈、胁迫的情形，对当事人请求变更或者撤销协议的请求原则上不予支持。对于存在欺诈或胁迫的情形应由主张变更或撤销协议的一方承担举证责任，根据证据的证明力进行综合判断。

实践中，很多离婚后财产纠纷案件当事人主张以“假离婚”为由否定离婚协议的效力。“假离婚”并非法律概念，双方当事人婚姻登记机关登记离婚起，双方身份关系即已解除。离婚的目的并不影响对双方当事人之间身份关系的判断。然而，如果根据双方当事人在签订协议前后所进行的相关行为，可以认定离婚协议并非双方当事人的真实意思表示，应认定离婚协议中关于财产分割的条款无效，对相应的财产进行重新分割。

如案例三中，根据双方当事人在办理离婚登记前后的多次聊天记录，可以认定双方离婚协议系为购买房产达成的虚假意思表示。因此，虽然双方已办理离婚登记而使得人身关系不能回转，但离婚协议中的财产约定非当事人的真实意思表示，法院应判定无效并对相应的财产重新进行分割。

3. 审查离婚协议是否约定将夫妻共同共有房产赠与未成年子女

如果夫妻双方在离婚协议中约定解除夫妻身份关系的条件之一是将共有房产赠与未成年子女，一方事后反悔会破坏离婚协议的整体性且有违诚实信用原则。因此在婚姻关系解除后，一方以房产产权尚未变更，仍处于共有财产状态为由主张撤销之前的赠与行为要求重新分割的，法院不予支持。

根据合同相对性原则，若离婚协议中约定子女享有房产赠与的交付请求权，则子女享有直接请求交付的权利；若未作此类约定的，则子女不享有请求权，无权作为适格主体提起诉讼。



扫码查看《离婚后财产纠纷案件的审理思路和裁判要点》全文。

形式减资情形下股东不承担赔偿责任

来源：法务部观察

日期：2022年1月18日

一、问题的提出：（2019）最高法民再144号案

2008年11月，甲公司投资5000万元设立乙公司。2011年12月13日，甲公司与丙公司等四方签订《增资扩股协议书》，约定丙公司以货币资金出资9800万元入股乙公司，丙公司分三次将9800万元汇入乙公司。2012年7月13日，甲公司与丙公司等四方作出会议决议，四方终止合作。

2012年9月18日和10月11日，丁公司和戊公司分别出资2000万元和4000万元入股乙公司，乙公司注册资金由5000万元增至11000万元。2013年1月6日，乙公司在某日报发布减资公告，公司注册资本由11000万元减至3000万元。2013年1月10日，乙公司召开全体股东会议，决定将公司注册资本11000万元减至3000万元，股东丁公司和戊公司的出资全部撤出，甲公司以其经营期间亏损为由将出资从5000万元减至3000万元，但并未实际抽回2000万元资金。

2014年7月11日，丙公司与乙公司在履行《增资扩股协议书》过程中发生纠纷并引发诉讼，法院判决乙公司返还丙公司投资款1500万元及利息。案件执行过程中，法院作出裁定追加甲公司为被执行人，由甲公司在其抽逃注册资金2000万元的范围内对丙公司承担责任。

甲公司提出异议，法院裁定认为，甲公司在未通知债权人的情况下，提供虚假材料申请减资 2000 万元的变更登记，违反减资程序的规定，致使被执行人乙公司无可供执行财产，该行为应认定为名为减资，实为抽逃出资，裁定驳回甲公司的异议。甲公司提起案外人执行异议诉讼。

本案的焦点问题在于，减资程序违法的情形下，形式上减资是否构成抽逃出资？对此，最高院的二巡法官会议提出了两种截然相反的观点：

否定说：股东抽逃出资导致公司责任财产减少，本质上是股东侵犯公司财产权的行为，故应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。尽管操纵公司违反法定程序减资是股东抽逃出资的一种方式，但如果在公司减资过程中股东并未从公司中抽回出资、未导致公司责任财产的减少，此种减资仅为形式上的减资。形式减资情形下，股东没有利用公司的减资程序侵犯公司的财产权，没有损害公司债权人的利益，因此不能仅以公司减资程序不合法而认定股东应承担抽逃出资的责任。

肯定说：公司减少注册资本应遵守严格的法律程序，包括通知债权人并按照债权人要求提供担保或者清偿债务。公司注册资本减少，意味着公司责任财产减少、偿还债务能力降低，对公司债权人的债权实现具有不利影响。当公司未按法律规定进行减资且导致在减资之前形成的债务不能得到清偿时，公司股东应承担抽逃出资的责任。

最终，法官会议意见采纳了否定说，其认为：“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。

——参见贺小荣主编：《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

最高院在意见中对于“形式减资”与“实质减资”的区分颇有玩味之处，而形式减资下虽有程序瑕疵，却不构成抽逃出资的观点也不免令人耳目一新。一时间，瑕疵减资也可能使得股东无须担责的观点甚嚣尘上。但事实果真如此？本文拟就实务中形式减资的相关问题予以探讨，以求对此问题探个究竟。

二、为何区分“实质减资”与“形式减资”？

实质减资是指减少公司注册资本的同时，将一定金额从公司返还给股东，从而减少公司净资产的减资形式。形式减资是指只减少公司注册资本额，注销部分股份，不会导致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。

减资具有存在的合理性：一方面，公司运营过程中可能存在预定资本过多的情况，从而造成资本过剩，闲置过多的资本显然有悖于商事效率原则，因此，如果允许减少注册资本，投资者就有机会将有限的资源转入生产更多利润的领域，从而能够避免资源的浪费，这是实质性减资的合理性所在；另一方面，公司的营业也可能出现严重亏损，公司资本已经不能真实反映公司的实际资产，公司注销部分股份，而不返还股东，由股东承担公司的亏损，使得公司的注册资本与净资产水准相符，有利于昭示公司的真正信用状况，反而有利于交易的安全。

[i]

公司实质减资伴随着净资产的流出，会降低公司的偿债能力，在一定程度上会影响债权人的权益。为防止减资对公司外部债权人权益的影响，我国《公司法》规定了减资要履行要式法律程序。由于我国《公司法》并未规定瑕疵减资所要承担的法律后果，司法审判实践中通常是比照股东抽逃出资，按照《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，由减资股东在其减资本息范围内对公司债务承担补充赔偿责任。而对于形式减资而言，最高院以及不少学者都认为，其仅涉及账面上的调整，并无财产返还给股东，并不会降低公司的实际偿债能力。形式减资正是为了保护公司潜在债权人的利益而设定的，避免潜在债权人基于公司账面资本数额与公司交易而受到损失。在此类情况下，履行严格的

债权人保护程序只会增加不合理的费用，违反效率原则。[ii]

事实上，不少国家都对公司经营亏损达到一定额度时必须进行减资有严格的规定。法国公司法规定，当股份有限公司的净资产少于其注册资本总额的一半以上时，该公司必须减资。西班牙《公司法》也规定，当公司累计亏损额持续两年以上达股本总额三分之一以上时，该公司必须减资，此时债权人无权反对公司减资。《俄罗斯联邦民法典》第90条第4项规定“如果在第二个财政年度结束时或每后一个财政年度结束时，有限责任公司的净资产价值少于注册资本，公司应宣告减少其注册资本，并按规定程序进行注册，如果公司的上述净资产价值少于法律规定的最低数额，则公司应进行清算。”

遗憾的是，我国《公司法》对于减资仅作程序性要求，并未对减资的情形作出实质性要求，因此，在司法实践中造成了一定的困惑和争议

三、司法实践对于形式减资的分歧

通过检索实践中的相关案例，笔者发现人民法院对于形式减资的认定倾向仍有较大分歧。其中，不少法院坚持认为实质减资与形式减资的区分“于法无据”。这类判决采用结果导向，仅以注册资本减少判断是否构成减资，只要注册资本减少若未履行减资法定程序，则股东即要承担相应责任。该类判决的逻辑在于认为外部债权人对注册资本有信赖利益，注册资本的改变会侵害债权人利益，因此股东仍需要在工商登记减资的范围内承担责任。相关案例如下：

案例 1：（2018）渝民终 100 号【重庆市高级人民法院】

人民法院认为：虽然公司法理论上对减资有实质减资和形式减资的区分，但我国现行公司法并未明确区分，且公司减资无论是实质减资或形式减资，减资的受益人均系股东，故在本案中，曾跃华、曾裔全、曾裔银应在工商登记减资的范围内承担责任。即曾跃华在减少出资 1303.9 万元，曾裔全减少出资 434.6 万元，曾裔银减少出资 434.6 万元的范围内承担责任。基于上述理由，昌隆达公司进行司法审计的申请已无必要。昌隆达公司关于曾跃华、曾裔全、曾裔银应在 2180 万元内承担责任的上诉理由成立，本院予以支持。

案例 2：（2021）粤 01 民终 1253 号【广东省广州市中级人民法院】

人民法院认为：黄结豪、张小波、张明军、张欣主张鼎方公司并未向其支付减资款，未实际减资，案涉减资未影响鼎方公司的偿债能力，但如前所述，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，且黄结豪、张小波、张明军、张欣亦未能提供充分证据证实鼎方公司未向其支付减资款，故本院对黄结豪、张小波、张明军、张欣的上述主张不予支持。

另一方面，虽然也有不少法院区分了实质减资与形式减资，但也不尽然认可涉案减资系形式减资。这类减资可能从外观上看，无净资产流向股东，即在形式上符合形式减资的表征，但该类情况是否可以就认定为系“形式减资”，股东无需承担责任，并不能一概而论。相关案例如下：

案例 3：（2020）沪民再 28 号【上海市高级人民法院】

人民法院认为：首先，梅斯公司 2014 年 7 月设立时，股东认缴注册资本 2,000 万元，至 2015 年 12 月 31 日梅斯公司实缴资本为 500 万元。梅斯公司减少的是股东认缴的尚未实缴的注册资本。且梅斯公司在庭审中表示其无法提供相关的资产负债表。故杨嘉林等辩称梅斯公司系形式减资，没有任何事实依据，本院不予采信。其次，梅斯公司未履行法定通知义务，直接通知博达公司。尽管公司法规定公司减资时的通知义务人是公司，但公司减资系股东会决议的结果，是否减资以及如何减资完全取决于股东的意志。杨嘉林、陈桂兰在通知债权人一事上亦未尽到合理的注意义务。梅斯公司的瑕疵减资，减少了债权人得以信赖的担保财产，降低了公司的对外偿债能力，对博达公司的债权造成实际的侵害。杨嘉林、陈桂兰作为梅斯公司的股东作出减资决议客观上降低了梅斯公司的偿债能力，产生了和股东抽逃出资一致的法律后果，应对梅斯公司不能清偿的部分在减资范围内承担补充赔偿责任。第三，梅斯公司股东陈桂兰虽未减资，但股东会决议由杨嘉林、陈桂兰共同作出。陈桂兰同意杨嘉林的减资，导致公司无法以自身财产清偿债务的后果，陈桂兰应与减资股东杨嘉林在减资范围内承担连带责任。

案例 4：（2020）粤 01 民终 12283 号【广东省广州市中级人民法院】

人民法院认为：黄立恩、黄广源、王奕元、陈镇雄认为其已履行出资义务、潮府馆公司的减资属于形式减资，其不需承担责任，缺乏

法律依据，本院不予采信。

案例 5：（2019）苏 05 民终 9614 号【江苏省苏州市中级人民法院】

人民法院认为：关于许科、沈琳抗辩主张仅系形式减资进而不应承担责任的的问题，首先，仅凭其二审举证的验资报告、记账凭证和交易流水，并不足以证实案涉减资决议项下的减资行为系形式减资。其次，在该减资程序存在瑕疵未履行提前书面通知已知债权人农行吴中支行义务的情形下，对于农行吴中支行而言，减资决议对其不发生效力，其仍有权请求按照减资前的注册资本主张股东承担责任，故许科、沈琳的该项抗辩主张不能成立。

案例 6：（2020）鲁 02 民终 4803 号【山东省青岛市中级人民法院】

人民法院认为：公司法并未明确区分实质减资与形式减资，但从减资行为的发生以及法律后果来看，两者有着完全不同的性质。形式减资只是减少注册资本额，注销部分股份，其结果并不减少公司的净资产，目的是为了实公司资产与公司资本的真实回归。而实质减资在减少注册资本的同时，将一定的资产返还给股东，减少了公司的净资产，直接影响公司债权人的利益，其行为违反了公司资本维持的根本原则，行为人应承担相应的责任。本案中，被上诉人提交资产负债表及税务机关的纳税申报表均为其单方制作，且资产负债情况及纳税申报与公司的偿债能力并没有直接关联性，仅凭该证据无法证明青义公司减资行为的正当性。被上诉人提交的验资报告中明确载明公司减

少的注册资本实际归还被上诉人，虽然青义公司账目中并没有款项转账记录，但作为掌握公司账目的一方，其提交的账目并未经审计确认，同时也无法排除被上诉人通过其他途径收回出资的情况存在。在无其他充分证据反驳的情况下，本院对该验资报告中的审验结果予以确认。上述事实表明，青义公司的减资属于实质减资，该减资行为减弱了青义公司清偿职务的能力，侵害了债权人的利益。

案例 7：（2020）苏 01 民终 11565 号【江苏省南京市中级人民法院】

人民法院认为：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。

四、如何让人民法院认可形式减资？

实践中，如果公司主张减资行为并未影响公司的实际偿债能力，公司需要就“构成形式减资”承担证明责任，一般认为仅提供资产负债表或纳税申报表无法达到证明标准，须经外部审计机构予以审计确认。

在(2021)浙 02 民终 3001 号案中，宁波永敬会计师事务所有限公司出具了《宁波洁达新材料有限公司股东减资资金去向的专项审计报告》，该报告载明：“除对账单短缺造成原因外，银行存款未发现支付给股东马剑波、陆群英的款项。账面上股东减少注册资本后的减资

额去向挂账在其他应付款科目的贷方”。

据此人民法院认为：“尽管洁达公司在减资中未通知浙商资产公司，浙商资产公司也未在洁达公司减资公告期间要求洁达公司清偿债务或提供相应担保。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。”

可见，在该案中，在债权人无法证明被告股东在减资中获利且公司偿债能力因减资降低的情况下，法官认可了《审计报告》中所述减资资金未支付给该案被告股东的结论，进而认为公司注册资本减少并未导致公司清偿债务能力的下降。同样，在(2018)苏05民终7383号案中，由于公司对于减资行为进行了专项审计，法院认可了形式减资并未影响公司的偿债能力，未从公司收取减资款的股东无须就瑕疵减资承担责任。

与之相反，在(2020)鲁02民终4803号案中，人民法院认为：“被上诉人提交资产负债表及税务机关的纳税申报表均为其单方制作，且资产负债情况及纳税申报与公司的偿债能力并没有直接关联性，仅凭该证据无法证明青义公司减资行为的正当性。被上诉人提交的验资报告中明确载明公司减少的注册资本实际归还被上诉人，虽然青义公司账目中并没有款项转账记录，但作为掌握公司账目的一方，其提交

的账目并未经审计确认，同时也无法排除被上诉人通过其他途径收回出资的情况存在。在无其他充分证据反驳的情况下，法院对该验资报告中的审验结果予以确认。上述事实表明，青义公司的减资属于实质减资，该减资行为减弱了青义公司清偿职务的能力，侵害了债权人的利益。”

该案中，虽然人民法院认可了实际减资和形式减资存在区别，但其认为仅凭涉案公司的资产负债表及税务机关的纳税申报表无法证明公司的偿债能力并未降低，且由于未经第三方审计，证明力较弱；相反，涉案公司提交的验资报告明确载明了公司减少的注册资本实际归还了股东，进而认为涉案公司减资属于实质减资。

因此，审慎起见，我们建议如实践中进行形式减资，应由外部审计机构对公司的减资行为予以专项审计，并出具《审计报告》。该等《审计报告》需要达到的效果是：第一，证明不存在股东通过公司减资获得利益的情况；第二，公司现有净资产总数足以清偿债权，公司没有因为减资而降低清偿债务的能力。

五、形式减资下，股东是否仍须承担责任？

如前述(2019)最高法民再144号案，许多案例支持在公司构成形式减资的情形下，即便存在减资程序上的瑕疵，股东不构成抽逃出资，亦不承担责任。如最高院在其法官会议中所述：“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。” [iii]相关案例如下：

案例 8：（2021）浙 02 民终 3001 号【浙江省宁波市中级人民法院】

人民法院认为：本案的争议焦点为：马剑波、陆群英要不要对洁达公司对浙商资产公司所负担的慈溪市人民法院（2013）甬慈商初字第 371 号民事判决确定的债务各自在减资的范围内承担补充赔偿责任。根据验资报告，洁达公司已足额缴纳了注册资本金，2016 年 1 月 3 日洁达公司作出《股东会决议》减少注册资本，其中马剑波减少出资 24904000 元，陆群英减少出资 3396000 元。洁达公司在减资中未通知浙商资产公司，浙商资产公司也未在洁达公司减资公告期间要求洁达公司清偿债务或提供相应担保。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。马剑波、陆群英签字确认的《关于确认减资债务担保说明的股东会决议》系为办理工商变更需要，并没有为未实际减资的公司债务提供担保。后洁达公司依法进行了工商变更登记，注册资本由 28800000 元变更为 500000 元。故一审法院驳回浙商资产公司的诉讼

请求，并无不当。浙商资产公司要求马剑波、陆群英对洁达公司对浙商资产公司所负担的慈溪市人民法院（2013）甬慈商初字第371号民事判决确定的债务各自在减资的范围内承担补充赔偿责任的上诉理由，与事实和法律规定不符，本院不予支持。

案例 9：（2018）冀 11 民初 173 号【河北省衡水市中级人民法院】

人民法院认为：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，在公司经营过程中，注册资本仅对公司承担责任的能力具有一般参考价值，公司对外承担责任的基础是公司的责任财产。公司注册资本减少并不必然导致公司清偿债务能力的下降。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。

案例 10：（2018）苏 05 民终 7383 号【江苏省苏州市中级人民法院】

人民法院认为：各股东承担责任的范围应以实际收取的减资额为限，南京银行主张以工商登记的减资金额作为确定各股东承担责任的范围，本院不予支持。首先，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，在公司经营过程中，注册资本仅对公司承担责任的能力具有一般参考价值，公司对外承担责任的基础是公司的责任财产。公司注册资本减少并不必然导致公司清偿债务能力的下降。其次，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。最后，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。

.....

汾湖小贷公司办理第二次减资手续后，天吴公司、华佳控股公司、章永忠、盛氏公司并未按照工商登记的减资金额从公司收取减资款。其中，天吴公司未从公司收取减资款，华佳控股公司、章永忠、盛氏公司分别收到退回的出资款 800 万元、680 万元、100 万元，但之后又将收到的款项退还给汾湖小贷公司。天吴公司登记的注册资本减少

未导致汾湖小贷公司清偿债务财产减少，华佳控股公司、章永忠、盛氏公司退回减资款的行为使汾湖小贷公司相应财产恢复至减资前的状态，故上述股东的减资行为未影响汾湖小贷公司清偿债务的能力，南京银行主张天吴公司、华佳控股公司、章永忠、盛氏公司承担第二次减资程序不合法的赔偿责任，不能成立。因金涛公司实际收取减资款 1060 万元，该公司应在收取减资款范围内对第二次减资之前成立的第一笔借款、第二笔借款项下债务承担补充赔偿责任。

案例 11：（2021）辽 01 民终 5397 号【辽宁省沈阳市中级人民法院】

本院认为：《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第 80 条规定，被执行人无财产清偿债务，如果其开办单位对其开办时投入的注册资金不实或抽逃注册资金，可以裁定变更或追加其开办单位为被执行人，在注册资金不实或抽逃注册资金的范围内，对申请执行人承担责任。股东抽逃出资行为本质上是股东侵犯公司责任财产的行为，导致公司责任财产减少。如果在公司减资过程中股东并未从公司抽回资产、未导致公司责任财产的减少，亦未损害债权人利益的，不能以减资程序不合法而认定股东抽逃出资。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；另外，就增资行为而言，只有当民事交易发生在增资之后，才能产生合理信赖，若民事交易发生在增资之

前，则无从作出信赖判断。上诉人的债权确定于 2001 年，系在盛大公司 2007 年的虚假增资行为发生之前，故对上诉人并未造成信赖利益上的损害。故一审认定谢文蕙不具有抽逃出资的行为，未追加其为被执行人并无不当。

案例 12：（2021）浙 02 民终 3001 号【浙江省宁波市中级人民法院】

本院认为：本案的争议焦点为：马剑波、陆群英要不要对洁达公司对浙商资产公司所负担的慈溪市人民法院（2013）甬慈商初字第 371 号民事判决确定的债务各自在减资的范围内承担补充赔偿责任。根据验资报告，洁达公司已足额缴纳了注册资本金，2016 年 1 月 3 日洁达公司作出《股东会决议》减少注册资本，其中马剑波减少出资 24904000 元，陆群英减少出资 3396000 元。洁达公司在减资中未通知浙商资产公司，浙商资产公司也未在洁达公司减资公告期间要求洁达公司清偿债务或提供相应担保。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。马剑波、陆群英签字确认的《关于确认减资债务担保说明的股东会决议》系为办理工商变更需要，并没有为未实际减资的公司债务提供担保。后洁达公司依法进行了工商变更登记，注册资本由

28800000元变更为500000元。故一审法院驳回浙商资产公司的诉讼请求，并无不当。浙商资产公司要求马剑波、陆群英对洁达公司对浙商资产公司所负担的慈溪市人民法院（2013）甬慈商初字第371号民事判决确定的债务各自在减资的范围内承担补充赔偿责任的上诉理由，与事实和法律规定不符，本院不予支持。

但与此同时也应注意到，正如上文所述，形式减资并不一定都不构成“抽逃出资”，如部分法院认为仅以债权人对公司注册资本的信赖利益为导向，该种情形下虽系形式减资，仍会被法院认定为系抽逃出资而要求承担责任。

六、形式减资下，是否仍须履行《公司法》177条的法定减资程序？

不少人可能认为，既然公司采取形式减资后，即便减资程序上有瑕疵，股东无须就瑕疵减资的范围承担责任，那么公司就是否就不用履行《公司法》177条下的法定减资程序呢？结论恰恰相反。

基于如下原因，笔者认为只要系公司减资（无论系实质减资还是形式减资）都仍然应当履行法定的减资程序：

1、 尽管最高院认可形式减资与实质减资有根本上的差异，但是各地法院的裁判口径不一。不但一些法院并不认可此种差异在法律上有迹可循，并且如何证明公司的偿债能力并未下降仍有待商榷：尽管从目前支持形式减资的案例来看，对减资进行专项审计是针对不确定的证明标准的有力策略，但不能排除即便经外部审计，法院依然不认可的可能性。

2、无论形式减资或实质减资，公司在瑕疵减资的情形下都会承担行政责任。《公司法》第204条规定，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。最高院虽然认可形式减资下的程序瑕疵不会侵害公司的财产权，亦不会损害公司债权人的利益，但其仍然强调：“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。”^[iv]

因此，公司需减资时，应当履行完整的法律程序，确保债权人有机会在公司责任财产减少之前作出要求清偿或提供担保的决定。通知已知债权人并根据债权人的要求进行清偿或者提供担保，是相应减资程序对该债权人发生法律效力、股东在减资部分免责的必要条件。虽然通知义务在公司，但股东对公司的通知义务是否履行有注意义务，同时，公司办理减资手续需股东配合；且股东是公司减资行为的决策者对公司未履行减资程序行为应为明知。为此，公司减资未依法通知债权人，无论是否实际减资，无论是否支持减资，甚至无论是否参与减资决议的表决，公司股东均可能被债权人要求对公司债务承担补充清偿责任，而股东之间对债权人承担连带责任。（相关案例可见（2018）粤01民终18453号、（2019）京01民终1366号、（2017）沪民申1732号）。

注记

[i] 宋燕妮，赵旭东主编：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社2018年版，第339-340页。

[ii] 参见张玲云：《试论减资方式多元化对公司债权人利益保护原则的影响》，华东政法大学2009年硕士学位论文，第13-14页。

[iii] 贺小荣主编：《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。

[iv] 贺小荣主编：《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。

民法典保证期间相关规定在破产程序中的适用

来源：人民司法

单位：北京市第一中级人民法院

作者：郑伟华、刘琦

日期：2021年02月09日

【内容提要】

债务人破产并不必然导致未到期保证债务提前到期，保证期间的计算有约定从约定；当事人未约定保证期间、约定不明或者约定不符合法律规定时，因债务人破产属于主债务履行期限届满情形之一，保证期间应自法院受理债务人破产之日起算。主债务人破产，债权人可以向债务人申报债权，也可以直接向保证人主张权利，一般保证人丧失先诉抗辩权，保证方式变为连带责任保证，债权人直接向保证人主张权利的，保证期间自债权人向保证人主张权利时停止计算。保证人破产，债权人既可对债务人提起诉讼或申请仲裁，也可以直接向保证人申报债权，一般保证人虽丧失先诉抗辩权，但保证方式不变，仍应承担补充清偿责任，债权人向保证人申报债权或向债务人提起诉讼、申请仲裁均产生保证期间停止计算的法律后果。

【目次】

一、主债务人破产时保证期间的计算

二、主债务人破产时债权人在保证期间的行权方式

三、保证人破产时保证期间的计算及债权人的行权方式

保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，债权人未在保证期间内主张相应权利，保证期间经过，保证人不再承担保证责任。保证期间一方面能够明确保证人的责任范围，避免保证人无限期地承担责任，另一方面能够督促主债权人及时行使权利。民法典及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称担保制度解释）对保证期间作出了相关规定，但未明确债务人及保证人破产时保证期间如何计算，而保证期间的计算在破产程序中具有特殊性，同时，保证期间的计算也关系到保证人在破产程序中责任的承担，因此有必要对保证期间在破产程序中的适用问题进行探讨，以便相关主体获得合理预期，及时行使权利。

一、主债务人破产时保证期间的计算

保证期间由始期和终期构成，保证期间的始期不同于保证合同成立或生效的时间，债权人开始有权请求保证人承担保证责任的时间即为保证期间的始期，即保证期间应从债权人开始有权请求保证人承担保证责任的时间计算。在主债务人破产情形下，保证期间如何计算，主要涉及保证期间始期及终期的确定。

（一）主债务人破产并不导致未到期保证债务提前到期并起算保证期间

依据民法典第六百九十二条的规定，当事人可以约定保证期间。当事人对保证期间有约定的，保证期间的始期应当从约定；当事人无

约定、约定不明或约定不符合法律规定的，应当依法确定，即自主债务履行期限届满之日起算。但在主债务人破产时，依据企业破产法第四十六条之规定，未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。那么，在主债务因破产加速到期的情况下，尚未到期的保证债务是否提前到期并开始计算保证期间？对此，民法典、企业破产法及相关司法解释均未作出规定。有的观点认为，基于保证合同的从属性，保证期间不能脱离主债务的履行期间单独起算，在主合同因法定原因而提前履行时，从合同的保证人也应提前履行保证责任。有的观点则认为，虽然破产案件的受理使主债务提前履行，但保证人并未进入破产程序，所以不受企业破产法第四十六条规定的限制。破产申请受理时主债务尚未到期的，保证人无提前清偿义务，债权人须在主债务到期后方可向保证人求偿。

笔者赞同第二种观点。

首先，从担保的从属性来看，似乎可以得出第一种观点，即主合同因法定原因提前履行时，从合同的保证人亦应提前履行保证责任。并且，民法典对担保法关于担保合同的从属性可由当事人约定排除的规定未予采纳，进一步强化了担保合同的从属性。担保制度解释第2条、第3条明确了担保责任在效力和范围等方面均具有从属性，即当事人约定的保证责任范围大于主债务的，超出主债务部分的约定应属无效，从而使担保责任缩减至主债务的范围。但是，再进一步分析，从担保合同的从属性可以得出保证债务的范围及强度不得大于主债务的结论，以实现保护担保人的功能与目的，而对于保证债务的范围和强度小于主债务则并不被禁止。担保的从属性应当视为一种单方向

的限制，即仅限制保证债务范围及强度不得大于主债务，而非确保保证债务的内容与范围和主债务完全一致。换言之，在法律并无明确规定的情况下，担保的从属性无法证成未到期保证债务因主债务人进入破产程序而提前到期，债权人有权要求保证人承担保证责任的时间晚于要求主债务人承担责任的时间，这一点并不违反担保的从属性原则，亦不为法律所禁止。

其次，从企业破产法的规定来看，对债权人与保证人的权利义务而言，企业破产法及相关司法解释规定债权人对保证人所享有的权利不受重整计划、和解协议影响，债务人破产后，债权人有权在破产程序中申报债权的同时请求担保人承担担保责任。这些规定均体现立法不欲因债务人进入破产程序而影响债权人对保证人的权利，即不欲以企业破产法调整未破产的保证人与债权人之间的关系，双方权利义务仍应当依据民法典及双方约定予以确定，以尽量维护交易秩序和当事人的合理预期。进而，基于私法自治原则，法律行为产生何种法律效果，取决于当事人的意思表示。在当事人已经约定保证期间的情况下，法律未作特殊规定时，保证人即应当依据双方约定的期限承担保证责任。保证人不提前承担保证责任并不会损害债权人原依法律及合同存在之任何既得利益，反之，要求保证人提前履行保证责任，则会损害保证人原依保证合同享有的正当权益。主债务人破产时，保证人未到期的保证责任不能视为到期，否则便是因他人的过错或原因而加重保证人的责任。并且，保证人拥有的期限利益并非是不承担保证责任，而是主张在保证责任到期后再履行保证责任，无提前履行的义务。

再次，相较于担保法更侧重于保护债权人的利益，民法典对于债

权人、担保人和主债务人之间利益衡平进行了重新考量，对于担保从属性的坚守、保证期间的强制适用、保证人抗辩权的扩充等都是为了平衡债权人、保证人的利益。而保证期间制度的设立更是侧重于保障保证人权益，其设置的目的在于避免保证人旷日持久的责任风险以及债权人一方绝对的优势地位。在法律允许当事人就保证人承担保证责任作出约定的情况下，应当尊重当事人的意思表示，债权人通过自行约定可以获得充分保障，无需通过法律解释扩大保证债务提前到期的情形，否则将导致对于债权人权益的过度保护，而不符合民法典利益平衡之政策考量。

（二）主债务人破产时保证期间始期与终期的确定

依据民法典第六百八十一条之规定，保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。相较担保法，民法典增加了发生当事人约定的情形时保证人承担保证责任这一规定，这是对担保法进行的实质性修改，拓展了上述规定适用的空间。

据此，当事人可以约定主债务人破产为保证债务加速到期之情形。从金融实践来看，各专业银行所签订的抵质押等合同中，大多已经就主债务人、担保人破产或者解散，影响主债务人偿债能力或者缺乏偿债诚意的行为，如擅自变更贷款用途、擅自变更企业体制、卷入重大诉讼等情形作出了约定。如当事人明确约定主债务人破产时，保证人应当承担保证责任，保证期间提前起算，那么应当从其约定。

如当事人未就债务人破产情况作出特殊约定，但对于保证期间的起算标准或起算方式作出约定的，保证期间的始期取决于当事人的具

体约定。如果当事人明确约定保证期间始期为确定的日期，亦未约定提前起算的情形，则应尊重双方当事人的意思表示，保证期间不因主债务人进入破产程序而提前起算。如当事人约定保证期间自主债务履行期限届满之日起算，或当事人对于保证期间未作约定、约定不明或约定违反法律规定时，保证期间均依法自主债务履行期限届满时起算。此时涉及对于主债务履行期限届满的理解。

对此，有的观点认为，在主债务人破产时，无论主债务是否到期，依据企业破产法第四十六条之规定均视为履行期限届满，因此债务人破产时，债权人均有权请求保证人承担保证责任。

笔者认为，这一理解适用于当事人约定保证期间自主债务履行期间届满起算或未约定保证期间的情形。关于履行期限届满，民法典虽未作出明确界定，但从民法典第六百九十二条之规定来看，主债务履行期限届满不应限于合同正常履行情况下主债务原履行期间届满的情形，还应当包括主债务人预期违约、破产等履行期限提前届满的情形。法律允许当事人就保证人承担保证责任的情形自行约定，可以包括主债务人预期违约、破产等情形，此时显然涉及保证人在原约定的主债务履行期限届满前承担保证责任的情形。

如认为民法典第六百九十二条规定的主债务履行期限仅指当事人约定的原履行期限，那么当事人上述约定将因违反民法典关于“保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定”之规定而无效，这显然并非立法本意。

事实上，民法典上述规定系基于担保责任的从属性，限制保证责任先于主债务人的清偿责任产生，因此，无论主债务履行期间因何原

因届满，只要保证期间自主债务履行期限届满之后开始计算，即不违反上述法律规定。因此，在法律解释上，民法典第六百九十二条所规定的主债务履行期限届满包含债务人破产这一债务提前到期之情形。在因当事人约定或依法律规定，保证期间自主债务履行期限届满起算时，因主债务人破产属于主债务履行期限届满的情形之一，此时保证期间应当依法起算。

在确定保证期间的始期之后，保证期间的终期主要取决于保证期间的长度。依据民法典第六百九十二条之规定，保证期间不得中止、中断和延长。保证期间的长度涉及保证人可能承担保证责任的期限。保证期间的目的是使保证人在特定时间经过且未受权利主张时即能够免责，如果保证期间能够被延长，将使保证人提供担保时所预期的免责条件发生变化，不合理地增加保证人的负担。

因此，通常观点认为保证期间为不变期间，其长度是确定的，不因任何事由发生变化。在当事人明确约定保证期间的长度或根据当事人关于始期与终期的约定能够确定保证期间的长度时，即便保证期间提前起算，仍应当保持保证期间的长度不变，即将保证期间在时间轴上横移至提前的始期发生点。如当事人并未约定保证期间的长度，或约定不明无法确定保证期间的长度，则应当依据民法典规定确定为6个月。

二、主债务人破产时债权人在保证期间的行权方式

主债务履行期限届满后至保证期间完成前，保证人是否最终承担保证责任处于待确定状态，须在保证期间内基于债权人单方的特定行为来结束这一状态，转化为确定发生或确定不发生的状态，因此，确

定该特定行为，即债权人主张权利的法定方式至关重要。债权人只有在保证期间内依法定方式主张了权利，才能要求保证人承担保证责任，否则保证责任消灭。民法典虽对于保证期间内一般保证及连带责任保证债权人主张权利的方式进行了明确规定，但债务人或保证人进入破产程序将变更保证人承担保证责任的方式，从而导致债权人在保证期间主张权利的特定方式发生变化。

（一）主债务人破产导致保证方式均变为连带责任保证

依据民法典第六百八十六条的规定，保证的方式包括一般保证和连带责任保证。一般保证与连带责任保证的根本区别在于，一般保证承担的责任性质为补充责任，其责任的补充性是通过先诉抗辩权这一防御性权利来实现的。先诉抗辩权指的是一般保证的保证人在主合同纠纷未经判决或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，享有拒绝向债权人承担保证责任的权利。享有先诉抗辩权的一般保证人仅为第二顺序的债务人，债权人在对第一顺序债务人追索前，不能从一般保证人处获得清偿。

民法典第六百八十七条第二款对于一般保证人享有先诉抗辩权及例外情形作出规定：“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：（一）债务人下落不明，且无财产可供执行；（二）人民法院已经受理债务人破产案件；（三）债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；（四）保证人书面表示放弃本款规定的权利。”

依据上述规定，在主债务人破产的情况下，一般保证的保证人不再享有先诉抗辩权。

上述除外情形发生时，一般保证人丧失先诉抗辩权将导致的法律后果，目前有不同观点。有的观点认为，一般保证人丧失先诉抗辩权时，即承担连带保证责任。有的观点则认为，当先诉抗辩权因保证人或债务人进入破产程序而被取消时，债权人有权在无法先行向债务人求偿的情况下提前向一般保证人求偿，但这时一般保证人应承担补充性责任的基本原则并不改变。

对此笔者认为，保证人破产与债务人破产涉及的情形并不相同，应分别考察。保证人破产的情形将在下文中予以详述。在主债务人破产时，保证人丧失先诉抗辩权之后果，可以首先从法律解释角度予以考察。

根据上述规定，一般保证人丧失先诉抗辩权的情形除债务人破产外，还包括保证人书面表示放弃该权利等。在保证人自愿放弃其顺序利益时，应尊重当事人意思自治，认为其不再承担第二顺位的补充责任。那么为同一法律条款所并列规定的丧失先诉抗辩权的情形，债务人破产自然也应当产生相同的后果。

同时，从文意解释角度，应当认为民法典已经明确规定了丧失先诉抗辩权的法律后果，即一般保证人丧失“在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任”之权利，保证人之无权拒绝意味着债权人有权主张，即应当理解为债权人无需对于主债务提起诉讼、申请仲裁或

强制执行，即可以直接向保证人主张保证责任。

同时，考察先诉抗辩权的本质，应当认为先诉抗辩权是一项实体上的权利，而非仅为诉讼上的抗辩权，其目的是实现一般保证人的补充责任。补充责任需要通过直接责任人和补充责任人实现担责的顺序性予以控制，只有直接责任人财产不足以清偿债务时补充责任人才有担责义务，因此顺序性在逻辑上系补充责任的本质属性。先诉抗辩权的实质在于赋予一般保证人享有顺序利益或先诉利益。在丧失上述权利时，一般保证人自然因丧失顺序利益而不再承担补充责任，此时保证方式由一般保证转变为连带责任保证。

（二）主债务人破产时债权人向保证人主张权利的特定方式

民法典第六百九十三条规定，一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。同时担保制度解释第27条对于一般保证的债权人主张权利的方式作了补充规定，即债权人取得对债务人赋予强制执行效力的公证债权文书后，在保证期间内向人民法院申请强制执行。上述规定明确只有债权人通过特定方式行使权利，才能发生保证责任确定、保证期间停止计算的法律效力。考察民法典上述规定，主要针对不同的保证方式规定了债权人行使权利的不同方式。在债务人破产的情形下，保证方式可能因债务人破产而发生变化，此时债权人行使权利的特定方式是否亦发生变化，值得进一步探讨。

当保证方式为连带责任保证时，因保证人对债务人负有连带清偿

责任，不因债务人进入破产程序而受到影响，连带责任保证方式并未发生变化，此时债务人进入破产程序未变更债权人主张权利的特定方式，债权人仍应当依据民法典之规定在保证期间直接请求保证人承担保证责任。

当保证方式为一般保证时，在债务人破产的情况下，一般保证即转化为承担连带保证责任，此时依据民法典第六百九十三条关于连带责任保证之规定，应当允许债权人采取连带责任保证之主张权利的方式，即直接请求保证人承担保证责任。这也与债务人破产时债权人在破产程序中行使权利的方式相适应。在债务人破产的情况下，债权人针对债务人提起诉讼、申请仲裁或强制执行可能存在法律障碍。破产程序作为一种集体清偿程序，要求对所有的债权人作出公平清偿。依据企业破产法及相关规定，破产程序启动后，债权人不得提出针对债务人的给付之诉，亦不得针对债务人财产申请个别执行。

关于债权确认之诉，依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》（以下简称破产法解释三）之规定，在债权人对于债权表记载的债权有异议时，需在管理人解释或调整（或不予解释或调整）后再行提起诉讼。这一规定即考虑诉讼程序的复杂可能牺牲破产程序的效率价值，为了减少不必要的诉讼，节约司法资源，提高破产程序的效率，因此规定了债权确认诉讼的前置程序。因此在债务人破产的情况下，如仍要求一般保证之债权人必须对债务人提起诉讼、申请仲裁或强制执行，可能导致债权人或因面临法律障碍无法在保证期间提起，或因拖延破产程序、浪费司法资源

而不被立法所鼓励。此时应当允许一般保证的债权人直接请求保证人承担保证责任，并认可其为保证期间债权人主张权利的一种方式。

但应当进一步讨论的问题是，此时如果债权人仍依据民法典关于一般保证之规定，对债务人提起诉讼或申请仲裁，是否发生保证期间停止计算之效果？在保证方式已经变更为连带责任保证的情况下，似乎不应准许债权人仍然依据一般保证的行权方式主张权利，但在因债务人破产而导致保证方式变更的情况下，应当考虑因法律规定而变更的保证方式与当事人的约定并不一致，债权人缺乏合理预期。

同时，还应考虑债务人破产程序启动的时间是否在一般保证债权人对于债务人提起诉讼或者申请仲裁之后。具体而言，如果在债务人进入破产程序前，一般保证的债权人已经对债务人提起诉讼或申请仲裁，那么依据民法典之规定，因债权人的特定行为，保证期间已经停止计算，此后债务人再进入破产程序，已经无需考虑保证期间的相关问题，仅涉及诉讼时效的计算，债务人破产程序自然不会对于保证期间及债权人主张权利的方式产生影响。

如果在债务人进入破产程序时，债权人尚未依法主张权利，此时债权人虽可以直接请求保证人承担保证责任，但债务人破产这一情形可能并非为债权人及时知晓并调整行权方式，如债权人未获知债务人破产这一事实，其可能仍按照一般保证之行权方式，对债务人提起诉讼或申请仲裁，而未在保证期间届满前直接向保证人主张权利。此时虽不符合连带责任保证债权人主张权利的方式，但债权人仍系依据双方约定的保证方式行使权利，既符合民法典之规定，亦符合当事人预

期，应当对于债权人行为的效力予以认可。

同时，担保制度解释第28条规定：“一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁，债权人举证证明存在民法典第六百八十七条第二款但书规定情形的，保证债务的诉讼时效自债权人知道或者应当知道该情形之日起开始计算。”依据上述规定，在发生民法典第六百八十七条规定的但书情形时，债权人对债务人提起诉讼或者申请仲裁仍可引发不再计算保证期间，进而需要确定诉讼时效起算点的问题，即仍认可债权人对债务人提起诉讼或者申请仲裁为债务人破产情况下一般保证的债权人主张权利的方式。

三、保证人破产时保证期间的计算及债权人的行权方式

（一）保证人破产时保证期间的计算

关于保证人破产时保证期间是否仍然适用，民法典及企业破产法均未作出特殊规定，但因市场主体是以非破产法规范为基础展开竞争的，如果破产的事实可以改变这些规则，会使得市场主体基于不当动机申请破产，并获取额外利益，因此，在法律并未作出特殊规定时，实体法律规则在破产程序中仍然应当适用。民法典基于保护保证人、督促债权人及时行使权利的立场，专门在诉讼时效之外规定了保证期间制度，明确规定所有保证债务均有保证期间之适用，此所谓保证期间的强制适用主义，因此在保证人破产的情况下，亦应当适用保证期间之规定。

相较主债务人破产的情况，保证人破产时保证期间的计算较为简单。企业破产法第四十六条规定：“未到期的债权，在破产申请受理

时视为到期。”故保证人破产时，未到期的保证债务应视为到期。同时，破产法解释三第4条明确规定，主债务未到期的，保证债权在保证人破产申请受理时视为到期。

依据上述规定，保证人破产时保证期间始期的计算分为以下两种情形：保证人破产前保证债务已经到期，保证期间已经开始起算的，则保证人破产对于保证期间的计算不产生影响，保证期间仍应当依据当事人的约定或者法律规定予以确定；保证人破产时，如主债务尚未到期，或者约定的保证期间尚未开始起算，保证债务自保证人破产时视为到期，此时保证期间应当自保证人破产时开始起算，以保障债权人能够及时向保证人主张权利，依法申报债权。

关于保证期间的终期，与前述债务人破产的情形相似，如当事人约定了保证期间的长度，则仍应当从约定。比如当事人约定保证期间为1年，保证债务因保证人破产而加速到期，保证期间应当为法院裁定受理保证人破产之日起1年。如果当事人并未约定保证期间的长度，则依据民法典相关规则确定。

应当注意的是，在保证人破产程序中，债权人行使权利同时受到保证期间与破产程序中债权申报期限的限制。债权申报制度是破产这一集体清偿程序中的一项必备制度，只有通过债权申报，才能够确定有权参加清偿的债权人范围与清偿顺序。如当事人未按期申报债权，虽此后仍可以补充申报，但将承担一定的不利后果，此前已进行的分配，不再对其补充分配，为审查和确认补充申报债权产生的费用由补充申报人承担。如债权人在法律规定的最后期限之前未进行补充申

报，将无法在破产程序中行使权利并获得分配。

在破产清算程序中，即便保证期间尚未经过，但如果债权补充申报的最后期限已经经过，破产程序中已经进行最后的财产分配，此时当事人虽依据民法典之规定可向保证人主张权利，但依据企业破产法已无法进行债权申报并参与破产财产分配。破产清算程序终结后，破产的保证人将会被注销，债权人事实上已经无法要求保证人承担保证责任。但在重整及和解程序中稍有不同，当事人如未依据企业破产法申报债权，虽无法在重整计划及和解协议执行期间行使权利，但在执行完毕后可按照同类债权的清偿条件行使权利。

（二）保证人破产时债权人的行权方式

1. 保证人破产时保证方式不变

保证人破产时，连带责任保证的保证方式不因保证人破产而发生变化，相应的债权人主张权利的方式亦不受影响。本部分主要探讨承担一般保证责任的保证人破产情形。民法典第六百八十七条未将保证人破产作为一般保证人丧失先诉抗辩权的情形，但依据破产法解释三第4条之规定，保证人被裁定进入破产程序的，债权人有权申报其对保证人的保证债权。主债务未到期的，保证债权在保证人破产申请受理时视为到期。一般保证的保证人主张行使先诉抗辩权的，人民法院不予支持。同时，债权人在一般保证人破产程序中的分配额应予提存，待一般保证人应承担的保证责任确定后再按照破产清偿比例予以分配。

根据上述规定，保证人破产时，债权人即有权向保证人申报保证

债权。破产法解释三同时规定此种情形下，一般保证的保证人主张行使先诉抗辩权的，人民法院不予支持。但破产法解释三进一步规定，一般保证的保证人并不直接承担全部保证责任，此时只产生债权人有权先行向一般保证人求偿，但并不产生一般保证人承担连带保证责任的法律后果。

也就是说，保证人破产时，债权人虽可以在保证人破产程序中申报债权，但仍需待一般保证人应承担的保证责任确定后再按照破产清偿比例获得分配，即应当待主债务期满后，视主债务实际清偿的情况，再决定提存份额的最终分配。在确定保证人实际承担责任的范围及时间时，仍以债务人先行承担清偿责任为前提，此时一般保证人仍承担补充责任，其责任性质并未改变。

这样的制度设计，是因为一般保证人破产时其仍承担补充责任更符合担保法及司法解释关于一般保证责任的规定，因此，一般保证人仅承担补充责任，顺序性为补充责任的根本属性并不改变。目前法律规定一般保证人丧失先诉抗辩权的情形除当事人放弃权利外，均为债务人丧失清偿能力的情形，如债务人破产、下落不明且无财产可供执行等。在保证人破产时，如债务人未丧失清偿能力，此时并无理由变更保证人的清偿顺序及保证方式。如债务人已经丧失清偿能力，符合民法典第六百八十七条规定之情形，则一般保证依法变更为连带责任保证，此时亦与保证人是否进入破产程序无关。

同时，考虑对于保证人破产程序中其他债权人权益的保障，如保证人先行承担全部保证责任后向债务人追偿，其追偿的时间、能够获

得的清偿等均有不确定性，事实上破产案件进行到破产财产分配时往往具有不确定性，所以破产法解释三所规定的提存分配额和消减债权额措施是非常必要的，可以切实保障立法对一般保证人补充责任的规定。

2. 保证人破产时债权人主张权利的方式

虽保证人进入破产程序并未改变一般保证人承担保证责任的方式，但其仍影响债权人主张权利的方式。保证人破产时，可能存在主债务并未到期、保证债务因保证人破产而加速到期的情况，此时客观上债权人尚无法对债务人提起诉讼、申请仲裁或强制执行，即债权人无法依据民法典规定的方式主张权利。

同时，即便主债务已经到期，考虑破产程序作为一种集体清偿程序，依据企业破产法第五十六之规定，债权人须在一定期限内进行债权申报，否则将导致不利后果。如果等待债权人向主债务人提起诉讼、申请仲裁，乃至强制执行之后，方能允许其在保证人破产程序中申报债权，可能破产财产已经进行最后分配，此时债权人权益将无法得到保障。

因此，破产法解释三规定，保证人被裁定进入破产程序的，债权人有权申报其对保证人的保证债权，一般保证的保证人主张行使先诉抗辩权的，人民法院不予支持。这一规定应当理解为管理人不得以先诉抗辩权为由拒绝债权人的债权申报。一般保证人破产时，债权人可以直接向保证人主张权利，即在破产程序中申报债权，并作为债权人在保证期间内主张权利的法定方式，产生保证期间停止计算的法律效

果。

同时，因保证方式并未发生变化，保证人仍承担一般保证责任，且考虑债权人可能无法即时知晓保证人破产之情形，应认为债权人在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁仍发生保证期间停止计算的法律效力。但应当注意的是，此时债权人仍需依据破产法规定在保证人破产程序中申报债权，否则将不得在破产程序中行使权利。

另外，关于一般保证的债权人在保证人破产程序中获得分配的方式，破产法解释三规定了分配额提存措施，但对于提存的期限并未作出规定。依据企业破产法第一百一十九条的规定，破产财产分配时，对于诉讼或者仲裁未决的债权，管理人应当将其分配额提存。自破产程序终结之日起满两年仍不能受领分配的，人民法院应当将提存的分配额分配给其他债权人。一般保证人破产程序中，一般保证的债权人债权尚未确定的，是否亦应当适用上述提存期限之规定，即确定最长提存期限为两年？

从立法本意来看，企业破产法第一百一十九条是对于未决债权的分配额提存的规定，但其将未决债权限定为因诉讼或者仲裁未决的债权，即因债权人对于破产债务人提起诉讼或者仲裁，但因法院或仲裁机构未作出最终结果而尚未确定的债权。在一般保证人破产的情况下，一般保证责任尚未确定显然并非是由于债权人对于破产的一般保证人提起诉讼或仲裁，而是由于一般保证责任系第二顺序的补充责任，需等待主债务的履行情况确定后，方能确定一般保证责任的范围。

因此从文意解释角度，企业破产法第一百一十九条无法涵摄一般

保证债权人的债权尚未确定之情形，在此情形下无法直接适用企业破产法第一百一十九条之规定。那么是否可以类推适用该规定？笔者认为亦有不妥。类推适用的正当性在于它契合法律适用的正义，若两个社会关系的关键法律事实相同，对两者适用统一法律规范，使当事人的法律处境相同，既可以弥补法律规定不周延的漏洞，在司法中亦平等保护了当事人。

因此类推适用的核心在于待决事实与法律既有规定存在类似性，类似性越强，其推理的可靠性越高。同时，在类推时，还应当考虑立法目的及规范意旨。具体到破产程序中一般保证债权人尚未确定的债权与诉讼、仲裁未决债权的对比，虽然均属于未决债权，但其未决原因显然存在较大差异，债权确定的程序及所耗费的时间亦有不同。事实上，在确定诉讼、仲裁未决债权的提存期限时，立法对于债权确认的时间进行了考虑，认为案件审理具有法定期限，一般可在两年内审结。

也就是说，企业破产法第一百一十九条规定的提存期限与该债权的未决原因及确定的程序、时间等高度匹配。但对于一般保证责任而言，其并非经过针对债务人的诉讼和仲裁程序即可确定，还需要经过强制执行程序才能确定一般保证的责任范围，同时还应考虑一般保证因保证人破产而加速到期，而主债务未届履行期限等情况，因此一般保证债权的确定程序及影响因素远较诉讼及仲裁未决债权复杂，对于此类债权分配额的提存期限不宜类推适用企业破产法第一百一十九条关于提存期限2年之规定。在企业破产法对于此类未决债权提存期限

未作出特殊规定时，似乎可以适用民法典关于提存之一般性规定。

民法典第五百七十条第一款规定：“有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：（一）债权人无正当理由拒绝受领；（二）债权人下落不明；（三）债权人死亡未确定继承人、遗产管理人，或者丧失民事行为能力未确定监护人；（四）法律规定的其他情形。”第五百七十四条第二款规定：“债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。但是，债权人未履行对债务人的到期债务，或者债权人向提存部门书面表示放弃领取提存物权利的，债务人负担提存费用后有权取回提存物。”

破产程序中未决债权分配额提存应当属于法律规定的其他情形。在企业破产法对于提存期限未作出特殊规定时，可依据民法典上述规定，笔者建议提存期限最长为5年。但在上述期限届满之后，是否应当依据民法典之规定，将提存物扣除提存费用后归国家所有，值得进一步商榷。在破产程序中，如债务人已经资不抵债，其所有财产均应当向债权人进行分配。在债权未决的情况下，债务人的给付义务尚未确定，提存的财产理论上仍应当属于债务人财产，应当依法向其他债权人分配。

编者注：为方便阅读，已隐去注释，如需引用，请查看纸版杂志原文。

（案例刊登于《人民司法》2022年第4期）