

法律资讯汇编

(2024 第 5 期)

上海王岩律师事务所
2024 年 5 月

目 录

行业新闻—— 国家金融监督管理总局负责人就《银行保险机构操作 风险管理办法》答记者问	3
新法速递—— 国家金融监督管理总局发布《银行保险机构操作风险 管理办法》	7
案例解析—— 遗嘱继承纠纷案件的审理思路和裁判要点 类案裁判 方 法	28
业务研究—— 适用“先减后并”时前罪余刑的起算日期	44
—— 善意文明执行理念下的悔拍保证金支付顺位	51

国家金融监督管理总局负责人就 《银行保险机构操作风险管理办法》答记者问

来源：国家金融监督管理总局官网

日期：2023 年 12 月 29 日

近日，为进一步巩固防范化解金融风险攻坚战成果，金融监管总局制定了《银行保险机构操作风险管理办法》（以下简称《办法》）。金融监管总局有关司局负责人就相关问题回答了记者提问。

一、制定《办法》的背景和过程是什么？

答：操作风险是银行保险机构经营管理中面临主要风险之一。原银监会 2007 年制定的《商业银行操作风险管理指引》施行后，对规范商业银行操作风险管理发挥了积极作用。《保险公司偿付能力监管规则》明确了对保险公司操作风险的管理要求，建立了保险公司操作风险管理的基本框架。近年来，操作风险防控形势更加复杂，原有监管规定难以满足风险管理的现实需要，操作风险管理相关的国际规则也进行了修订、完善，有必要结合我国实践，对原有监管规定进行全面修订。

《办法》制定过程中先后多次征求了相关部委和社会公众的意见，绝大部分建议已被采纳，并对有关规定作了修改完善。修订后的《办法》与原银保监会对操作风险管理的相关要求前后衔接，与刚刚发布的《商业银行资本管理办法》相互配套。《办法》进一步明确银

行保险机构操作风险识别评估、管理控制和工具等要求，完善银行保险机构操作风险治理框架，更加适应当前防控操作风险的形势。

二、《办法》公开征求意见情况如何？

答：2023 年 7 月，《办法》面向社会公开征求意见，共收到建议近 200 条，大部分建议已被采纳，包括调整外部审计和评价的频次，对规模较大的保险机构给予一年过渡期，兼顾保险机构实施操作风险评估的差异，调整行业协会职责等。部分建议属于理解不同，《办法》在附录中进行了解释，主要是操作风险偏好指标、操作风险披露机制和考核评价机制等内容。少数未采纳建议主要是删除数据安全相关条款、保险公司无需开展操作风险压力测试等。

三、《办法》的主要内容有哪些？

答：《办法》共六章五十二条及附录，包括总则、风险治理和管理责任、风险管理基本要求、风险管理流程和方法、监督管理、附则，主要包括：

一是强调操作风险管理基本原则。明确银行保险机构开展操作风险管理应当遵循审慎性、全面性、匹配性、有效性等基本原则。

二是明确风险治理和管理责任。优化董事会在公司治理中的作用，明确监事（会）监督职责和高级管理层的执行职责，界定三道防线的具体范围和职责，压实分支机构和附属机构的责任。

三是规定风险管理基本要求。明确银行保险机构应当建立操作风险管理基本制度、操作风险偏好和传导机制，建立健全操作风险的管理信息系统，培育良好的操作风险管理文化。

四是细化管理流程和管理工具。要求银行保险机构对操作风险进

行全流程管理，规定了操作风险控制、缓释措施的基本要求，建立操作风险报告机制，应用操作风险损失数据库等三大基础管理工具以及新型工具，强化变更管理。

五是完善监督管理职责。规定金融监管总局及其派出机构要检查评估银行保险机构操作风险管理体系的健全性和有效性，规定重大操作风险事件报告的具体要求，要求行业协会发挥自律和服务作用。

四、《办法》有哪些差异化监管安排？

答：《办法》整合原有银行机构和保险机构的操作风险监管规则，明确统一适用于银行保险机构的基本要求。同时，《办法》区分银行机构和保险机构、规模较大和规模较小的机构，分别适用差异化的监管要求：规定保险公司不适用风险计量、计提资本等方面要求；给予规模较大的保险机构在实施操作风险管理架构和职责、风险管理基本要求方面一年过渡期；明确保险集团（控股）公司、再保险公司等参照执行；鼓励规模较大的机构提升运营韧性；明确规模较小的机构一级分行（省级分公司）的第二道防线部门可豁免设立操作风险管理专岗或专人，并给予其在实施操作风险管理架构和职责、风险管理基本要求方面两年过渡期。

五、《办法》的实施将对市场有何影响？

答：《办法》施行时间为 2024 年 7 月 1 日，给银行保险机构预留充分时间开展实施工作。同时，《办法》区分情形进行差异化监管，设置过渡期，并充分征求、采纳了各类市场主体的意见。《办法》的出台完善了我国银行保险机构操作风险监管制度，有利于弥补监管制度短板，进一步巩固防范化解金融风险攻坚战成果，规范提升银行

保险机构操作风险管理水平，有利于强化机构监管、行为监管、功能监管、穿透式监管、持续监管。下一步，将进一步发挥行业协会的自律和服务作用，协助引导银行保险机构持续提高操作风险管理水平。

国家金融监督管理总局发布《银行保险机构操作风险管理办法》

来源：国家金融监督管理总局官网

日期：2023 年 12 月 29 日

为进一步完善银行保险机构操作风险监管规则，提升银行保险机构的操作风险管理水平，金融监管总局对《商业银行操作风险管理指引》进行了修订，形成《银行保险机构操作风险管理办法》（以下简称《办法》），现正式发布，于 2024 年 7 月 1 日起施行。

《办法》共六章五十二条及附录，坚持审慎性、全面性、匹配性、有效性原则，主要包括：一是明确风险治理和管理责任。明确董事会、监事（会）和高级管理层的责任，界定三道防线的具体范围和职责，压实分支机构和附属机构的操作风险管理责任。二是规定风险管理基本要求。明确银行保险机构应当建立操作风险管理基本制度、操作风险偏好和传导机制，建立健全操作风险的管理信息系统，培育良好的操作风险管理文化。三是细化管理流程和管理工具。要求银行保险机构对操作风险进行全流程管理。规定了内部控制、业务连续性管理、网络安全、数据安全、业务外包管理等操作风险控制、缓释措施的基本要求，建立操作风险情况和重大操作风险事件报告机制，应用操作风险损失数据库等三大基础管理工具以及新型工具。四是完善监督管理职责。金融监管总局及其派出机构要检查评估银行保险机构操作风险管理体系的健全性和有效性，行业协会应当发挥自律和服务作用。五是在《办法》附录中对部分规定内容的含义进行了说明和举例，以便于银行保险机构落实执行。

自《办法》实施之日起，《商业银行操作风险管理指引》（银监发〔2007〕42号）、《中国银行业监督管理委员会关于加大防范操作风险工作力度的通知》（银监发〔2005〕17号）废止。

下一步，金融监管总局将加强督促指导，做好《办法》贯彻落实工作，引导银行保险机构提高操作风险管理能力。

附：银行保险机构操作风险管理办法

银行保险机构操作风险管理办法

、（2023年12月27日国家金融监督管理总局令2023年第5号公布

自2024年7月1日起施行）

第一章 总 则

第一条 为提高银行保险机构操作风险管理水平，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》《中华人民共和国保险法》等法律法规，制定本办法。

第二条 本办法所称操作风险是指由于内部程序、员工、信息科技系统存在问题以及外部事件造成损失的风险，包括法律风险，但不包括战略风险和声誉风险。

第三条 操作风险管理是全面风险管理体系的重要组成部分，目标是有效防范操作风险，降低损失，提升对内外部事件冲击的应对能力，为业务稳健运营提供保障。

第四条 操作风险管理应当遵循以下基本原则：

（一）审慎性原则。操作风险管理应当坚持风险为本的理念，充分重视风险苗头和潜在隐患，有效识别影响风险管理的不利因素，配

置充足资源，及时采取措施，提升前瞻性。

（二）全面性原则。操作风险管理应当覆盖各业务条线、各分支机构，覆盖所有部门、岗位、员工和产品，贯穿决策、执行和监督全部过程，充分考量其他内外部风险的相关性和传染性。

（三）匹配性原则。操作风险管理应当体现多层次、差异化的要求，管理体系、管理资源应当与机构发展战略、经营规模、复杂性和风险状况相适应，并根据情况变化及时调整。

（四）有效性原则。机构应当以风险偏好为导向，有效识别、评估、计量、控制、缓释、监测、报告所面临的操作风险，将操作风险控制可在承受范围之内。

第五条 规模较大的银行保险机构应当基于良好的治理架构，加强操作风险管理，做好与业务连续性、外包风险管理、网络安全、数据安全、突发事件应对、恢复与处置计划等体系机制的有机衔接，提升运营韧性，具备在发生重大风险和外部事件时持续提供关键业务和服务的能力。

第六条 国家金融监督管理总局及其派出机构依法对银行保险机构操作风险管理实施监管。

第二章 风险治理和管理责任

第七条 银行保险机构董事会应当将操作风险作为本机构面对的主要风险之一，承担操作风险管理的最终责任。主要职责包括：

（一）审批操作风险管理基本制度，确保与战略目标一致；

（二）审批操作风险偏好及其传导机制，将操作风险控制可在承受范围之内；

（三）审批高级管理层有关操作风险管理职责、权限、报告等机制，确保操作风险管理体系的有效性；

（四）每年至少审议一次高级管理层提交的操作风险管理报告，充分了解、评估操作风险管理总体情况以及高级管理层工作；

（五）确保高级管理层建立必要的识别、评估、计量、控制、缓释、监测、报告操作风险的机制；

（六）确保操作风险管理体系接受内部审计部门的有效审查与监督；

（七）审批操作风险信息披露相关制度；

（八）确保建立与操作风险管理要求匹配的风险文化；

（九）其他相关职责。

第八条 设立监事（会）的银行保险机构，其监事（会）应当承担操作风险管理的监督责任，负责监督检查董事会和高级管理层的履职尽责情况，及时督促整改，并纳入监事（会）工作报告。

第九条 银行保险机构高级管理层应当承担操作风险管理的实施责任。主要职责包括：

（一）制定操作风险管理基本制度和管理办法；

（二）明确界定各部门、各级机构的操作风险管理职责和报告要求，督促各部门、各级机构履行操作风险管理职责，确保操作风险管理体系正常运行；

（三）设置操作风险偏好及其传导机制，督促各部门、各级机构执行操作风险管理制度、风险偏好并定期审查，及时处理突破风险偏好以及其他违反操作风险管理要求的情况；

（四）全面掌握操作风险管理总体状况，特别是重大操作风险事件；

（五）每年至少向董事会提交一次操作风险管理报告，并报送监事（会）；

（六）为操作风险管理配备充足财务、人力和信息科技有限公司等资源；

（七）完善操作风险管理体系，有效应对操作风险事件；

（八）制定操作风险管理考核评价与奖惩机制；

（九）其他相关职责。

第十条 银行保险机构应当建立操作风险管理的三道防线，三道防线之间及各防线内部应当建立完善风险数据和信息共享机制。

第一道防线包括各级业务和管理部门，是操作风险的直接承担者和管理者，负责各自领域内的操作风险管理工作。第二道防线包括各级负责操作风险管理和计量的牵头部门，指导、监督第一道防线的操作风险管理工作。第三道防线包括各级内部审计部门，对第一、二道防线履职情况及有效性进行监督评价。

第十一条 第一道防线部门主要职责包括：

（一）指定专人负责操作风险管理工作，投入充足资源；

（二）按照风险管理评估方法，识别、评估自身操作风险；

（三）建立控制、缓释措施，定期评估措施的有效性；

（四）持续监测风险，确保符合操作风险偏好；

（五）定期报送操作风险管理报告，及时报告重大操作风险事件；

（六）制定业务流程和制度时充分体现操作风险管理和内部控制的要求；

（七）其他相关职责。

第十二条 第二道防线部门应当保持独立性，持续提升操作风险管理的一致性和有效性。主要职责包括：

（一）在一级分行（省级分公司）及以上设立操作风险管理专岗或指定专人，为其配备充足的资源；

- （二）跟踪操作风险管理监管政策规定并组织落实；
- （三）拟定操作风险管理基本制度、管理办法，制定操作风险识别、评估、计量、监测、报告的方法和具体规定；
- （四）指导、协助第一道防线识别、评估、监测、控制、缓释和报告操作风险，并定期开展监督；
- （五）每年至少向高级管理层提交一次操作风险管理报告；
- （六）负责操作风险资本计量；
- （七）开展操作风险管理培训；
- （八）其他相关职责。

国家金融监督管理总局或其派出机构按照监管职责归属，可以豁免规模较小的银行保险机构在一级分行（省级分公司）设立操作风险管理专岗或专人的要求。

第十三条 法律、合规、信息科技、数据管理、消费者权益保护、安全保卫、财务会计、人力资源、精算等部门在承担本部门操作风险管理职责的同时，应当在职责范围内为其他部门操作风险管理提供充足资源和支持。

第十四条 内部审计部门应当至少每三年开展一次操作风险管理专项审计，覆盖第一道防线、第二道防线操作风险管理情况，审计评价操作风险管理体系运行情况，并向董事会报告。

内部审计部门在开展其他审计项目时，应当充分关注操作风险管理情况。

第十五条 规模较大的银行保险机构应当定期委托第三方机构对其操作风险管理情况进行审计和评价，并向国家金融监督管理总局或其派出机构报送外部审计报告。

第十六条 银行保险机构境内分支机构、直接经营业务的部门应

当承担操作风险管理主体责任，并履行以下职责：

- （一）为本级、本条线操作风险管理部门配备充足资源；
- （二）严格执行操作风险管理制度、风险偏好以及管理流程等要求；
- （三）按照内外部审计结果和监管要求改进操作风险管理；
- （四）其他相关职责。

境外分支机构除满足前款要求外，还应当符合所在地监管要求。

第十七条 银行保险机构应当要求其并表管理范围内的境内金融附属机构、金融科技类附属机构建立符合集团风险偏好，与其业务范围、风险特征、经营规模及监管要求相适应的操作风险管理体系，建立健全三道防线，制定操作风险管理制度。

境外附属机构除满足前款要求外，还应当符合所在地监管要求。

第三章 风险管理基本要求

第十八条 操作风险管理基本制度应当与机构业务性质、规模、复杂程度和风险特征相适应，至少包括以下内容：

- （一）操作风险定义；
- （二）操作风险管理组织架构、权限和责任；
- （三）操作风险识别、评估、计量、监测、控制、缓释程序；
- （四）操作风险报告机制，包括报告主体、责任、路径、频率、时限等。

银行保险机构应当在操作风险管理基本制度制定或者修订后 15 个工作日内，按照监管职责归属报送国家金融监督管理总局或其派出机构。

第十九条 银行保险机构应当在整体风险偏好下制定定性、定量指标并重的操作风险偏好，每年开展重检。风险偏好应当与战略目标、

经营计划、绩效考评和薪酬机制等相衔接。风险偏好指标应当包括监管部门对特定机构确定的操作风险类监测指标要求。

银行保险机构应当通过确定操作风险容忍度或者风险限额等方式建立风险偏好传导机制，对操作风险进行持续监测和及时预警。

第二十条 银行保险机构应当建立具备操作风险管理功能的管理信息系统，主要功能包括：

- （一）记录和存储损失相关数据和操作风险事件信息；
- （二）支持操作风险和控制措施的自评估；
- （三）支持关键风险指标监测；
- （四）支持操作风险资本计量；
- （五）提供操作风险报告相关内容。

第二十一条 银行保险机构应当培育良好的操作风险管理文化，明确员工行为规范和职业道德要求。

第二十二条 银行保险机构应当建立有效的操作风险管理考核评价机制，考核评价指标应当兼顾操作风险管理过程和结果。薪酬和激励约束机制应当反映考核评价结果。

第二十三条 银行保险机构应当定期开展操作风险管理相关培训。

第二十四条 银行保险机构应当按照国家金融监督管理总局的规定披露操作风险管理情况。

银行机构应当按照国家金融监督管理总局的要求披露损失数据等相关信息。

第四章 风险管理流程和方法

第二十五条 银行保险机构应当根据操作风险偏好，识别内外部固有风险，评估控制、缓释措施的有效性，分析剩余风险发生的可能

性和影响程度，划定操作风险等级，确定接受、降低、转移、规避等应对策略，有效分配管理资源。

第二十六条 银行保险机构应当结合风险识别、评估结果，实施控制、缓释措施，将操作风险控制在风险偏好内。

银行保险机构应当根据风险等级，对业务、产品、流程以及相关管理活动的风险采取控制、缓释措施，持续监督执行情况，建立良好的内部控制环境。

银行保险机构通过购买保险、业务外包等措施缓释操作风险的，应当确保缓释措施实质有效。

第二十七条 银行保险机构应当将加强内部控制作为操作风险管理的有效手段。内部控制措施至少包括：

- （一）明确部门间职责分工，避免利益冲突；
- （二）密切监测风险偏好及其传导机制的执行情况；
- （三）加强各类业务授权和信息系统权限管理；
- （四）建立重要财产的记录和保管、定期盘点、账实核对等日常管理和定期检查机制；
- （五）加强不相容岗位管理，有效隔离重要业务部门和关键岗位，建立履职回避以及关键岗位轮岗、强制休假、离岗审计制度；
- （六）加强员工行为管理，重点关注关键岗位员工行为；
- （七）对交易和账户进行定期对账；
- （八）建立内部员工揭发检举的奖励和保护机制；
- （九）配置适当的员工并进行有效培训；
- （十）建立操作风险管理的激励约束机制；
- （十一）其他内部控制措施。

第二十八条 银行保险机构应当制定与其业务规模和复杂性相适

应的业务连续性计划，有效应对导致业务中断的突发事件，最大限度减少业务中断影响。

银行保险机构应当定期开展业务连续性应急预案演练评估，验证应急预案及备用资源的可用性，提高员工应急意识及处置能力，测试关键服务供应商的持续运营能力，确保业务连续性计划满足业务恢复目标，有效应对内外部威胁及风险。

第二十九条 银行保险机构应当制定网络安全管理制度，履行网络安全保护义务，执行网络安全等级保护制度要求，采取必要的管理和技术措施，监测、防御、处置网络安全风险和威胁，有效应对网络安全事件，保障网络安全、稳定运行，防范网络违法犯罪活动。

第三十条 银行保险机构应当制定数据安全管理制度，对数据进行分类分级管理，采取保护措施，保护数据免遭篡改、破坏、泄露、丢失或者被非法获取、非法利用，重点加强个人信息保护，规范数据处理活动，依法合理利用数据。

第三十一条 银行保险机构应当制定与业务外包有关的风险管理制度，确保有严谨的业务外包合同和服务协议，明确各方责任义务，加强对外包方的监督管理。

第三十二条 银行保险机构应当定期监测操作风险状况和重大损失情况，对风险持续扩大的情形建立预警机制，及时采取措施控制、缓释风险。

第三十三条 银行保险机构应当建立操作风险内部定期报告机制。第一道防线应当向上级对口管理部门和本级操作风险管理部门报告，各级操作风险管理部门汇总本级及所辖机构的情况向上级操作风险管理部门报告。

银行保险机构应当在每年四月底前按照监管职责归属向国家金

融监督管理总局或其派出机构报送前一年度操作风险管理情况。

第三十四条 银行保险机构应当建立重大操作风险事件报告机制，及时向董事会、高级管理层、监事（会）和其他内部部门报告重大操作风险事件。

第三十五条 银行保险机构应当运用操作风险损失数据库、操作风险自评估、关键风险指标等基础管理工具管理操作风险，可以选择运用事件管理、控制监测和保证框架、情景分析、基准比较分析等管理工具，或者开发其他管理工具。

银行保险机构应当运用各项风险管理工具进行交叉校验，定期重检、优化操作风险管理工具。

第三十六条 银行保险机构存在以下重大变更情形的，应当强化操作风险的事前识别、评估等工作：

- （一）开发新业务、新产品；
- （二）新设境内外分支机构、附属机构；
- （三）拓展新业务范围、形成新商业模式；
- （四）业务流程、信息科技系统等发生重大变更；
- （五）其他重大变更情形。

第三十七条 银行保险机构应当建立操作风险压力测试机制，定期开展操作风险压力测试，在开展其他压力测试过程中应当充分考虑操作风险的影响，针对压力测试中识别的潜在风险点和薄弱环节，及时采取应对措施。

第三十八条 银行机构应当按照国家金融监督管理总局关于资本监管的要求，对承担的操作风险计提充足资本。

第五章 监督管理

第三十九条 国家金融监督管理总局及其派出机构应当将对银行

保险机构操作风险的监督管理纳入集团和法人监管体系，检查评估操作风险管理体系的健全性和有效性。

国家金融监督管理总局及其派出机构加强与相关部门的监管协作和信息共享，共同防范金融风险跨机构、跨行业、跨区域传染。

第四十条 国家金融监督管理总局及其派出机构通过监管评级、风险提示、监管通报、监管会谈、与外部审计师会谈等非现场监管和现场检查方式，实施对操作风险管理的持续监管。

国家金融监督管理总局及其派出机构认为必要时，可以要求银行保险机构提供第三方机构就其操作风险管理出具的审计或者评价报告。

第四十一条 国家金融监督管理总局及其派出机构发现银行保险机构操作风险管理存在缺陷和问题时，应当要求其及时整改，并上报整改落实情况。

国家金融监督管理总局及其派出机构依照职责通报重大操作风险事件和风险管理漏洞。

第四十二条 银行保险机构应当在知悉或者应当知悉以下重大操作风险事件 5 个工作日内，按照监管职责归属向国家金融监督管理总局或其派出机构报告：

（一）形成预计损失 5000 万元（含）以上或者超过上年度末资本净额 5%（含）以上的事件。

（二）形成损失金额 1000 万元（含）以上或者超过上年度末资本净额 1%（含）以上的事件。

（三）造成重要数据、重要账册、重要空白凭证、重要资料严重损毁、丢失或者泄露，已经或者可能造成重大损失和严重影响的事件。

（四）重要信息系统出现故障、受到网络攻击，导致在同一省份

的营业网点、电子渠道业务中断 3 小时以上；或者在两个及以上省份的营业网点、电子渠道业务中断 30 分钟以上。

（五）因网络欺诈及其他信息安全事件，导致本机构或客户资金损失 1000 万元以上，或者造成重大社会影响。

（六）董事、高级管理人员、监事及分支机构负责人被采取监察调查措施、刑事强制措施或者承担刑事法律责任的事件。

（七）严重侵犯公民个人信息安全和合法权益的事件。

（八）员工涉嫌发起、主导或者组织实施非法集资类违法犯罪被立案的事件。

（九）其他需要报告的重大操作风险事件。

对于第一款规定的重大操作风险事件，国家金融监督管理总局在案件管理、突发事件管理等监管规定中另有报告要求的，应当按照有关要求报告，并在报告时注明该事件属于重大操作风险事件。

国家金融监督管理总局可以根据监管工作需要，调整第一款规定的重大操作风险事件报告标准。

第四十三条 银行保险机构存在以下情形的，国家金融监督管理总局及其派出机构应当责令改正，并视情形依法采取监管措施：

- （一）未按照规定制定或者执行操作风险管理制度；
- （二）未按照规定设置或者履行操作风险管理职责；
- （三）未按照规定设置操作风险偏好及其传导机制；
- （四）未建立或者落实操作风险管理文化、考核评价机制、培训；
- （五）未建立操作风险管理流程、管理工具和信息系统，或者其设计、应用存在缺陷；
- （六）其他违反监管规定的情形。

第四十四条 银行保险机构存在以下情形的，国家金融监督管理

总局及其派出机构应当责令改正，并依法实施行政处罚；法律、行政法规没有规定的，由国家金融监督管理总局及其派出机构责令改正，予以警告、通报批评，或者处以二十万元以下罚款；涉嫌犯罪的，应当依法移送司法机关：

（一）严重违反本办法相关规定，导致发生第四十二条规定的重大操作风险事件；

（二）未按照监管要求整改；

（三）瞒报、漏报、故意迟报本办法第四十二条规定的重大操作风险事件，情节严重的；

（四）其他严重违反监管规定的情形。

第四十五条 中国银行业协会、中国保险行业协会等行业协会应当通过组织宣传、培训、自律、协调、服务等方式，协助引导会员单位提高操作风险管理水平。

鼓励行业协会、学术机构、中介机构等建立相关领域的操作风险事件和损失数据库。

第六章 附 则

第四十六条 本办法所称银行保险机构，是指在中华人民共和国境内依法设立的商业银行、农村合作银行、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及开发性金融机构、政策性银行、保险公司。

中华人民共和国境内设立的外国银行分行、保险集团（控股）公司、再保险公司、金融资产管理公司、金融资产投资公司、信托公司、金融租赁公司、财务公司、消费金融公司、汽车金融公司、货币经纪公司、理财公司、保险资产管理公司、金融控股公司以及国家金融监督管理总局及其派出机构监管的其他机构参照本办法执行。

第四十七条 本办法所称的规模较大的银行保险机构，是指按照

并表调整后表内外资产（杠杆率分母）达到 3000 亿元人民币（含等值外币）及以上的银行机构，以及按照并表口径（境内外）表内总资产达到 2000 亿元人民币（含等值外币）及以上的保险机构。

规模较小的银行保险机构是指未达到上述标准的机构。

第四十八条 未设董事会的银行保险机构，应当由其经营决策机构履行本办法规定的董事会职责。

第四十九条 本办法第四条、第七条、第十条、第十二条、第十八条、第二十条关于计量的规定不适用于保险机构。

本办法第二十五条相关规定如与保险公司偿付能力监管规则不一致的，按照保险公司偿付能力监管规则执行。

第五十条 关于本办法第二章、第三章、第四章的规定，规模较大的保险机构自本办法施行之日起 1 年内执行；规模较小的银行保险机构自本办法施行之日起 2 年内执行。

第五十一条 本办法由国家金融监督管理总局负责解释修订，自 2024 年 7 月 1 日起施行。

第五十二条 《商业银行操作风险管理指引》（银监发〔2007〕42 号）、《中国银行业监督管理委员会关于加大防范操作风险工作力度的通知》（银监发〔2005〕17 号）自本办法施行之日起废止。

附录：名词解释及示例

附录 名词解释及示例

一、操作风险事件

操作风险事件是指由操作风险引发，导致银行保险机构发生实际或者预计损失的事件。银行保险机构分别依据商业银行资本监管规则

和保险公司偿付能力监管规则进行损失事件分类。

二、法律风险

法律风险包括但不限于下列风险：

1. 签订的合同因违反法律或者行政法规可能被依法撤销或者确认无效；
2. 因违约、侵权或者其他事由被提起诉讼或者申请仲裁，依法可能承担赔偿责任；
3. 业务、管理活动违反法律、法规或者监管规定，依法可能承担刑事责任或者行政责任。

三、运营韧性

运营韧性是在发生重大风险和外部事件时，银行保险机构具备的持续提供关键业务和服务的能力。例如，在发生大规模网络攻击、大规模传染病、自然灾害等事件时，银行保险机构通过运营韧性管理机制，能够持续向客户提供存取款、转账、理赔等关键服务。

四、操作风险管理报告

第七条、第九条、第十二条规定的操作风险管理报告以及第三十三条规定的操作风险管理情况可以是专项报告，也可以是包括操作风险管理内容的全面风险报告等综合性报告。

五、操作风险类监测指标

第十九条规定的操作风险类监测指标可以包括案件风险率和操作风险损失率。国家金融监督管理总局及其派出机构可以视情形决定，是否确定对特定机构的操作风险类监测指标。

（一）指标计算公式

案件风险率=业内案件涉案金额/年初总资产和年末总资产的平均数×100%。国家金融监督管理总局对于稽查检查和案件管理制度另

有规定的，则从其规定。

操作风险损失率=操作风险损失事件的损失金额总和/近三年平均营业收入×100%

（二）案件风险率

案件风险率应当保持在监测目标值的合理区间。监测目标值公式为：

$$S_t = S_s + \varepsilon$$

S_t 为案件风险率监测目标值； S_s 为案件风险率基准值，由监管部门根据同类型机构一定期间的案件风险率、特定机构一定期间的案件风险率，并具体选取时间范围、赋值适当权重后确定。 ε 为案件风险率调值，由监管部门裁量确定，主要影响因素包括公司治理和激励约束机制、反洗钱监管情况、风险事件演变情况、内部管理和控制情况、境外机构合规风险事件情况等。

（三）操作风险损失率

操作风险损失率应当保持在监测目标值的合理区间。监测目标值公式为：

$$L_t = L_s + \varepsilon$$

L_t 为操作风险损失率监测目标值； L_s 为操作风险损失率基准值，监管部门根据同类型机构一定期间的操作风险损失率、特定机构一定期间的实际操作风险损失率，并具体选取时间范围、赋值适当权重后确定。 ε 为操作风险损失率调整值，由监管部门裁量确定，主要影响因素包括操作风险内部管理和控制情况、操作风险损失事件数据管理情况、相关事件数量和金额变化情况、经济金融周期因素等。

六、风险偏好传导机制

第十九条规定的风险偏好传导机制，是指银行保险机构根据风险

偏好设定容忍度或者风险限额等，并对境内外附属机构、分支机构或者业务条线等提出相应要求，如对全行（公司）、各附属机构、各分行（分公司）、各业务条线设定操作风险损失率、操作风险事件数量、信息系统服务可用率等指标或者目标值，并进行持续监测、预警和纠偏。其中，信息系统服务可用率=（信息计划服务时间-非预期停止服务时间）/计划服务时间×100%。

七、考核评价指标

第二十二条规定的考核评价指标，应当兼顾操作风险管理过程和结果，设置过程类指标和结果类指标。例如，操作风险损失率属于结果类指标，可根据损失率的高低进行评分。操作风险事件报告评分属于过程类指标，可根据事件是否迟报瞒报、填报信息是否规范、重大事件是否按照要求单独分析等进行评分。

八、固有风险、剩余风险

第二十五条规定的固有风险是指在没有考虑控制、缓释措施或者在其付诸实施之前就已经存在的风险。剩余风险是指现有的风险控制、缓释措施不能消除的风险。

本条所指固有风险与保险公司偿付能力监管规则不一致，偿付能力监管规则中的固有风险是指在现有正常保险行业物质技术条件和生产组织方式下，保险公司在经营和管理活动中必然存在的、客观的偿付能力相关风险。

九、操作风险等级

第二十五条规定的操作风险等级由银行保险机构自行划分。例如，通常可划分为三个等级：发生可能性（频率）低、影响（损失）程度低的，风险等级为低；发生可能性（频率）高、影响（损失）程度低的，风险等级为中；发生可能性（频率）低、影响（损失）程度

高或者发生可能性（频率）高、影响（损失）程度高的，风险等级为高。

十、缓释操作风险

第二十六条规定的购买保险是指，银行保险机构通过购买保险，在自然灾害或者意外事故导致形成实物资产损失时，获得保险赔付，收回部分或者全部损失，有效缓释风险。其中，保险公司向本机构和关联机构购买保险不属于有效缓释风险。

十一、操作风险损失数据库、操作风险自评估、关键风险指标

第三十五条规定的操作风险损失数据库、操作风险自评估、关键风险指标是银行保险机构用于管理操作风险的基础工具。

（一）操作风险损失数据库

操作风险损失数据库（保险公司偿付能力监管规则称为操作风险损失事件库）是指按统一的操作风险分类标准，收集汇总相应操作风险事件信息。操作风险损失数据库应当结合管理需要，收集一定金额以上的操作风险事件信息，收集范围应当至少包括内部损失事件，必要时可收集几近损失事件和外部损失事件。

内部损失事件是指，形成实际或者预计财务损失的操作风险事件，包括通过保险及其他手段收回部分或者全部损失的操作风险事件，以及与信用风险、市场风险等其他风险相关的操作风险事件。

几近损失事件是指，事件已发生，但未造成实际或者预计的财务损失。例如，银行保险机构因过错造成客户损失，有可能被索赔，但因及时采取补救措施弥补了客户损失，客户谅解并未进行索赔。

外部损失事件是指，业内其他金融机构出现的大额监管处罚、案件等操作风险事件。

（二）操作风险自评估

操作风险自评估是指，识别业务、产品及管理活动中的固有操作风险，分析控制措施有效性，确定剩余操作风险，确定操作风险等级。

（三）关键风险指标

关键风险指标是指，依据操作风险识别、评估结果，设定相应指标，全面反映机构的操作风险敞口、控制措施有效性及风险变化趋势等情况，并应当具有一定前瞻性。例如，从人员、系统、外部事件等维度制定业内案件数量、业外案件涉案金额等作为关键风险指标并设定阈值。

十二、事件管理、控制监测和保证框架、情景分析、基准比较分析

第三十五条规定的可以选择运用的操作风险管理工具，包括：

（一）事件管理

事件管理是指，对新发生的、对管理有较大影响的操作风险事件进行分析，识别风险成因、评估控制缺陷，并制定控制优化方案，防止类似事件再次发生。例如，发生操作风险事件后，要求第一道防线开展事件调查分析，查清业务或者管理存在的问题并进行整改。

（二）控制监测和保证框架

控制监测和保证框架是指，对操作风险自评估等工具识别的关键控制措施进行持续分析、动态优化，确保关键控制措施的有效性。例如，利用控制监测和保证框架对关键控制措施进行评估、重检、持续监测和验证。

（三）情景分析

情景分析是指对假设情景进行识别、分析和计量。情景可以包括发生可能性（频率）低、影响程度（损失）高的事件。

情景分析的基本假设可以引用操作风险损失数据库、操作风险自

评估、关键风险指标、控制监测和保证框架等工具获取的数据信息。运用情景分析可发现潜在风险事件的影响和风险管理的效果，并可对其他风险工具进行完善。

情景分析可以与恢复与处置计划结合，用于测试运营韧性。例如，假设银行保险机构发生数据中心无法运行也无法恢复、必须由异地灾备中心接替的情景，具体运用专家判断评估可能造成的损失和影响，制定业务恢复的优先顺序和恢复时间等目标，分析需要配置的资源保障。

（四）基准比较分析

基准比较分析，一方面是指将内外部监督检查结果、同业操作风险状况与本机构的操作风险识别、评估结果进行比对，对于偏离度较大的，需重启操作风险识别、评估工作。另一方面是指操作风险管理工具之间互相验证，例如，将操作风险损失数据与操作风险自评估结果进行比较，确定管理工具是否有效运行。

遗嘱继承纠纷案件的审理思路和裁判要点 | 类案裁判方法

来源：上海一中法院公众号

作者：方方 俞俊俊

日期：2023 年 11 月 27 日

遗嘱继承，是指继承人依照被继承人生前设立的合法有效的遗嘱继承被继承人遗产的一种继承制度。在遗嘱继承中，被继承人可以通过遗嘱确定继承人或受遗赠人的范围、继承的财产、继承的份额等。遗嘱继承纠纷案件，直接关系到人民群众的切身利益，关乎家庭稳定、社会和谐，为促进此类案件的适法统一，现结合典型案例，对此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 遗嘱继承纠纷案件的审理难点

03 遗嘱继承纠纷案件的审理思路和裁判要点

01 典型案例

案例一：涉及遗嘱是否符合法定形式要件的认定

2009 年，被继承人张甲与周某再婚。张甲于 2020 年订立代书遗嘱一份，主要内容为其名下所有的房屋归其与前妻所生之子所有。立

遗嘱人处有张甲的签名，证明人处有耿某、李某和黄某签名，代书人处有张乙签名。张甲口述、张乙代书遗嘱时，李某和黄某等候在门外。张乙为张甲的妹妹，耿某为护工，李某和黄某为张甲的学生。张甲去世后，周某提起诉讼，认为该代书遗嘱的见证人无见证资格，要求按法定继承处理张甲遗产。

案例二：涉及被继承人真实意思的认定

被继承人黄某生育四子，为蔡甲、蔡乙、蔡丙、蔡丁。2014 年，黄某订立代书遗嘱一份，表示其财产均由蔡乙之子继承。2016 年 11 月，黄某在律师马某、彭某的见证下，由马某代书立下遗嘱，明确表示过世后其在涉案房屋中的产权份额由蔡甲、蔡乙继承，其他任何人不得继承。黄某去世后，上述兄弟四人就遗嘱的效力产生争议，蔡乙以黄某在 2016 年即患老年性痴呆为由，主张黄某订立 2016 年遗嘱时无民事行为能力，要求按 2014 年遗嘱处理黄某遗产。

案例三：涉及遗嘱确定的遗产范围认定

余某与王某系夫妻关系，两人与女儿余甲共同购买系争房屋，产权为共同共有。2012 年，余某订立公证遗嘱一份，内容为“登记在我和妻子王某、女儿余甲名下的系争房屋中属于我的份额，在我去世后，由我的两个儿子共同继承”。2019 年 1 月，女儿余甲去世。1 年后，余某去世。现余某二子要求按照余某订立的遗嘱继承系争房屋中属于余某的份额。

案例四：涉及在法定期间内接受遗赠的认定

2018 年 5 月 18 日，被继承人陈某在两名律师的见证下订立代书遗嘱，主要内容为将财产由姐姐陈甲和外甥女周甲继承。5 月 30 日陈某去世后，陈甲、周甲于 7 月 16 日向见证律师出具“接受陈某遗赠申请书”，表示接受遗赠。7 月 17 日，见证律师向陈某之母周某发送通知函、遗嘱及接受遗赠申请书，但因地址有误致周某未收到快递。现周某以陈甲、周甲接受遗赠的意思表示未在两个月内送达其本人为由主张遗赠无效。

02 遗嘱继承纠纷案件的审理难点

涉遗嘱继承纠纷类案件的被继承人在订立遗嘱时一般年龄较大、欠缺相应的法律知识，从而在遗嘱的形式、内容上把握不够准确，特别是诉讼时被继承人已经去世，因此给法院审查遗产范围、被继承人真实意思等带来困难。

（一）形式要件是否合法认定难

《民法典》明确了自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱、口头遗嘱和公证遗嘱这六种遗嘱类型，并分别规定了法定形式要件。有效的遗嘱必须以满足法定形式要件为前提，但实践中，由于被继承人的年龄、身体状况、文化水平、经济能力、社会关系等情况不尽相同，所立遗嘱形式多样，存在并不完全符合法定遗嘱类型的情形，如配偶一方书写遗嘱，另一方配偶仅签名。如在较为常见的代书遗嘱中，当事人往往对见证人资格、是否全过程见证、有无全程录音录像等存在较大争议。因此，遗嘱是否符合法定形式要件的审查上存在一

定难度。

（二）被继承人真实意思查明难

意思表示真实是民事行为有效的必要条件。遗嘱必须是被继承人处分其财产的真实意思表示，只有完全民事行为能力人订立的遗嘱才能是有效的遗嘱，无民事行为能力人或限制民事行为能力人订立的遗嘱无效。

然而，被继承人订立遗嘱时大多年事已高或身患疾病，去世后，子女往往对被继承人订立遗嘱时是否具有民事行为能力或是否亲笔签名产生争议。由于涉诉时被继承人已经去世，其订立遗嘱时的民事行为能力或笔迹可能无法通过司法鉴定确定，需对照遗嘱，结合被继承人生前生活状态、患病情况、文化水平等因素综合判断。此外，遗嘱形成时间较早也给查明被继承人真实意思增加了难度。

（三）遗产范围界定难

遗嘱内容所指向的财产应当是被继承人生前拥有的个人合法财产，但涉案的遗嘱往往在遗产范围的描述上不够精准，多使用“我的份额”“我的财产”等概括性描述，加之被继承人的遗产多混同于夫妻共同财产或家庭共有财产中，故审理此类案件时需先将相关财产析出，以确定被继承人的遗产范围。

实践中，还存在被继承人在错误认识财产归属的基础上订立遗嘱，订立“共同遗嘱”后一方单独变更己方遗嘱等情况，由此引发当事人对遗产范围甚至遗嘱有效性的争议。以上问题往往需要在案件审理中结合多方因素综合认定，给案件的审理带来困难。

（四）是否接受遗赠确定难

遗嘱继承和遗赠都属于通过遗嘱的方式处分财产，不同之处在于，遗赠的对象只能为法定继承人以外的人。根据《民法典》第 1124 条规定，受遗赠人应在六十日内作出接受遗赠的表示。但是，对于具体在何时表示、向谁表示、如何表示等问题，法律并未作明确规定，导致实践中难以形成统一认识。

如有的受遗赠人只向与之关系亲近的法定继承人之一表示接受遗赠，其他法定继承人会以未接到通知为由，主张受遗赠人未依法作出接受遗赠的表示。又如有的受遗赠人主张是以登报、公证、诉讼、实际占有遗产等方式作出接受遗赠的意思表示，法定继承人则对上述形式不予认可。

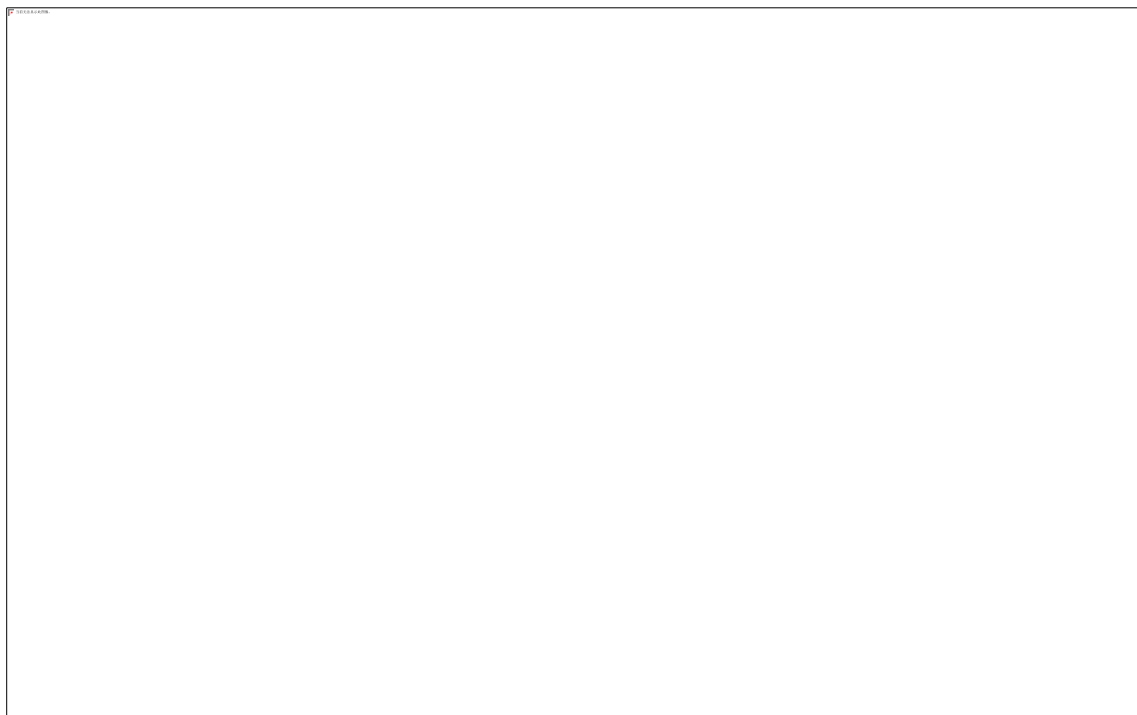
由此，如何正确认定受遗赠人是否在法定期间内作出接受遗赠的意思表示成为此类案件的审理难点。

03 遗嘱继承纠纷案件的审理思路和裁判要点

通常情况下，可以通过“三步走”的方法来理清涉外商事纠纷法的国际条约相一致的解釋。

人民法院审理遗嘱继承纠纷案件时，不仅要严格依照法律规定，充分保障被继承人处分自己财产的自由，同时也要遵循公序良俗，依法维护有继承权的当事人的合法权益，要注重通过融入社会主义核心价值观进行释法明理，做到情、理、法的有机融合，促进化解家庭矛盾。

审理时，首先，应确定遗嘱的类型，审查是否符合法定形式要件；其次，审核被继承人是否具有民事行为能力、相关签名是否由本人所签，确保遗嘱系被继承人的真实意思；再次，审慎审查并确定遗嘱所指向的遗产，明确遗产范围；最后，确定继承人或受遗赠人的继承资格，按照遗嘱分割遗产。



（一）审查遗嘱形式是否符合法律规定

《民法典》第 1134-1139 条对前述六类遗嘱的形式要件作了明确规定。司法实务中，应严格对照法律规定，在明确遗嘱类型的基础上，审查涉案遗嘱是否符合法定形式要件。

1. 自书遗嘱

依据《民法典》第 1134 条，自书遗嘱，是由被继承人亲笔书写、签名并注明年、月、日的遗嘱。审查自书遗嘱时，需注意以下几点：

(1) 遗嘱的全部内容都应当由被继承人亲笔书写。此处的全部内容,既包括遗嘱中关于遗产如何处理的主要部分,也包含注明的年、月、日部分,即遗嘱的全部文字内容均要求由被继承人本人书写。

(2) 遗嘱需要被继承人亲笔签名。此处的签名必须是正式的姓名,即身份证、户口簿等证件上登记的姓名,一般不能为笔名、艺名、小名。

(3) 遗嘱注明的年、月、日应当齐全,缺一不可,否则一般认定为无效。如未作明确说明,该日期应视为通用的公历日期。

实践中,对于“夫妻合立”的遗嘱,如遗嘱正文内容由夫妻一方书写,另一方仅签名确认而形成的,如有证据证明上述遗嘱内容均为夫妻双方的真实意思表示,可参照自书遗嘱处理。

需要说明的是,上述关于签名、日期的审查要点,同样适用于代书遗嘱与打印遗嘱,下文不再重复。

2. 代书遗嘱

依据《民法典》第 1135 条,代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证,由其中一人代书,并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名,注明年、月、日。在订立代书遗嘱时,被继承人的口述与代书人的代书、见证人的见证应具有时空一致性。这不仅要求上述行为应系同时或者基本同时发生,还要求被继承人、代书人和见证人应为同时在同场合订立遗嘱。在审查代书遗嘱时,还要考虑以下几个方面:

(1) 见证人数量的限定。要注意审查见证人和代书人的总数应为两人(含)以上。

（2）见证人资格的限定。依据《民法典》第 1140 条，有三类人员不能作为遗嘱见证人：

❖ “无民事行为能力人、限制民事行为能力人及其他不具有见证能力的人”；

❖ “继承人、受遗赠人”；

❖ “与继承人、受遗赠人有利害关系的人”。

其中，“继承人”不仅指作为第一顺位法定继承人的配偶、子女、父母，还包含作为第二顺位法定继承人的兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

如涉案的部分见证人属于上述三类人员，则因不具备法定资质，可能导致无法满足“见证人应为两人以上”的法定条件，进而导致代书遗嘱无效。实践中，常因见证人为被继承人的兄弟姐妹引发资格争议。

（3）被继承人、代书人、见证人应当在代书遗嘱上签名，如没有签名，则代书遗嘱无效。

需要说明的是，在满足上述形式要件的情况下，对于被继承人仅捺印的，应结合立遗嘱的时间、被继承人的文化水平、书写习惯等因素综合认定。

如案例一中，李某和黄某在被继承人张甲口述遗嘱、代书人代书时在门外等候，不符合代书遗嘱当场见证的要求，所以二人没有见证的资格。其次，张乙为张甲的妹妹，属于第二顺位法定继承人，也没有见证的资格。因此本案代书遗嘱的见证人仅有护工耿某，不符合至

少两位见证人的法定形式要件，应属无效，被继承人的财产应按法定继承处理。

3. 打印遗嘱

打印遗嘱是《民法典》继承编新增加的遗嘱形式，是为适应打印代替亲笔书写的社会现状而设。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第十五条的规定，《民法典》施行前，遗嘱人以打印方式所立遗嘱，当事人对该遗嘱效力产生争议的，适用《民法典》相关规定，但遗产已经在《民法典》施行前处理完毕的除外。因此，在审查打印遗嘱的效力时，除审查是否符合《民法典》第 1136 条“两个以上见证人在场见证”“遗嘱人和见证人在遗嘱每一页签名、注明年月日”的法定条件外，还需注意以下问题：

（1）打印遗嘱的形式与代书遗嘱类似，仅遗嘱文本系打印而成，在法律没有明确限制的情况下，不要求电脑制作和打印的行为必须由被继承人本人完成。

（2）在打印遗嘱不止一页的情况下，需审查被继承人、见证人是否在每一页都签名并注明年、月、日。如某一页欠缺部分人签名或无签名，一般认定该页内容无效。如没有签名的部分与有签名的部分是不可分割的整体，认定没有签名的部分无效后无法确定有签名部分的具体内容时，该遗嘱以认定全部无效为宜。

4. 录音录像遗嘱

就遗嘱形式而言，录音录像遗嘱包含录音和录像（含声音）两种

形式。依据《民法典》第 1137 条，订立录音录像遗嘱时，需要两个以上无利害关系见证人见证，被继承人和见证人还需要在录音录像中记录姓名或者肖像及年、月、日。在审查录音录像遗嘱时，应注意以下要点：

（1）录音录像遗嘱中见证人的见证要求与代书遗嘱一致，均需要时间和空间上的一致性。

（2）被继承人和见证人均需要在录音录像中记录姓名或肖像并说明年、月、日，此处并不要求必须同时记录姓名和肖像，但不论是姓名还是肖像，均需清晰、明确，达到足以确定见证人的程度。此外，被继承人和见证人如仅在录音录像的封存材料上签名并标注日期，应认定不符合法律规定。

5. 口头遗嘱

依据《民法典》第 1138 条，口头遗嘱，是指被继承人在危急情况下，通过口述的方式表达处分身后财产的意愿。鉴于该类遗嘱的表现形式为口头，并不记载于任何载体，故在认定是否存在口头遗嘱时应持审慎从严的标准。

处理此类案件时，首先，主张遗嘱存在的一方负有证明存在口头遗嘱的举证责任，并达到排除合理怀疑的程度。应准确区分口头遗嘱和日常聊天、谈话，不可将被继承人日常生活中的表述简单认定为遗嘱。其次，应审查被继承人是否遇到危急情况，诸如突发自然灾害、意外事故、突患危及生命的疾病等，导致被继承人客观上无法或者没有能力以其他方式订立遗嘱。再次，审查是否存在两个以上无利害关

系的见证人。最后，紧急情况消除后，如果被继承人能够以书面或录音录像形式立遗嘱的，所立口头遗嘱应为无效。

6. 公证遗嘱

依据《民法典》第 1139 条，公证遗嘱是依法以公证方式设立的遗嘱。《民法典》取消了原《继承法》关于公证遗嘱效力最高的规定，公证遗嘱已不具有优先于其他遗嘱形式的效力。但因公证的正规性和严肃性，公证遗嘱仍具有免证事实的证据效力，人民法院依法应当将其作为认定事实的根据。需要注意的是，依据司法部《公证程序规则》《遗嘱公证细则》，遗嘱公证书如确有错误的，申请人可向公证机构提出撤销申请。

（二）审查遗嘱是否为被继承人真实意思

在确定遗嘱符合法定形式要件后，下一步即需审查被继承人是否具有民事行为能力，是否因遭受欺诈、胁迫等非法手段而立遗嘱。如遗嘱不能反映被继承人真实意思表示的，应认定无效。

1. 对被继承人民事行为能力的审查

在审查被继承人是否有民事行为能力时，应当以订立遗嘱的时间点为准，即只要被继承人在订立遗嘱时是完全民事行为能力人即可，遗嘱订立后被继承人丧失行为能力的，不影响遗嘱效力。

实践中，当事人为了主张被继承人无民事行为能力，往往会申请对被继承人行为能力或笔迹进行鉴定，但鉴定机构囿于鉴定技术或检材，多无法鉴定。在此情况下，除非有其他证据可以证明被继承人立遗嘱时的民事行为能力状况，否则一般推定被继承人立遗嘱时具备完

全民事行为能力。对于当事人提供被继承人病史资料证明无民事行为能力的，应当审查相关资料所反映的疾病情况，不能仅以被继承人存在某种身体缺陷而直接否定其订立遗嘱时的民事行为能力。对于确实存在精神类疾病的被继承人，应结合病史情况、证人证言、生活情况等进行综合判断。

2. 对被继承人意思表示的审查

遗嘱应体现被继承人的真实意思包含两方面要求：一是意思表示自由，二是意思表示真实。

为确保遗嘱体现被继承人的真实意思、系被继承人的自主表达，应首先审查遗嘱是否在被继承人受欺诈、胁迫时所立，是否存在伪造或被篡改等情况。提出受欺诈、胁迫等主张的当事人应进行举证，如果举证不能或证据不足以证明的，一般认定遗嘱有效。其次，确认被继承人签名的真实性。如果当事人对签名真实性无法达成一致意见的，如无证据证明签名不是被继承人所签，一般推定签名真实。在有见证人的遗嘱中，可以要求见证人出庭说明立遗嘱时的情况。对于存在多份遗嘱的，遗嘱是否为被继承人的真实意思表示，原则上应以被继承人最后一份遗嘱中作出的意思表示为准。

如案例二中，证人陆某、曹某、王某、朱某、程某等人均表示2016年黄某的记忆力确实有所下降，但还能认识人，也能正常交流。2016年11月所立代书遗嘱的两位见证人马某、彭某亦表示立遗嘱时黄某神志清楚、无他人干涉，并提供了当时的视频予以佐证。基于上述证据，可认定黄某立遗嘱时具备完全民事行为能力，遗产应按2016

年的遗嘱进行继承。

（三）审查遗嘱所指向的遗产范围

由于被继承人可以通过遗嘱对继承的财产、种类、范围进行选择，可能是被继承人死亡时个人的全部合法财产，也可能是一部分合法财产，所以有必要确定遗产范围。根据《民法典》第 1153 条的规定，夫妻共有的财产，除有约定外，遗产分割时应当先将共同所有财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。此处的一半，即为客观上夫妻共同财产的一半。如遗嘱指向的财产混同于家庭共同财产的，还需析出他人财产。因此，审理此类案件时，对于遗嘱列明的财产，不能当然认定系被继承人的遗产，还需根据列明财产的具体情况，仔细甄别。

通常，遗嘱指向的遗产类别、数量都较为明确，继承时按照遗嘱依法分割即可。但也存在一些特殊情况，由于遗产范围的确定以被继承人的死亡为时间节点，但被继承人订立遗嘱至去世这段期间，由于种种原因，相关财产的性质、形式、数量都可能产生变化，价值亦可能发生增减。在遗嘱未变的情况下，上述变化可能影响遗产的范围，乃至遗嘱效力。对此，应根据立遗嘱时被继承人的真实意思，财产的具体变化、变化的原因、变化后被继承人的意思表示等因素，结合具体案情进行综合判断。

如案例三中，系争房屋属于余某、王某、余甲三人共同共有，未确定具体份额。余某于 2012 年订立公证遗嘱时亦未明确遗产的具体内容，仅作了概括性表述。由于女儿余甲先于余某去世，未留有遗嘱，

余某可法定继承余甲在系争房屋中的部分产权份额。余甲去世后，余某对其所作遗嘱亦未作更改或有其它意思表示，故在余某去世时，其遗嘱所述“我的份额”，应为其原有的产权份额加上从余甲处继承的份额。

（四）审查继承人的继承资格

1. 遗嘱继承人的继承资格

继承人具备继承资格是继承遗产的必要条件。《民法典》第 1125 条规定，继承人存在下列行为之一的，丧失继承权：

- ❖ 故意杀害被继承人的；
- ❖ 为争夺遗产而杀害其他继承人的；
- ❖ 遗弃被继承人，或者虐待被继承人情节严重的；
- ❖ 伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，情节严重的；
- ❖ 以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重的。

经审查，如继承人存在上述情况，即丧失继承权。但若继承人有上述第三至五种行为，确有悔改表现，被继承人表示宽恕或者事后在遗嘱中将其列为继承人的，该继承人不丧失继承权。此外，如遗嘱继承人在继承开始后遗产处理前明确表示放弃继承的，亦丧失继承权。

2. 受遗赠人的继承资格

在确定受遗赠人是否具有继承资格时，除依照《民法典》第 1125 条的规定处理外，还需审查受遗赠人是否按照《民法典》第 1124 条的规定，在知道受遗赠后的 60 日内作出接受遗赠的意思表示。

（1）接受遗赠的时间

继承自被继承人死亡时开始，遗赠也不例外。对于接受遗赠的具体时间起算，应注意区分两种情形：第一，如受遗赠人在被继承人生前即已知晓受遗赠情况的，则该 60 日应从遗赠人死亡时开始计算。第二，如受遗赠人在被继承人生前并不知晓受遗赠情况的，以其知道之日起计算 60 日为期限。需要说明的是，此处的“知道”受遗赠，应理解为“知道或应该知道”。

（2）表示接受遗赠的形式和对象

《民法典》未对接受遗赠的表示形式和表示对象作明确限定。对于表示形式，不应过分拘泥，只要足以达到能够确认为有接受遗赠的意思表示的程度即可，可以是书面或口头，也可以是能够反映接受遗赠的特定行为。对于表示对象，司法实务中一般认为向与继承或遗产存在较为密切关系之人作出均可，如继承人、继承人的利害关系人、遗产管理人、见证人等。

如案例四中，在陈某去世后的 60 日内，陈甲、周甲以书面形式

向代书遗嘱的见证律师表示愿意接受遗赠。之后，虽然见证律师在向法定继承人周某寄送遗嘱及接受遗嘱声明书时，因地址有误导致周某未在法定期间收到上述材料，但见证人亦属与继承或遗产存在较为密切关系之人，故可认定陈甲、周甲二人在被继承人去世后的 60 日内已作出接受遗赠的意思表示，二人具有继承资格，遗产应按遗嘱进行处理。

3. 缺乏劳动能力又无生活来源继承人的认定

《民法典》第 1141 条明确规定，遗嘱应当为缺乏劳动能力又无生活来源的继承人保留必要的遗产份额，故只有既缺乏劳动能力又没有收入来源的继承人，才有被保留必要遗产份额的资格。具体认定时，应结合继承人是否有稳定收入、是否有社会医疗保险、是否有固定住处、配偶和子女身体及经济状况多方面综合考虑。司法实务中，还需注意以下几点：

（1）判断有没有生活来源时，不能过于机械，如收入远低于当地平均收入水平即可视为无生活来源。

（2）应以遗嘱生效之时作为时间节点来界定继承人的劳动能力和生活来源。

适用“先减后并”时前罪余刑的起算日期

来源：人民司法杂志社

文/康乐

作者单位：上海市第一中级人民法院

日期：2024 年 1 月 30 日

【裁判要旨】

刑法第七十一条“前罪没有执行的刑罚”，应从新罪犯罪之日起计算，这样确保前罪余刑具有确定性，不因办案部门的进度快慢而影响前罪余刑的时间，具有实质合理性，也最有利于被告人；从新罪犯罪之日起至判决之日，犯罪分子如果处于羁押状态，无论正在执行前罪刑罚还是新罪的强制措施，均应视为新罪判决执行以前先行羁押的时间，不作为前罪已执行的刑期。

【案号】

一审：(2023)沪 0116 刑初 494 号

二审：(2023)沪 01 刑终 626 号

【案情】

公诉机关：上海市金山区人民检察院。

被告人：张某标。

上海市金山区人民法院经审理查明：2023 年 3 月 24 日 20 时许，被告人张某标酒后无证驾驶小型轿车行驶至金山区沈浦泾路、亭枫公路东约 1 米处被执勤民警查获。经对被告人张某标进行血液提取和鉴定，其血液中乙醇含量为 2.46mg/ml，属于醉酒驾驶机动车。被告人张某标到案后如实供述了上述事实。另查明，2022 年 8 月，被告人张某标曾因犯危险驾驶罪被金山区人民法院判处拘役 2 个月 15 日，并处罚金 3000 元，刑期自 2023 年 4 月 1 日起至 2023 年 6 月 15 日止，罚金尚未缴纳。

【审判】

金山区人民法院经审理认为：被告人张某标在道路上无证醉酒驾驶机动车，其行为已构成危险驾驶罪。被告人张某标在法院判决宣告以后、刑罚执行完毕以前又犯新罪，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚数罪并罚。被告人张某标到案后如实供述自己的罪行，可以从轻处罚。被告人张某标认罪认罚，可以从宽处理。根据本案的事实、性质、情节及对于社会的危害程度，依照刑法第一百三十三条之一第一款第(二)项、第七十一条、第六十九条、第六十七条第三款及刑事诉讼法第十五条之规定，被告人张某标犯危险驾驶罪，判处拘役 5 个月，并处罚金 5000 元，连同前罪没有执行的刑罚，决定执行拘役 5 个月，并处罚金 8000 元(刑期自 2023 年 6 月 13 日起至 2023 年 11 月 5 日止)。

一审判决后，被告人张某标未提出上诉，公诉机关提出抗诉。

抗诉机关及出庭检察员认为，金山区法院对刑法第七十一条“前罪没有执行的刑罚”适用错误，导致对张某标决定执行的刑罚错误。原审被告人张某标犯新罪的时间是 2023 年 3 月 24 日，此时前罪的刑罚尚未交付执行，因此前罪不存在已经执行的刑罚，应当将前罪的全部刑期与新罪判决的刑期进行数罪并罚，并根据刑法第六十九条、第七十一条之规定判处刑罚。根据原审判决书载明的刑期，张某标前后两罪实际被羁押的时间从 2023 年 3 月 25 日至 2023 年 11 月 5 日止，为 7 个月 12 日，导致数罪并罚事实上适用了并科原则。

上海市第一中级人民法院经审理认为，原审被告人张某标在道路上无证醉酒驾驶机动车，其行为已构成危险驾驶罪。原判定性准确。张某标在判决宣告以后、刑罚执行完毕以前又犯新罪，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚数罪并罚。张某标到案后如实供述自己的罪行，可以从轻处罚。张某标认罪认罚，可以从宽处理。公诉机关的抗诉理由成立，法院予以支持。刑法第七十一条“前罪没有执行的刑罚”，应从新罪犯罪之日起计算，原审法院从判决之日（2023 年 6 月 13 日）起算前罪没有执行的刑罚，导致适用数罪并罚时决定执行的刑罚不当，应当予以纠正。上海市人民检察院第一分院的出庭意见，符合法律规定，法院予以采纳。辩护人的意见正确，法院一并予以采纳。依照刑法第一百三十三条之一第一款第（二）项、第七十一条、第六十九条、第六十七条第三款，及刑事诉讼法第十五条、第二百三十六條第（二）项之规定，上海一中院判决撤

销一审判决；原审被告人张某标犯危险驾驶罪，判处拘役 5 个月，并处罚金 5000 元，连同前罪没有执行的刑罚，决定执行拘役 7 个月，并处罚金 8000 元。

【评析】

在本案审理过程中，对于刑法第七十一条“前罪没有执行的刑罚”从何时开始起算，存在不同意见。一种意见认为，应从人民法院一审判决之日起算前罪没有执行的刑罚，因为未经人民法院依法判决，对任何人不得确定有罪，被判刑的犯罪分子只有一审判决确定之日，才能确定其“又犯罪”；另一种意见认为，应从新罪犯罪之日起算前罪余刑，才更加符合立法意旨。新罪犯罪之日是一个确定的时间点，不会因为办案机关办案速度而导致前罪余刑出现差异性，确保刑法适用的平等性和公平性，具有实质合理性。笔者同意第二种观点，具体评判如下：

第一，从法律规定来看，目前并没有明确的法律、司法解释对前罪余刑起算日期予以规定。2001 年 6 月 15 日最高人民法院办公厅《关于实施〈法院刑事诉讼文书样式〉若干问题的解答》中有针对前罪余刑何日起算的答复，认为前罪余刑的起算日期，可以从犯新罪之日起算。在没有相应法律、司法解释的情况下，该解答可以作为法官适用法律、解释法律的参考。

第二，从刑法条文的文义解释来看，刑法第七十一条“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的”，此处强

调的是行为的实施之日，而非行为性质的认定之日。只要犯罪分子在“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前”又犯新罪，不论何时发现新罪，不论何时对犯罪分子采取强制措施，也不论新罪的性质何时认定，均应将前罪没有执行完毕的刑罚与新罪所判处的刑罚，依照刑法第六十九条之规定进行并罚，也被称之为“先减后并”。唯有从犯新罪之日起算，才能确保前罪存在没有执行完毕的刑罚，“先减后并”的并罚方法才有用武之地。倘若从新罪判决之日起算，前罪刑罚可能已经执行完毕，不存在没有执行完毕的刑罚，使得刑法七十一条“先减后并”沦为“先后并科”，只须单独对新罪定罪处罚。因而，前罪没有执行的刑罚所对应的时间点是犯罪分子又犯新罪时的余刑，而非新罪判决时的余刑。

第三，从刑法适用的平等性来看，刑法的平等性是以刑法的确定性为基础，只有同罪同判、同罪同罚，才能实现社会公众对平等的基本要求，也与罪责刑相适应原则相契合。如果将前罪没有执行的刑罚理解为法院对新罪作出判决时的余刑，这将导致前罪余刑为一个可变的、不确定的时间，甚至出现由于宣判日期不同，导致前罪余刑时间差异的不合理现象。同样，将前罪余刑从新罪立案之日或者行为人被采取强制措施之日起算，亦会出现因办案机关处理效率不同致前罪余刑长短不一。司法实践中，甚至出现办案机关故意拖延立案，等到前罪刑罚执行完毕才对新罪处理的现象。前罪余刑因为诉讼进度这一不可归咎于行为人的原因，而使其承担不利后果，不仅违背数罪并罚的立法意旨，对犯罪分子实行差别待遇，也有违刑法适用的平等性。

第四，从刑法适用的公平性来看，一般认为，适用“先减后并”的并罚方法时，前罪余刑时间越短，与新罪并罚后实际执行的刑期越长，越不利于被告人；反之，前罪余刑时间越长，与新罪并罚后实际执行的刑期越短，越有利于被告人。对于数罪所判刑种相同，我国刑法规定了限制加重原则，通过对总和刑期减让幅度的伸缩来体现对被告人再犯危险性的评估，体现刑罚特殊预防目的，从而实现有针对性的矫治方案，尽可能地实现对被告人最大限度地刑罚个别化。本案中，原审法院从新罪判决之日（2023 年 6 月 13 日）起算，前罪余刑时间仅剩余 3 日，与新罪拘役 5 个月并罚，决定执行拘役 5 个月，前罪余刑全部被新罪刑罚吸收，虽然与刑法第六十九条规定的“应当在总和刑期以下，数刑中最高刑期以上”不悖，因为“以上、以下”均包括本数，但未全面评价张某标的社会危害性、人身危险性和再犯可能性，并在数罪并罚时予以酌情从重处罚，未能体现刑罚的预防目的和教育目的，导致罪刑失衡。

从实际执行的刑期来看，原审法院判决张某标的刑期自 2023 年 6 月 13 日起至 2023 年 11 月 5 日止，张某标于 2023 年 3 月 24 日再次危险驾驶被抓获，加上其判决执行前先行羁押的时间，前后两罪实际执行期间从 2023 年 3 月 24 日至 2023 年 11 月 5 日止，为 7 个月 13 日，而前后两罪刑期总和为 7 个月 15 日，相当于适用了并科原则。试想，若原审法院再晚两天以后判决，前罪刑罚已经执行完毕，前罪余刑拘役 0 日与新罪 5 个月拘役并罚，只能执行新罪的刑罚，张某标等于并科执行前后两罪的刑罚。众所周知，并科原则是报应刑论刑罚

思想的产物，简单的刑罚相加并不能真正体现出行为的社会危害性和行为人的危险人身危险性，进而会导致刑罚裁量公平性的减损。采用并科原则，无法让被告人获得数罪并罚的减让利益，过于严苛，失之过重。而采用限制加重原则，既避免了并科原则可能产生的量刑畸重，又避免吸收原则可能产生的量刑畸轻，在个罪最高刑之上、数罪总和刑期之下的范围内寻求量刑平衡，最大限度地体现刑罚的公正性，贯彻罪责刑相适应原则，也最有利于被告人。因此，刑法第七十一条“前罪没有执行的刑罚”，应从新罪犯罪之日起计算，这样能够保证前罪没有执行的刑罚具有确定性，也最有利于被告人。新罪犯罪之日起至判决之日，犯罪分子如果处于羁押状态，无论正在执行前罪刑罚还是新罪的强制措施，均应视为新罪判决执行以前先行羁押的时间，不作为前罪已执行的刑期。

本案中，新罪犯罪之日为 2023 年 3 月 24 日，而此时前罪尚未开始执行，故前罪余刑为 2 个月 15 日，与新罪拘役 5 个月合并执行，按照限制加重原则，在 5 个月以上 7 个月 15 日以下确定决定执行的刑期。考虑到张某标的主观恶性、人身危险性和再犯可能性，并罚时对其酌情从重处罚，决定执行有期徒刑 7 个月。这样既保证前罪余刑的确定性，不因诉讼进程而加重犯罪分子实际执行的刑期，也能够充分体现罪责刑相适应原则。

（案例刊登于《人民司法》第 35 期）

善意文明执行理念下的悔拍保证金支付顺位

来源：人民司法杂志社

作者：毛煜焕 方正中 逯庆堂

作者单位：浙江省杭州市中级人民法院

日期：2024 年 2 月 26 日

【裁判要旨】

根据最高人民法院《关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第 24 条规定，拍卖成交后买受人悔拍的，交纳的保证金不予退还，依次用于支付拍卖产生的费用损失、弥补重新拍卖价款低于原拍卖价款的差价、冲抵本案被执行人的债务以及与拍卖财产相关的被执行人的债务。按照上述顺位依次支付后，如还有剩余，不应发还被执行人和悔拍的买受人，用于执行救助也于法无据，应参照罚款的规定上缴国库。

【案号】

执行：（2020）浙 01 执 304 号

【案情】

申请执行人：胡某。

被执行人：杨某、郑某。

关于申请执行人胡某与被执行人杨某、郑某民间借贷纠纷执行一案，法院依法拍卖被执行人郑某抵押给申请执行人胡某的不动产，前后历经 5 次拍卖。第一次拍卖中，买受人甲缴纳保证金 16 万元，以 171.5 万元的价格竞得后悔拍；第二次拍卖中，买受人乙缴纳保证金 16 万元，以 182 万元的价格竞得后悔拍；第三次拍卖中，法院按起拍价的 20%上调了拍卖保证金，买受人丙缴纳保证金 21 万元，以 182.5 万元的价格竞得后悔拍；第四次拍卖中，买受人丁缴纳保证金 21 万元，以 108 万元的价格竞得后悔拍；第五次拍卖中，买受人戊以 200 万元的价格竞得并如期缴纳了剩余款项。针对前 4 次悔拍，法院对参与竞拍人的保证金均予没收，共计 74 万元。

【执行】

由关于如何处置没收的 74 万元悔拍保证金，执行过程中主要存在 3 种争议观点。

观点一：全部退还被执行人。主要理由：根据最高人民法院《关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》（以下简称《网拍规定》）第 24 条规定，关于悔拍保证金处置的第三顺位，是要将保证金冲抵本案被执行人的债务，直接支付给申请人，如有不足，再用拍卖款支付。最高法院《〈关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定〉的理解与适用》（以下简称《网拍规定理解与适用》）对不予退还的悔拍保证金的用途也作了进一步明确，明确案件执行中产生的悔拍保证金，

在支付拍卖费用及弥补差价后,可视为案件执行款项直接给付申请执行人,以保证债权的实现,做到“专款专用”。按照上述规定,没收的悔拍保证金被依次用于支付拍卖费用、弥补差价、冲抵本案被执行人债务、冲抵本案被执行人其他债务后,剩余部分应退还被执行人。

观点二:支付被执行人损失后,剩余部分按比例退还原买受人。
该意见认为,法院处置没收的 74 万元悔拍保证金时,应先支付被执行人的损失 17.92883 万元,剩余部分按比例退还原买受人。

主要理由:一是从法理精神来看,应体现公平原则。悔拍行为从客观上造成了财产处置周期变长,导致申请人债权受偿的可期待性被阻却,被执行人也因此被迫承担额外的利息负担,于情于理都不应由被执行人承担额外的利息,否则就显失公平。基于诚信和公平原则,被执行人额外负担的该部分利息应从悔拍保证金中支付。二是从文本规范来看,退还原买受人有法可依。《网拍规定》第 37 条第 3 款为指引性规范,该条明确指出对网络司法拍卖行为没有规定的,适用其他有关司法拍卖的规定,而按照最高法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(以下简称《拍卖、变卖规定》)第 25 条第 2 款规定,扣除后保证金有剩余的,应当退还原买受人,可资适用。因此,支付被执行人的损失 17.92883 万元后,本案保证金的剩余部分可按比例退还甲、乙、丙、丁 4 位买受人。

观点三:支付被执行人损失后,剩余部分参照罚款上缴国库。该意见认为:法院没收的 74 万元悔拍保证金,在支付被执行人的损失 17.92883 万元后,宜将剩余的 56.07117 万元上缴国库。

主要理由：根据《网拍规定》第 24 条规定，拍卖成交后买受人悔拍的，交纳的保证金不予退还。买受人的悔拍行为干扰了司法程序，没收保证金是对其不诚信行为的惩戒，具有罚款的性质。没收的悔拍保证金应用于冲抵。本案债务，也可以冲抵与拍卖财产相关的被执行人的债务，但应优先用不动产拍卖款支付被执行人的债务，不足的再用保证金冲抵。本案不动产拍卖款清偿债务后仍有剩余，无需用保证金冲抵。基于公平原则，被执行人因买受人悔拍而被迫承担的额外利息，应从悔拍保证金中支付，剩余部分则不能支付给被执行人。于法而言，支付给被执行人没有法律依据；于理而言，被执行人不诚信诉讼反而获益，有违社会公众朴素的公平正义观。至于能否将剩余悔拍保证金用于司法救助，该观点认为缺乏明确的法律依据。据此，在支付被执行人的损失 17.92883 万元后，可将剩余部分参照罚款的规定上缴国库。

最终，经执行法院审判委员会讨论并报请上级法院，决定支付被执行人郑某 17.92883 万元后，将剩余款项 56.07117 万元上缴国库。主要是基于如下两方面因素的考量：其一，第 5 次拍卖成交价均高于前 4 次，且郑某作为被执行人的其他案件均已清偿完毕；其二，本案拍卖标的物在遭致第一次悔拍后，历经 4 次拍卖重启，耗时增加 247 天，被执行人承担的一般债务利息和迟延履行期间债务利息相应增加 17.92883 万元，时间和资金成本的增加均是悔拍行为所致，基于公平原则，不宜由被执行人承担。对此，买受人甲、乙、丙、丁及被执行人杨某和郑某均未提出异议。

【评析】

本案争议焦点为，对司法拍卖活动中不予退还的保证金依照《网拍规定》第 24 条列明的 4 个顺位处理后尚有剩余的部分如何处置。

一、能否发还被执行人

司法实践中不乏将悔拍保证金视作被执行人财产的案例和观点。

“在法院强制拍卖被执行人财产过程中，既然依法应当由出卖人承担的费用最终还是由被执行人承担，则因竞买人悔拍而不予退还给竞买人的悔拍保证金也应当由被执行人所享有，如重新拍卖后的成交价款能足额清偿被执行人债务的，就应当将剩余悔拍保证金发放给被执行人。”笔者不赞成这种观点，主要理由如下：

首先，这种观点的实质是陷入了“非此即彼”的悖论。支持发还被执行人的观点认为，既然不予退还的保证金被视作被执行人财产予以抵扣相关费用，那么剩余部分自然也就是被执行人的财产。笔者认为，《网拍规定》第 24 条是出于以往司法拍卖惯例中重启拍卖次数不多且后续拍卖价格明显低于首次拍卖价格，为更好保障申请执行人利益而作出的制度设计，绝不是将悔拍保证金视为被执行人财产的依据。《网拍规定理解与适用》中也指出将悔拍保证金视为被执行人的财产，冲抵被执行人的债务，但并非是直接认定为被执行人的财产。从《网拍规定》的制定本意来看，应是着眼于最大限度兑现债权人的权益，而非让被执行人从中获益。

其次，将悔拍保证金剩余部分发还被执行人，有违公平正义。本

案前后共启动 5 次司法拍卖程序，造成了大量司法资源的消耗和司法权威的减损。虽然申请强制执行是当事人的权利，是权利救济的重要保障手段，但从共享司法资源的角度讲，被执行人不诚信的行为造成了执行程序拖延和司法资源浪费。如果将剩余保证金人为地强制贴上被执行人财产的标签，那么法院就是通过司法拍卖程序摇身一变成为被执行人的“理财管家”，于情于理都超出了社会公众对公平正义的理性认识和合理期待。这样的处理思路和方式，也容易诱使被执行人为了拖延执行而恶意指使或委托他人代为竞拍，然后悔拍，从而干扰执行程序，影响债权人权利实现。因此，如若将剩余保证金发还被执行人，则无法实现理想的法律效果，更枉谈实现良好的社会效果。

二、能否发还原买受人

《网拍规定》第 24 条已明确规定拍卖成交后买受人悔拍的，交纳的保证金不予退还。将剩余部分退还买受人的观点没有正确认识保证金的性质。要求有参与司法拍卖意向的买受人缴纳保证金，一方面是为了缩小竞拍人范围和提高拍卖效率，另一方面也是为了保障成交率。从《网拍规定》第 24 条的制定本意来看，不予退还保证金和禁止原买受人重新参加竞买，就是为了维护司法的严肃性、权威性，维持正常的拍卖秩序。网络司法拍卖的主体是人民法院，系人民法院行使司法职权的体现，悔拍行为既对司法秩序造成阻碍与挑战，影响执行标的及时变现，也有损当事人权益，致使其他有真实购买意愿的竞买人未能拍受，拉长了财产处置期限，导致申请执行人权益不能及时

兑现。因此，需要对悔拍行为进行惩戒。综上，笔者认为，主张将剩余部分退还买受人，无疑是对司法尊严的亵渎、重创，也不利于形成诚信竞拍的司法拍卖秩序。

三、能否用于执行救助

最高法院执行局编著的《最高人民法院〈关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定〉理解与适用》一书，在对《网拍规定》第 24 条的条文理解部分指出：“依照前述四个顺位对保证金进行处理后，理论上仍可能出现保证金尚有剩余的情况，司法解释起草之初曾考虑将此部分余留资金统一纳入执行司法救助款项，用于促进符合执行救助条件的案件的执行。但该条在审委会讨论时形成了不同意见，因为执行救助有相应的政策规定，是否能够直接纳入等问题还需要征求财政部门等外部门的意见，因此该条意见最终并未保留。鉴于在完成前述四个顺位的处置后，保证金仍有剩余的情况可能极为少见，本条解释对此未进一步明确，该问题还需根据本条解释施行情况，结合执行工作实际，留待即将研究起草的执行救助规范性文件加以解决。”截至目前，最高法院尚未出台执行救助方面的规范性文件。司法实践中，各地法院支出的执行救助专项资金一般是由财政专款支持，因此，将剩余保证金用于执行救助的处置思路，现无依据可言，也缺乏司法实践印证。

四、剩余悔拍保证金的处置思路

在厘清了上述问题后，也就基本明晰了悔拍保证金的支付顺位和

剩余悔拍保证金的处置思路。笔者认为，剩余悔拍保证金不能发放给被执行人，否则，极易让人质疑执行的正当性；也不能退还买受人；用于执行救助则缺乏依据，具体理由上文已有提及。笔者提出的处置思路为：

1. 参照罚款上缴国库。关于如何处置剩余悔拍保证金，笔者的建议是：在法律等规范性文件对此未作明确规定，且上级法院也未明确统一处置意见的情况下，宜根据《网络拍卖规定》第 24 条第 1 款规定，对于不予退还的保证金，应当依次用于支付拍卖产生的费用损失、弥补重新拍卖价款低于原拍卖价款的差价、冲抵本案被执行人的债务以及与拍卖财产相关的被执行人的债务，如还有剩余，则应参照罚款上缴国库。

至于为什么参照罚款而不是罚金或违约金，笔者认为，要从悔拍行为的后果进行分析。悔拍保证金的产生原因是竞拍人的悔拍行为，其直接后果就是客观上延缓了债权的实现效率。为了严肃诉讼秩序和维护司法权威，需要对这种不诚信的诉讼行为进行否定性评价。相较而言，罚金是刑法领域的专指，是财产刑的一种，只能适用于刑事案件的被告人；违约金则是合同的一方当事人不履行或不适当履行合同时，按照合同的约定为其违约行为支付的金钱，其存在于特定的合同主体之间。而罚款的适用范围和对象则较为宽泛，其主要是用于对扰乱诉讼秩序行为的惩戒，既可以适用于案件当事人或其他诉讼参与人，也可适用于庭审中扰乱法庭秩序的旁听人员或执行程序中负有协助义务而不予配合的主体。究其本质，悔拍行为客观上扰乱了诉讼秩

序，是一种不诚信的诉讼行为。因此，作为对悔拍人的惩戒，将剩余悔拍保证金视作罚款上缴国库更为贴切。

2. 兼顾被执行人利益保护。基于公平正义和善意文明执行的理念予以考量，被执行人因买受人悔拍而需要额外负担的利息应从剩余悔拍保证金中提取后发还被执行人。

其一，悔拍导致的拍卖程序重启和起拍价的“折上折”，并引发一般债务利息和迟延履行利息计算期限的延长。这种客观结果并不是被执行人主观意愿和客观行为所致，买受人的不诚信行为才是额外利息损失这颗“果”的“因”。如果由被执行人承担这种额外利息损失，则显失公平正义。竞拍人因悔拍行为也承担了保证金不予退还的违约责任，理应将该部分款项用于弥补额外的利息损失，这与专款专用的原则也是相契合的。

其二，从善意文明执行的角度讲，执行在强调强制性的同时要兼顾被执行人合法权益的维护，如若由被执行人承担额外的利息损失，则侵犯了其合法权益。本案的处理方式则向被执行人一方传递了善意文明执行的司法理念，兼顾了司法强度和温度，也实现了法律效果和社会效果的统一。

（案例刊登于《人民司法》2024 年第 05 期）