



专业 高效 诚信 合作

2018年9月刊

### ➤ 投资

证监会发布《上市公司治理准则》

《关于扩大境外投资者以分配利润直接投资暂不征收预提所得税通知》

### ➤ 融资

《关于金融机构小微企业贷款利息收入免征增值税政策的通知》

《关于加强国有企业资产负债约束的指导意见》

### ➤ 行业动态

证监会就《中华人民共和国公司法修正案》草案公开征求意见

《证券公司和证券投资基金管理公司境外设立、收购、参股经营机构管理办法》

### ➤ 案例分析

保证合同纠纷案

## ■ 投资

## □ 证监会发布《上市公司治理准则》

2018年9月30日，为认真贯彻落实党中央、国务院关于促进资本市场稳定健康发展的决策部署，进一步推动上市公司规范运作，提升公司治理水平，保护投资者合法权益，证监会修订并正式发布《上市公司治理准则》（以下简称“《准则》”），自发布之日起施行。

此次修订《准则》，始终坚持全面贯彻落实党的十九大精神，坚持以人民为中心的发展思想，立足中国国情，借鉴国际经验，在保留原《准则》对上市公司治理主要规范要求的基础上，适应境内外市场变化和公司治理发展趋势，增加了一系列新要求。

证监会于2018年6月15日至7月14日就《准则》修订向社会公开征求意见，对征求意见稿作了进一步修改完善。修订后的《准则》共十章、98条，内容涵盖上市公司治理基本理念和原则，股东大会、董事会、监事会的组成和运作，董事、监事和高级管理人员的权利义务，上市公司激励约束机制，控股股东及其关联方的行为规范，机构投资者及相关机构参与公司治理，上市公司在利益相关者、环境保护和社会责任方面的基本要求，以及信息披露与透明度等。此次修订的重点包括以下几个方面：

一是紧扣新时代的主题，要求上市公司在公司治理中贯彻落实创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念，增加上市公司党建要求，强化上市公司在环境保护、社会责任方面的引领作用。

二是针对我国资本市场投资者结构特点，进一步加强对控股股东、实际控制人及其关联方的约束，更加注重中小投资者保护，发挥中小投资者保护机构的作用。

三是积极借鉴国际经验，推动机构投资者参与公司治理，强化董事会审计委员会作用，确立环境、社会责任和公司治理（ESG）信息披露的基本框架。

四是回应各方关切，对上市公司治理中面临的控制权稳定、独立董事履职、上市公司董监高评价与激励约束机制、强化信息披露等提出新要求。

□ 《关于扩大境外投资者以分配利润直接投资暂不征收预提所得税通知》

2018年9月29日，为贯彻落实党中央、国务院决策部署，进一步鼓励境外投资者在华投资，财政部、税务总局、国家发展改革委和商务部，联合发布《关于扩大境外投资者以分配利润直接投资暂不征收预提所得税政策适用范围的通知》（财税〔2018〕102号）（以下简称“《通知》”）。《通知》自2018年1月1日起执行。

《通知》的主要内容如下：

一、对境外投资者从中国境内居民企业分配的利润，用于境内直接投资暂不征收预提所得税政策的适用范围，由外商投资鼓励类项目扩大至所有非禁止外商投资的项目和领域。

二、境外投资者暂不征收预提所得税须同时满足以下条件：

1. 境外投资者以分得利润进行的直接投资，包括境外投资者以分得利润进行的增资、新建、股权收购等权益性投资行为，但不包括新增、转增、收购上市公司股份（符合条件的战略投资除外）。具体是指：

- （1）新增或转增中国境内居民企业实收资本或者资本公积；
- （2）在中国境内投资新建居民企业；
- （3）从非关联方收购中国境内居民企业股权；
- （4）财政部、税务总局规定的其他方式。

境外投资者采取上述投资行为所投资的企业统称为被投资企业。

2. 境外投资者分得的利润属于中国境内居民企业向投资者实际分配已经实现的留存收益而形成的股息、红利等权益性投资收益。

3. 境外投资者用于直接投资的利润以现金形式支付的，相关款项从利润分配企业的账户直接转入被投资企业或股权转让方账户，在直接投资前不得在境内外其他账户周转；境外投资者用于直接投资的利润以实物、有价证券等非现金形式支付的，相关资产所有权直接从利润分配企业转入被投资企业或股权转让方，在直接投资前不得由其他企业、个人代为持有或临时持有。

三、境外投资者符合《通知》第二条规定条件的，应按照税收管理要求进行申报并如实向利润分配企业提供其符合政策条件的资料。利润分配企业经适当审核后认为境外投资者符合《通知》规定的，可暂不按照企业所得税法第三十七条规定扣缴预提所得税，并向其主管税务机关履行备案手续。

四、税务部门依法加强后续管理。境外投资者已享受《通知》规定的暂不征收预提所得税政策，经税务部门后续管理核实不符合规定条件的，除属于利润分配企业责任外，视为境外投资者未按照规定申报缴纳企业所得税，依法追究延迟纳税责任，税款延迟缴纳期限自相关利润支付之日起计算。

五、境外投资者按照《通知》规定可以享受暂不征收预提所得税政策但未实际享受的，可在实际缴纳相关税款之日起三年内申请追补享受该政策，退还已缴纳的税款。

六、境外投资者通过股权转让、回购、清算等方式实际收回享受暂不征收预提所得税政策待遇的直接投资，在实际收取相应款项后 7 日内，按规定程序向税务部门申报补缴递延的税款。

七、境外投资者享受《通知》规定的暂不征收预提所得税政策待遇后，被投资企业发生重组符合特殊性重组条件，并实际按照特殊性重组进行税务处理的，可继续享受暂不征收预提所得税政策待遇，不按《通知》第六条规定补缴递延的税款。

八、《通知》所称“境外投资者”，是指适用《企业所得税法》第三条第三款规定的非居民企业；《通知》所称“中国境内居民企业”，是指依法在中国境内成立的居民企业。

九、《通知》自 2018 年 1 月 1 日起执行。《财政部 税务总局 国家发展改革委 商务部关于境外投资者以分配利润直接投资暂不征收预提所得税政策问题的通知》（财税〔2017〕88 号）同时废止。境外投资者在 2018 年 1 月 1 日（含当日）以后取得的股息、红利等权益性投资收益可适用《通知》，已缴税款按《通知》第五条规定执行。



## □ 《关于金融机构小微企业贷款利息收入免征增值税政策的通知》

2018年9月5日,为进一步加大对小微企业的支持力度,财政部、税务总局下发《关于金融机构小微企业贷款利息收入免征增值税政策的通知》(财税〔2018〕91号)(以下简称“《通知》”)。

《通知》的主要内容如下:

一、自2018年9月1日至2020年12月31日,对金融机构向小型企业、微型企业和个体工商户发放小额贷款取得的利息收入,免征增值税。金融机构可以选择以下两种方法之一适用免税:

1.对金融机构向小型企业、微型企业和个体工商户发放的,利率水平不高于人民银行同期贷款基准利率150%(含本数)的单笔小额贷款取得的利息收入,免征增值税;高于人民银行同期贷款基准利率150%的单笔小额贷款取得的利息收入,按照现行政策规定缴纳增值税。

2.对金融机构向小型企业、微型企业和个体工商户发放单笔小额贷款取得的利息收入中,不高于该笔贷款按照人民银行同期贷款基准利率150%(含本数)计算的利息收入部分,免征增值税;超过部分按照现行政策规定缴纳增值税。金融机构可按会计年度在以上两种方法之间选定其一作为该年的免税适用方法,一经选定,该会计年度内不得变更。

二、《通知》所称金融机构,是指经人民银行、银保监会批准成立的已通过监管部门上一年度“两增两控”考核的机构(2018年通过考核的机构名单以2018年上半年实现“两增两控”目标为准),以及经人民银行、银保监会、证监会批准成立的开发银行及政策性银行、外资银行和非银行业金融机构。“两增两控”是指单户授信总额1000万元以下(含)小微企业贷款同比增速不低于各项贷款同比增速,有贷款余额的户数不低于上年同期水平,合理控制小微企业贷款资产质量水平和贷款综合成本(包括利率和贷款相关的银行服务收费)水平。金融机构完成“两增两控”情况,以银保监会及其派出机构考核结果为准。

三、《通知》所称小型企业、微型企业,是指符合《中小企业划型标准规定》(工信部联企业〔2011〕300号)的小型企业和微型企业。其中,资产总额和从业人员指标

均以贷款发放时的实际状态确定；营业收入指标以贷款发放前 12 个自然月的累计数确定，不满 12 个自然月的，按照以下公式计算：

$$\text{营业收入（年）} = \text{企业实际存续期间营业收入} / \text{企业实际存续月数} \times 12$$

四、《通知》所称小额贷款，是指单户授信小于 1000 万元（含本数）的小型企业、微型企业或个体工商户贷款；没有授信额度的，是指单户贷款合同金额且贷款余额在 1000 万元（含本数）以下的贷款。

五、金融机构应将相关免税证明材料留存备查，单独核算符合免税条件的小额贷款利息收入，按现行规定向主管税务机关办理纳税申报；未单独核算的，不得免征增值税。金融机构应依法依规享受增值税优惠政策，一经发现存在虚报或造假骗取本项税收优惠情形的，停止享受《通知》有关增值税优惠政策。金融机构应持续跟踪贷款投向，确保贷款资金真正流向小型企业、微型企业和个体工商户，贷款的实际使用主体与申请主体一致。

六、银保监会按年组织开展免税政策执行情况督察，并将督察结果及时通报财税主管部门。鼓励金融机构发放小微企业信用贷款，减少抵押担保的中间环节，切实有效降低小微企业综合融资成本。各地税务部门要加强免税政策执行情况后续管理，对金融机构开展小微金融免税政策专项检查，发现问题的，按照现行税收法律法规进行处理，并将有关情况逐级上报国家税务总局（货物和劳务税司）。财政部驻各地财政监察专员办要组织开展免税政策执行情况专项检查。

七、金融机构向小型企业、微型企业及个体工商户发放单户授信小于 100 万元（含本数），或者没有授信额度，单户贷款合同金额且贷款余额在 100 万元（含本数）以下的贷款取得的利息收入，可继续按照《财政部 税务总局关于支持小微企业融资有关税收政策的通知》（财税〔2017〕77 号）的规定免征增值税。

#### □ 《关于加强国有企业资产负债约束的指导意见》

2018 年 9 月 13 日，为深入贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想 and 党的十九大精神，落实中央经济工作会议、全国金融工作会议和中央财经委员会第一次会议部署，加强国有企业资产负债约束，降低国有企业杠杆率，推动国有资本做强做优做大，增强经济发展韧性，提高经济发展质量，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于

加强国有企业资产负债约束的指导意见》（以下简称“《指导意见》”），要求各地区各部门结合实际认真贯彻落实。

《指导意见》全文如下：

## 一、总体要求

### 1. 总体目标

加强国有企业资产负债约束是打好防范化解重大风险攻坚战的重要举措。要通过建立和完善国有企业资产负债约束机制，强化监督管理，促使高负债国有企业资产负债率尽快回归合理水平，推动国有企业平均资产负债率到 2020 年年末比 2017 年年末降低 2 个百分点左右，之后国有企业资产负债率基本保持在同行业同规模企业的平均水平。

### 2. 基本原则

（1）坚持全面覆盖与分类管理相结合。所有行业、所有类型国有企业均纳入资产负债约束管理体制。同时，根据不同行业资产负债特征，分行业设置国有企业资产负债约束指标标准。突出监管重点，对超出约束指标标准的国有企业，结合企业所处发展阶段，在综合评价企业各类财务指标和业务发展前景基础上，根据风险大小采取适当管控措施。严格控制产能过剩行业国有企业资产负债率，适度灵活掌握有利于推动经济转型升级发展的战略性新兴产业、创新创业等领域的国有企业资产负债率。

（2）坚持完善内部治理与强化外部约束相结合。加强国有企业资产负债约束要与深化国有企业改革、建立现代企业制度、优化企业治理结构等有机结合，建立健全长效机制。同时，通过强化考核、增强企业财务真实性和透明度、合理限制债务融资和投资等方式，加强国有企业资产负债外部约束。

（3）坚持提质增效与政策支持相结合。各有关方面要积极主动作为，根据总体目标要求进一步明确高负债国有企业降低资产负债率的目标、步骤、方式，并限期完成。国有企业要坚持提质增效、苦练内功，通过扩大经营积累增强企业资本实力，在严防国有资产流失前提下，不断降低资产负债率。同时，要为高负债国有企业降低资产负债率创造良好政策和制度环境，完善资本补充机制，扩大股权融资，支持盘活存量资产，稳妥有序开展债务重组和市场化债转股。

## 二、分类确定国有企业资产负债约束指标标准

国有企业资产负债约束以资产负债率为基础约束指标，对不同行业、不同类型国有企业实行分类管理并动态调整。原则上以本行业上年度规模以上全部企业平均资产负债率为基准线，基准线加5个百分点为本年度资产负债率预警线，基准线加10个百分点为本年度资产负债率重点监管线。国有企业集团合并报表资产负债率预警线和重点监管线，可由相关国有资产管理部門根据主业构成、发展水平以及分类监管要求确定。邮政、铁路等特殊行业或无法取得统计数据行业的企业资产负债率预警线和重点监管线，由相关国有资产管理部門根据国家政策导向、行业情况并参考国际经验确定。

由国务院国资委履行出资人职责的中央企业，资产负债率管控工作继续执行现行要求，实践中再予以调整完善。金融类国有企业资产负债约束按照现有管理制度和标准实施。

## 三、完善国有企业资产负债自我约束机制

1. 合理设定资产负债率水平和资产负债结构。国有企业要根据相应资产负债率预警线和重点监管线，综合考虑市场前景、资金成本、盈利能力、资产流动性等因素，加强资本结构规划与管理，合理设定企业资产负债率和资产负债结构，保持财务稳健、有竞争力。

2. 加强资产负债约束日常管理。国有企业经营管理层要忠实勤勉履职，审慎开展债务融资、投资、支出、对外担保等业务活动，防止有息负债和或有债务过度累积，确保资产负债率保持在合理水平。在年度董事会或股东（大）会议案中，要就资产负债状况及未来资产负债计划进行专项说明，并按照规范的公司治理程序，提交董事会或股东（大）会审议。在企业可能或已实质陷入财务困境时，要及时主动向相关债权人通报有关情况，依法依规与相关债权人协商，分类稳妥处置相关债务。

3. 强化国有企业集团公司对所属子企业资产负债约束。国有企业集团公司要根据子企业所处行业等情况，按照国有企业资产负债率控制指标要求，合理确定子企业的资产负债率水平，并将子企业的资产负债约束纳入集团公司考核体系，确保子企业严格贯彻执行。国有企业集团公司要进一步强化子企业资产、财务和业务独立性，减少母子企业、子企业与子企业之间的风险传染。



4. 增强内源性资本积累能力。国有企业要牢固树立新发展理念，以提高发展质量和效益为中心，着力提升经营管理水平，进一步明确并聚焦主业，瘦身健体，通过创新驱动提高生产率，增强企业盈利能力，提高企业资产和资本回报率，为企业发展提供持续的内源性资本。

#### 四、强化国有企业资产负债外部约束机制

1. 建立科学规范的企业资产负债监测与预警体系。相关国有资产管理部門要建立以资产负债率为核心，以企业成长性、效益、偿债能力等方面指标为辅助的企业资产负债监测与预警体系。对资产负债率超过预警线和重点监管线的国有企业，相关国有资产管理部門要综合分析企业所在行业特点、发展阶段、有息负债和经营性负债等债务类型结构、短期负债和中长期负债等债务期限结构，以及息税前利润、利息保障倍数、流动比率、速动比率、经营活动现金净流量等指标，科学评估其债务风险状况，并根据风险大小程度分别列出重点关注和重点监管企业名单，对其债务风险情况持续监测。

2. 建立高负债企业限期降低资产负债率机制。对列入重点监管企业名单的国有企业，相关国有资产管理部門要明确其降低资产负债率的目标和时限，并负责监督实施。不得实施推高资产负债率的境内外投资，重大投资要履行专门审批程序，严格高风险业务管理，并大幅压减各项费用支出。依据市场化法治化原则，与业务重组、提质增效相结合，积极通过优化债务结构、开展股权融资、实施市场化债转股、依法破产等途径有效降低企业债务水平。

3. 健全资产负债约束的考核引导。相关国有资产管理部門要加强过程监督检查，将降杠杆减负债成效作为企业考核和评价的重要内容。对列入重点关注和重点监管企业名单的企业，要将企业资产负债率纳入年度经营业绩考核范围，充分发挥考核引导作用，督促企业贯彻落实资产负债管控要求。

4. 加强金融机构对高负债企业的协同约束。对资产负债率超出预警线的国有企业，相关金融机构要加强贷款信息共享，摸清企业表外融资、对外担保和其他隐性负债情况，全面审慎评估其信用风险，并根据风险状况合理确定利率、抵质押物、担保等贷款条件。对列入重点关注企业名单或资产负债率超出重点监管线的国有企业，新增债务融资原则上应通过金融机构联合授信方式开展，由金融机构共同确定企业授信额度，避免金融机构无序竞争和过度授信，严控新增债务融资。对列入重点监管企业名单的国有企业，金融机构原则上不得对其新增债务融资。

5. 强化企业财务失信行为联合惩戒机制。加强企业财务真实性和透明度审核监督。国有企业负责人对企业财务真实性负全责，要确保企业不虚报资产隐匿债务，财务信息真实可靠。会计师事务所等专业中介机构要严格按照会计准则规范出具审计报告，客观准确反映企业资产负债状况。加强社会信用体系建设，完善企业财务失信行为联合惩戒机制，将违法违规企业、中介机构及相关责任人员纳入失信人名单，并依法依规严格追究责任，加大处罚力度。

## 五、加强国有企业资产负债约束的配套措施

1. 厘清政府债务与企业债务边界。坚决遏制地方政府以企业债务的形式增加隐性债务。严禁地方政府及其部门违法违规或变相通过国有企业举借债务，严禁国有企业违法违规向地方政府提供融资或配合地方政府变相举债；违法违规提供融资或配合地方政府变相举债的国有企业，应当依法承担相应责任。多渠道盘活各类资金和资产，积极稳妥化解以企业债务形式形成的地方政府存量隐性债务，保障国有企业合法权益。进一步完善国有企业参与国家或地方发展战略、承担公共服务等的合法权益保障机制。各级政府和社会组织要严格落实减轻企业负担的各项政策，一般情况下，不得强制要求国有企业承担应由政府或社会组织承担的公益性支出责任。国有企业自愿承担的，应严格履行相应决策程序。加快推进“三供一业”分离移交，减轻国有企业办社会负担，协助解决国有企业历史遗留问题。

2. 支持国有企业盘活存量资产优化债务结构。鼓励国有企业采取租赁承包、合作利用、资源再配置、资产置换或出售等方式实现闲置资产流动，提高资产使用效率，优化资源配置。鼓励国有企业整合内部资源，将与主业相关的资产整合清理后并入主业板块，提高存量资产利用水平，改善企业经营效益。鼓励国有企业加强资金集中管理，强化内部资金融通，提高企业资金使用效率。支持国有企业盘活土地使用权、探矿权、采矿权等无形资产，充分实现市场价值。积极支持国有企业按照真实出售、破产隔离原则，依法合规开展以企业应收账款、租赁债权等财产权利和基础设施、商业物业等不动产财产或财产权益为基础资产的资产证券化业务。推动国有企业开展债务清理，减少无效占用，加快资金周转。在风险可控前提下，鼓励国有企业利用债券市场提高直接融资比重，优化企业债务结构。

3. 完善国有企业多渠道资本补充机制。以增加经营效益为前提，进一步完善国有企业留存利润补充资本机制。与完善国有经济战略布局相结合，实现国有资本有进有退动态管理，将从产能过剩行业退出的国有资本用于急需发展行业和领域国有企业的资本

补充。充分发挥国有资本经营预算资金的作用，在逐步解决企业历史遗留问题及相关改革成本后，更多作为资本投向关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域。充分运用国有资本投资、运营公司，吸收社会资金转化为资本。积极推进混合所有制改革，鼓励国有企业通过出让股份、增资扩股、合资合作等方式引入民营资本。鼓励国有企业充分通过多层次资本市场进行股权融资，引导国有企业通过私募股权投资基金方式筹集股权性资金，扩大股权融资规模。支持国有企业通过股债结合、投贷联动等方式开展融资，有效控制债务风险。鼓励国有企业通过主动改造改制创造条件实施市场化债转股。

4. 积极推动国有企业兼并重组。支持通过兼并重组培育优质国有企业。鼓励国有企业跨地区开展兼并重组。加大对产业集中度不高、同质化竞争突出行业国有企业的联合重组力度。鼓励各类投资者通过股权投资基金、创业投资基金、产业投资基金等形式参与国有企业兼并重组。

5. 依法依规实施国有企业破产。充分发挥企业破产在解决债务矛盾、公平保障各方权利、优化资源配置等方面的重要作用。支持国有企业依法对扭亏无望、已失去生存发展前景的“僵尸子企业”进行破产清算。对符合破产条件但仍有发展前景的子企业，支持债权人和国有企业按照法院破产重整程序或自主协商对企业进行债务重组。对严重资不抵债失去清偿能力的地方政府融资平台公司，依法实施破产重整或清算，坚决防止“大而不能倒”，坚决防止风险累积形成系统性风险。同时，要做好与企业破产相关的维护社会稳定工作。

## 六、加强国有企业资产负债约束的组织实施

1. 明确各类责任主体。国有企业是落实资产负债约束的第一责任主体，要按照本指导意见要求，明确企业资产负债率控制目标，深化内部改革，强化自我约束，有效防范债务风险，严防国有资产流失，确保企业可持续经营。相关金融机构要根据国有企业资产负债和经营情况，审慎评估企业债务融资需求，平衡股债融资比例，加强贷后管理，开展债务重组，协助企业及时防范和化解债务风险。对落实本指导意见不力和经营行为不审慎导致资产负债率长期超出合理水平的国有企业及其主要负责人，相关部门要加大责任追究力度。对落实本指导意见弄虚作假的国有企业，相关部门要对其主要负责人及负有直接责任人员从严从重处罚。

2. 建立部门信息共享和社会公开监督约束机制。相关国有资产管理部要将列入重点关注和重点监管企业名单的企业及其债务风险状况，报送积极稳妥降低企业杠杆率工

作部际联席会议（以下简称“联席会议”）办公室，并由联席会议办公室通报相关部门，为相关部门开展工作提供必要基础信息。各级相关国有资产管理部要将各类企业资产负债率预警线和重点监管线以及按照规定应公开的企业财务信息，通过“信用中国”等媒介向社会公开，接受社会监督。

3. 加强国有企业资产负债约束实施工作的组织协调。各级相关国有资产管理部要按照本指导意见确定的降低国有企业资产负债率目标和约束标准，分解落实、细化要求、加强指导、严格考核，有关情况及时报告联席会议办公室。各级审计部门要依法独立开展审计监督，促进国有企业资产负债约束落实到位。相关金融管理部门要按照本指导意见进一步明确规则，加强对金融机构的业务指导和督促。各级政府向本级人大常委会报告国有资产管理情况时，应报告国有企业资产负债情况和资产负债率控制情况。联席会议要加强组织领导、统筹协调、检查督导和监督问责，确保国有企业降低资产负债率取得实效。重大问题要及时报告党中央、国务院。

## ■ 行业动态

### ■ 证监会就《中华人民共和国公司法修正案》草案公开征求意见

2018年9月6日，证监会会同财政部、人民银行、国资委、银保监会等有关部门提出完善上市公司股份回购制度的修法建议，就《中华人民共和国公司法修正案》草案公开征求意见。

为深入贯彻党的十九大精神，认真落实习近平总书记关于加强资本市场基础制度建设，加快补足制度短板，健全金融法治一系列重要指示要求，切实增强股份回购制度在服务国有企业改革，深化金融改革，提高上市公司质量，保护上市公司与投资者的合法权益，促进资本市场稳定健康发展中的重要作用，证监会会同财政部、人民银行、国资委、银保监会等有关部门，研究起草了《中华人民共和国公司法修正案》草案（以下简称“修正案草案”），提出了修改《公司法》第一百四十二条股份回购有关规定的建议。经国务院批准，按照立法程序要求，就修正案草案在中国政府法制信息网向社会公开征求意见。

现行《公司法》第一百四十二条规定了股份公司为减少注册资本，与持有本公司股份的其他公司合并，将股份奖励给本公司职工，以及股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份等收购本公司股份的情形，并对公司决策程序和回购股份处理作出了规定。实践中，一些上市公司依法开展了相应的股份回购活动，并积累了一定的经验，发挥了积极作用，但总体而言，现行《公司法》规定的股份回



购情形的范围较窄，决策程序不够简便，缺乏库存股制度，公司回购股份的积极性不高，股份回购制度的应有功能作用没有得到充分发挥。

为完善股份回购制度，充分发挥股份回购制度在优化资本结构、稳定公司控制权、提升公司投资价值、建立健全投资者回报机制等方面的重要作用，为公司回购股份提供比较充分的法律依据，修正案草案对《公司法》股份回购的规定作出以下修改：

一是增加股份回购情形，包括用于员工持股计划，上市公司为配合可转换公司债券、认股权证的发行用于股权转换的，上市公司为维护公司信用及股东权益所必需的，法律、行政法规规定的其他情形等。

二是完善实施股份回购的决策程序，简化公司因实施员工持股计划或者股权激励，上市公司配合可转换公司债券、认股权证发行用于股权转换，以及上市公司为维护公司信用及股东权益等情形实施股份回购的决策程序。

三是建立库存股制度，明确公司因特定情形回购的本公司股份，可以以库存方式持有。

### ■ 《证券公司和证券投资基金管理公司境外设立、收购、参股经营机构管理办法》

2018年9月25日，为依法有序推动证券基金经营机构“走出去”，切实加强证券基金经营机构对境外机构的管理，证监会正式发布《证券公司和证券投资基金管理公司境外设立、收购、参股经营机构管理办法》（以下简称“《管理办法》”）。

按照有关立法程序的要求，自2018年5月4日开始，证监会在官网和中国政府法制信息网，就《管理办法》向社会公开征求意见。共收到来自17家单位（证券公司7家、基金管理公司8家、境外监管机构1家、境外行业协会1家）及5名社会人士的121条反馈意见。各方总体认为，《管理办法》对于依法有序推动证券基金经营机构“走出去”，更好实施国际化战略，进一步加强证券基金经营机构对境外机构的管控具有积极意义，建议尽快发布实施。同时，有关各方也提出了一些具体修改建议，证监会认真梳理研究，采纳了合理可行的意见和建议，相应修改完善《管理办法》。

《管理办法》共三十八条，主要包括四个方面的内容：

一是维持适当门槛，支持机构“走出去”。整合两类机构“走出去”的条件，要求机构诚实守信、合规经营，财务状况及资产流动性良好，法人治理结构健全，风险管理和内部控制有效。

二是规范业务范围，完善组织架构。要求境外子公司突出主营业务，规范组织架构，限制返程投资，并给予现有机构三十六个月过渡期以达到相关要求。

三是督促母公司加强管控，完善境外机构管理。要求母公司依法参与境外子公司法人治理，强化对境外子公司重大事项管理；健全覆盖境外机构的合规管理、风险管理和内部控制体系。

四是加强持续监管，完善跨境监管合作。完善证券基金经营机构信息报送要求，明确证券基金经营机构及相关人员的法律责任。完善跨境监管合作，加强与境外监管机构的信息交流，及时了解境外机构相关情况，有效防范和处置跨境金融风险。

《管理办法》出台后，证监会相应更新证券公司和证券投资基金管理公司境外设立、收购、参股经营机构相关行政许可事项的服务指南，符合条件的证券基金经营机构可依照《管理办法》和服务指南的要求，依法报送相关申请。

## ■ 案例分析

### □ 保证合同纠纷案

#### 【基本案情】

2011年10月25日，马岳丰作为出借人与借款人光耀地产公司签订了《借款合同》（普借字第110102号），借款金额为13000万元；借款期限为30天，月利率1.8%，按月支付；借款期限届满之日一次性清偿借款本息等；郭耀名、光耀地产公司等为上述借款提供担保。后马岳丰与借款人等共同签订了《借款延期补充协议》约定将上述借款期限修改为24个月，自2011年10月25日开始计算。2013年8月1日，新都公司（上市公司）向马岳丰出具了《连带责任保证书》，自愿为马岳丰与借款人光耀地产公司签订的《借款合同》（普借字第110102号）项下的借款本息等提供无条件、不可撤销的连带责任保证，保证期间为主债务履行期限（包括延长借款期限后确定的履行期限）届满后两年；新都公司同时保证依照有关法律、公司章程及公司财务状况，其有权作出并有能力履行此项担保以及确认并同意出借人和借款人可不经保证人同意延长主合同约定的借款期限，保证人将在上述约定的保证期间内承担保证责任等。上述借款期限届满后，由于借款人光耀地产公司及其他担保人均未能依约履行还本付息的

义务，马岳丰遂于2014年4月29日诉至广东省揭阳市中级人民法院，法院受理后于2014年12月12日作出(2014)揭中法民二初字第4号民事判决，确认光耀地产公司结欠马岳丰借款本金13000万元及该款自2013年8月1日起按月利率1.8%计的利息尚未清偿。但上述新都公司于2013年8月1日向马岳丰出具的《连带责任保证书》并未经新都公司的董事会或股东大会审议。遂马岳丰为确认新都公司的连带保证责任，向广东省揭阳市中级人民法院起诉，请求判令：新都公司对本案借款人光耀地产公司的借款本金13000万元及利息承担连带清偿责任。

### 【争议焦点】

新都公司在涉案中的担保行为在没有依其公司章程规定经过董事会决议通过的情况下，该担保行为是否必然无效的问题。

### 【判决结果】

广东省揭阳市中级人民法院经审理后判决：新都公司对光耀地产公司结欠马岳丰的借款本金13000万元及该款自2013年8月1日起至2015年9月14日止，按月利率1.8%计的利息承担连带清偿责任。

新都公司不服一审判决，向广东省高级人民法院提起上诉。2018年6月6日，广东省高级人民法院经审理后判决：驳回上诉，维持原判。

### 【律师点评】

认定担保合同无效，应适用《合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：……（五）违反法律、行政法规的强制性规定的情形”。有关上市公司对外担保的相关法律法规要求如下：《关于规范上市公司对外担保行为的通知》（证监发[2005]120号）第一条第一项规定：“上市公司对外担保必须经董事会或股东大会审议”；《公司法》第十六条规定：“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或股东会、股东大会决议”。

那么上述两个法律法规的规定是否属于《合同法》中的“法律、行政法规的强制性规定情形”？

#### 1. 《关于规范上市公司对外担保行为的通知》的效力如何？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第四条规定：“合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制

定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据”。中国证券监督管理委员会《关于规范上市公司对外担保行为的通知》并不属于国务院制定的行政规范畴，只是对上市公司进行管理的规定，故不能以该通知作为判定上市公司对外担保行为是否存在效力的依据。

## 2. 《公司法》第十六条规定是否属于强制性规定？

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十四条规定：“合同法第五十二条第五项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定”。所谓效力性强制性规定，指法律及行政法规明确规定违反了这些禁止性规定将导致合同无效或者合同不成立的规范；或者，虽然法律及行政法规没有明确规定违反这些禁止性规范后将导致合同无效或者不成立，但是如果违反了这些禁止性规范的合同继续履行，将损害国家利益、社会公共利益或第三人重大利益的规范。而与此相对应的则为管理性强制性规定，即指法律及行政法规没有明确规定违反此类规范将导致合同无效或者不成立，违反此类规范继续履行合同，将会受到国家行政制裁，但合同本身并不损害国家、社会公共利益以及第三人的利益，而只是破坏了国家对交易秩序的管理规范。违反此类规范后，如果使合同继续有效也并不损害国家或者社会公共利益，而只是损害当事人的利益。

综上，《公司法》第十六条之规定符合管理性的内涵特征，在性质上属管理性强制性规定，不属于效力性强制性规定。因此，上市公司的担保行为未经其董事会或股东大会审议，也并不意味着该担保行为对外必然无效。

## ■ 瑾瑞概况

瑾瑞律师事务所是一家专业从事能源、环境以及资源领域法律服务的律师事务所，在企业投融资法律服务方面处于领先地位，同时为企业与个人财富风险管理提供了卓有成效的法律服务。瑾瑞秉承专业、高效、诚信、合作的执业理念，通过专业分工和团队合作，能够为客户提供优质、高效、全面的法律服务。

瑾瑞律师皆毕业于国内外著名法学院，在企业投资、融资和财富风险管理方面积累了丰富的经验，基于对中国文化、行业背景以及中国法律及实践的深入了解，瑾瑞律师关注并能够理解客户的实际需求，有能力为客户遇到的实际问题提供稳妥、实用、有针对性的解决方案。瑾瑞律师通过相互沟通、业务培训以及自我学习不断提升个人业务素养，始终站在相关领域发展的最前沿。



瑾瑞在能源、环境、资源领域拥有广泛的客户群体，为了协助客户在中国境外的投资、融资及商业活动，瑾瑞已与多家境外知名律师事务所建立良好的合作关系，积极保障客户的合法权益。

本法规专递仅以提供信息为目的，在任何情形下均不应代替法律咨询，也不应被作为法律意见或法律依据。如您对本法规专递有任何问题或建议，请通过电话 010-87181817 或电子邮件 [inquiry@jinruilaw.com](mailto:inquiry@jinruilaw.com) 与我们联系。