

TAHOTA

[金融行业] 法律信息简报

第 067 期

2019 年 5 月 10 日



主办：泰和泰私募基金法律中心

主编：向飞

编辑：朱晓莉、杨苏芮、邓练、倪娜娜

➤ 行业法规（摘选）

发文单位	文号	名称	要点
最高人民法院	法释 (2019) 7 号	《最高人民法院 关于适用〈中 华人民共和国 公司法〉若干问 题的规定（五）》	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 颁布： 2019 年 04 月 28 日 ✓ 实施： 2019 年 04 月 29 日 ✓ 要点：一、明确了履行法定程序不能豁免关联交易赔偿责任。同时规定符合条件的股东可以提起代表诉讼，为中小股东提供了追究关联人责任的依据；二、明确了董事职务的无因解除与相对应的离职补偿，厘清了公司与董事的法律关系，增强股东权益保护，降低了代理成本；三、明确了公司作出分配利润的决议后，完成利润分配的最长时限，使股东利润分配请求权落到实处；四、建立了有限责任公司股东重大分歧解决机制，强调法院在相关案件审理中强化调解，引导股东协商解决分歧，恢复公司正常经营，避免公司解散。
国务院	国发 (2019) 9 号	《改革国有资 本授权经营体 制方案》	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 颁布： 2019 年 04 月 28 日 ✓ 实施： 2019 年 04 月 28 日 ✓ 要点：《方案》明确，将更多具备条件的中央企业纳入国有资本投资、运营公司试点范围，赋予企业更多经营自主权。方案明确，授权国有资本投资、运营公司董事会审批子企业股权激励方案，支持所出资企业依法合规采用股票期权、股票增值权、限制性股票、分红权、员工持股以及其他方式开展股权激励。国有资本投资、运营公司以资本为纽带、以产权为基础开展国有资本运作。通过清理退出一批、重组整合一批、创新发展一批，实现国有资本形态转换，变现后投向更需要国有资本集中的行业和领域。
国务院	国务院令	《国务院关于	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 颁布： 2019 年 04 月 23 日

	第 714 号	修改部分行政法规的决定》	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 实施： 2019 年 04 月 23 日 ✓ 要点： 《决定》 修订企业所得税法实施条例等 4 部行政法规， 包括《中华人民共和国注册建筑师条例》 《建设工程质量管理条例》 《公共场所卫生管理条例》 《中华人民共和国企业所得税法实施条例》 。 包括将《中华人民共和国企业所得税法实施条例》 第五十一条修改为：“ 企业所得税法第九条所称公益性捐赠， 是指企业通过公益性社会组织或者县级以上人民政府及其部门， 用于符合法律规定的慈善活动、 公益事业的捐赠” 等内容。
财政部、国家税务总局	财政部、税务总局公告 2019 年第 64 号	《关于永续债企业所得税政策问题的公告》	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 颁布： 2019 年 01 月 01 日 ✓ 实施： 2019 年 04 月 16 日 ✓ 要点： 一、 企业发行的永续债， 可以适用股息、 红利企业所得税政策， 即： 投资方取得的永续债利息收入属于股息、 红利性质， 按照现行企业所得税政策相关规定进行处理， 其中， 发行方和投资方均为居民企业的， 永续债利息收入可以适用企业所得税法规定的居民企业之间的股息、 红利等权益性投资收益免征企业所得税规定； 同时发行方支付的永续债利息支出不得在企业所得税税前扣除。 二、 企业发行符合规定条件的永续债， 也可以按照债券利息适用企业所得税政策， 即： 发行方支付的永续债利息支出准予在其企业所得税税前扣除； 投资方取得的永续债利息收入应当依法纳税。
国家税务总局、 国家发展改革委、 财政部、 国务院国有	税总发 (2019) 49 号	《关于坚决查处第三方涉税服务借减税降费巧立名目乱收费行为的通	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 颁布： 2019 年 04 月 04 日 ✓ 实施： 2019 年 04 月 04 日 ✓ 要点： 《通知》 明确： 一、 要开展第三方借减税降费巧立名目乱收费行为专项整治， 进一步加强电子发票第三方平台等涉税服务收费监管， 对降低企业

资产监督管理委员会、国家市场监督管理总局、国家档案局		知》	经营成本，维护纳税人和缴费人合法权益，确保减税降费的真金白银真正落到企业；二、要畅通投诉举报渠道，建立快速反应机制，对纳税人和各方面反映的电子发票第三方平台等涉税服务乱收费问题，要迅速调查核实和处理反馈；三、税务部门要立即组织电子发票第三方平台开展自查自纠，对发现存在乱收费问题的，要责令其限期整改。
国务院关税税则委员会	税委会 (2019) 17 号	《国务院关税税则委员会关于调整进境物品进口税有关问题的通知》	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 颁布： 2019 年 04 月 08 日 ✓ 实施： 2019 年 04 月 09 日 ✓ 要点： 一、将进境物品进口税目 1、2 的税率分别调降为 13%、20%；二、将税目 1 “药品” 注释修改为 “对国家规定减按 3% 征收进口环节增值税的进口药品，按照货物税率征税”。
财政部、国家税务总局、国务院扶贫开发领导小组	财政部、税务总局、国务院扶贫办公告 2019 年第 55 号	《关于扶贫货物捐赠免征增值税政策的公告》	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 颁布： 2019 年 04 月 10 日 ✓ 实施： 2019 年 01 月 01 日 ✓ 要点： 《公告》明确，自 2019 年 1 月 1 日至 2022 年 12 月 31 日，对单位或者个体工商户将自产、委托加工或购买的货物通过公益性社会组织、县级及以上人民政府及其组成部门和直属机构，或直接无偿捐赠给目标脱贫地区的单位和个人，免征增值税。在政策执行期限内，目标脱贫地区实现脱贫的，可继续适用上述政策。在 2015 年 1 月 1 日至 2018 年 12 月 31 日期间已发生的符合上述条件的扶贫货物捐赠，可追溯执行上述增值税政策。已向购买方开具增值税专用发票的，应将专用发票追回后方可办理免税。无法追回专用发票的，不予免税。
国家税务总局	国家税务局公告 2019 年第	《关于办理增值税期末留抵税额退税有关	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 颁布： 2019 年 04 月 30 日 ✓ 实施： 2019 年 05 月 01 日 ✓ 要点： 《公告》明确，同时符合以下条件的纳税人，

	20 号	事项的公告》	<p>可以向主管税务机关申请退还增量留抵税额：一、自 2019 年 4 月税款所属期起,连续六个月(按季纳税的,连续两个季度)增量留抵税额均大于零,且第六个月增量留抵税额不低于 50 万元；二、纳税信用等级为 A 级或者 B 级；三、申请退税前 36 个月未发生骗取留抵退税、出口退税或虚开增值税专用发票情形的；四、申请退税前 36 个月未因偷税被税务机关处罚两次及以上的；五、自 2019 年 4 月 1 日起未享受即征即退、先征后返(退)政策的。</p> <p>增量留抵税额,是指与 2019 年 3 月底相比新增加的期末留抵税额。</p>
深圳证券交 易所	-	<p>《深圳证券交 易所信用保护 工具业务指引》</p> <p>《深圳证券交 易所信用保护 工具业务指南 第 1 号——信 用保护合约》</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 颁布： 2019 年 04 月 08 日 ✓ 实施： 2019 年 04 月 08 日 ✓ 要点：一是在参与者管理方面,明确了合约核心交易商和凭证创设机构需符合的条件、备案文件要求以及备案流程。二是在合约业务方面,细化合约申报要素、标准保护费率等内容。三是在凭证业务方面,进一步细化凭证创设说明书内容要求、凭证转让申报方式和申报要素、暂停和恢复转让相关安排等内容。四是在信用事件发生后的结算安排方面,进一步明确信用事件决定日的确定方式、结算时间安排、结算通知书内容要求、实物结算金额和现金结算金额的确定方式等内容。五是在信息披露方面,进一步细化交易所信息披露安排、凭证创设信息披露要求、创设机构年度报告内容要求、凭证及合约重大事项披露要求等内容。六是在风险控制方面,进一步细化交易所风险控制和对市场参与者监督管理的相关安排。

上海证券交 易所	-	《科创板股票 发行与承销业 务指引》	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 颁布： 2019 年 04 月 16 日 ✓ 实施： 2019 年 04 月 16 日 ✓ 要点：《业务指引》明确：一是规范引入战略投资者实践，限定了战略投资者家数，从概括性要素与主体类别两方面设置了条件资格，并明确禁止各类利益输送行为；二是建立保荐机构相关子公司跟投制度，明确参与跟投的主体为发行人的保荐机构依法设立的另类投资子公司或者实际控制该保荐机构的证券公司依法设立的另类投资子公司等；三是规定新股配售经纪佣金安排，承销商向获配股票的战略配售者、网下投资者收取的佣金费率应当根据业务开展情况合理确定；四是引导超额配售选择权行为，强化了主承销商在“绿鞋”操作中的主体责任，对行使安排、全流程披露、记录保留、实施情况报备等方面作出要求；五是细化发行定价配售程序，强化了网下投资者询价报价约束，允许发行人和主承销商合理设置询价条件与细化分类配售，同时为充分揭示个别新股定价偏高的投资风险，设置了梯度风险警示机制。
全国中小企 业股份转让 系统有限责 任公司	-	《关于规范挂 牌公司股份回 购业务的通知》	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 颁布： 2019 年 04 月 12 日 ✓ 实施： 2019 年 04 月 12 日 ✓ 要点：一是要求挂牌公司应当结合实际、“量力而行”，合理设定回购价格、回购规模，在价格方面，应当避免因高价回购导致市场操纵、利益输送等问题，在规模方面，挂牌公司应当结合回购目的、财务状况、经营情况和现金流量等因素合理确定回购规模；二是要求主办券商把好回购入口关，对回购方案审慎发表合法合规意见；三是要求加强对回购交易指令的管理，防范变相定向回购；四是强化监

			<p>察,打击违规定向回购行为。个别挂牌公司采用“对敲”手法,通过与特定投资者进行盘中约定交易等方式,变相实施了定向回购。无论是在一般的二级市场交易还是回购交易中,“对敲”行为都是被禁止的。</p>
<p>全国中小企业股份转让系统有限责任公司</p>	-	<p>《挂牌公司股票发行常见问题解答(四)——特殊投资条款》</p>	<p>✓ 颁布: 2019年04月19日</p> <p>✓ 实施: 2019年04月19日</p> <p>✓ 要点: 一、明确了投资者参与挂牌公司股票发行时约定的特殊投资条款,应当符合的监管要求;二、明确了挂牌公司对投资者参与股票发行时约定的特殊投资条款应当履行的内部审议程序;三、明确了挂牌公司对投资者参与股票发行时约定的特殊投资条款如何进行披露;四、明确了主办券商与律师对投资者参与挂牌公司股票发行时约定的特殊投资条款应当如何发表专项核查意见;五、明确了投资者参与挂牌公司股票发行时约定的特殊投资条款在备案审查通过后,是否可以变更或者新增。</p>

其他

- 2019年4月26日,第十三届全国人大常委会第十次会议对《中华人民共和国证券法(修订草案三次审议稿)》进行了审议。
- 2019年4月26日,第十三届全国人大常委会第十次会议对《中华人民共和国民法典物权编(草案二次审议稿)》《中华人民共和国民法典人格权编(草案二次审议稿)》进行了审议。

➤ 行业新闻（摘要）

国家税务总局：小微企业普惠性税收减免政策 100 问

2019 年 4 月 1 日，国家税务总局发布小微企业普惠性税收减免政策 100 问，其中包括增值税政策、企业所得税政策、地方税种和相关附加减征政策三大部分。其中，在理解增值税按次纳税和按期纳税时，国家税务总局回答：按次纳税和按期纳税，以是否办理税务登记或者临时税务登记作为划分标准。凡办理了税务登记或临时税务登记的小规模纳税人，月销售额未超过 10 万元（按季纳税的小规模纳税人，为季度销售额未超过 30 万元）的，都可享受增值税免税政策。未办理税务登记或临时税务登记的小规模纳税人每次销售额未达到 500 元的免征增值税，达到 500 元的则需要正常征税。对于经常代开发票的自然人，建议主动办理税务登记或临时税务登记，以充分享受小规模纳税人月销售额 10 万元以下免税政策。

首批 7 只科创板基金获批

2019 年 4 月 22 日，首批 7 只科创板基金获批。尽管在前期上报过程中，部分公司申请多只产品，但目前各公司均只有 1 只产品获批。获批产品包括：华夏科技创新混合型证券投资基金、富国科技创新灵活配置混合型证券投资基金、易方达科技创新混合型证券投资基金、工银瑞信科技创新 3 年封闭运作混合型证券投资基金、嘉实科技创新混合型证券投资基金、汇添富科技创新灵活配置混合型证券投资基金、南方科技创新混合型证券投资基金。业内人士表示，科创板新的发行制度和定价机制，对基金公司专业性和风控能力提出更高要求。由于科技创新类企业主要聚集于信息技术、生物医药和高端装备等领域，基金管理人在科创领域的投研实力和对成长性企业的甄选能力，将对此类产品业绩至关重要。

新三板挂牌公司新增股份登记可实现电子化办理

为配合新三板股票发行制度改革，完善定向发行配套技术支持系统建设，进一步提升新三板服务中小微企业能力，全国股转公司以“流程优化、程序简化、效率提升”为原则，设计开发了BPM系统新增股份登记对接中国结算模块，实现新三板挂牌公司股份登记电子化。经与中国结算充分沟通测试后，将于2019年4月15日正式上线。

新增股份模块将实现以下功能：一是提升股份登记效率。红头盖章电子函取代纸质函供发行人下载，节约了领取纸质函的人力成本和时间成本，提升了募集资金使用效率；二是提升数据准确性。结构化股份登记数据在全国股转公司和中国结算之间通过线上传送处理，全国股转公司推送的数据与发行人在中国结算系统端填报的数据实现系统自动校对；三是便捷信息披露。新增《挂牌公司股份挂牌并公开转让的公告》将在中国结算系统端编制，并在全国股转公司官网进行信息披露。

“新三板投融通”平台上线：促进民营中小微企业融资发展

2019年4月19日，“新三板投融通”平台上线启动仪式在北京举行。“新三板投融通”平台基于新三板海量结构化信息数据，通过互联网平台、移动客户端及微信媒介，通过实现银企精准对接、投融资分类数据归集、融资方分类数据检索、智能推送与互动、市场综合服务五大功能，旨在进一步强化新三板市场服务能力，提升投融资双方对接效率，降低信息检索成本。此次发布的“新三板投融通”一期银企对接功能，将通过“贷前数据检索”、“贷中信息发布”以及“贷后持续信息服务”三类功能，加强银企对接，进一步拓展挂牌公司信息维度，为银行筛选企业提供有力支撑，以便银行进一步丰富适宜挂牌公司的银行贷款产品特别是中长期贷款产品，满足挂牌公司多样化的资金需求。

银保监会等：实现网上信息查询和抵押登记申请

2019年4月10日，自然资源部、中国银保监会发布《关于加强便民利企服务合作的通知》（以下简称“《通知》”）。《通知》提出，加强便民利企服务合作，互设不动产抵押登记和抵押贷款服务点，协同贷款审批、不动产登记资料查询与不动产抵押登记，加快推进“互联网+不动产抵押登记”，提升金融风险防范能力，支持金融业更加有效服务经济社会发展。

《通知》还提出，不动产登记机构要制定相关标准，确定数据开放边界和信息共享范围，开通网络端口，联通不动产登记和银行业金融机构业务系统，支持银行业金融机构经授权或以抵押权人身份，通过网络依法查询相关不动产登记信息，与抵押人提交申请材料、提出登记申请。要深化部门间信息共享，方便不动产登记机构在线查询、获取和核实银行业金融机构金融许可证信息。

四部门：从事污染防治的第三方企业可享受所得税优惠

2019年4月25日，财政部、税务总局、国家发展改革委、生态环境部4部门联合发布了《关于从事污染防治的第三方企业所得税政策问题的公告》（以下简称“《公告》”），决定对符合条件的从事污染防治的第三方企业（以下简称第三方防治企业）减按15%的税率征收企业所得税。

《公告》所称第三方防治企业应当同时符合以下条件：在中国境内（不包括港、澳、台地区）依法注册的居民企业；具有1年以上连续从事环境污染治理设施运营实践，且能够保证设施正常运行；具有至少5名从事本领域工作且具有环保相关专业中级及以上技术职称的技术人员，或者至少2名从事本领域工作且具有环保相关专业高级及以上技术职称的技术人员；从事环境保护设施运营服务的年度营业收入占总收入的比例不低于60%；具备检验能力，拥有自有实验室，仪器配置可满足运行服务范围内常规污染物指标的检测需求；保证其运营的环境保护设施正常运行，使污染物排放指标能够连续稳定达到国家或者地方规定的排放标准要求；具有良好的纳税信用，近三年内纳税信用等级未被评定为C级或D级。

《外商投资法》对外商投资基金的影响

作者 邓练

2019年3月15日，第十三届全国人民代表大会第二次会议审议通过了《中华人民共和国外商投资法》（以下简称“《外商投资法》”）。《外商投资法》将《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》和《中华人民共和国外资企业法》（合称“三资企业法”）同时废止。至此，《外商投资法》将最近几年来中国在外资管理领域的改革和调整的结果，通过最高立法机构的立法予以制度化，确立了准入前国民待遇加负面清单制度，取消过去三资企业法下逐案审批或备案制度。

依据《外商投资法》规定，在中华人民共和国境内的外商投资，适用本法。所谓外商投资，是指外国的自然人、企业或者其他组织（以下称外国投资者）直接或者间接在中国境内进行的投资活动，包括下列情形：（一）外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内设立外商投资企业；（二）外国投资者取得中国境内企业的股份、股权、财产份额或者其他类似权益；（三）外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内投资新建项目；（四）法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资。据此，私募基金行业的外商投资准入及经营也将受《外商投资法》的调整。本文将就《外商投资法》对外商投资基金的影响作出分析。

一、外商投资的准入含义

对于外商投资的准入，《外商投资法》确立了对外商投资的“准入前国民待遇加负面清单管理制度”，以逐步取代逐案审批制管理模式。具体而言，根据《外商投资法》第四条，所谓“准入前国民待遇”，是指在投资准入阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇；所谓“负面清单”，是指国家规定在特定领域对外商投资实施的准入特别管理措施。国家对负面清单之外的外商投资，给予国民待遇。

针对其中“准入前国民待遇”，在私募投资领域，按照发生时段的不同，国民待遇可以分为准入前国民待遇和准入后国民待遇。准入后国民待遇发生在外商投资私募基金建立后。而准入前国民待遇发生在外商投资私募基金设立、取得阶段，给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇，其核心是东道国给予外国资本市场准入的国民待遇。

（一）外商投资者的准入类别

外商投资的领域，根据“负面清单制度”分为鼓励、允许、限制、禁止四类。具体而言，针对禁止类和限制类，《外商投资法》第二十八条规定，外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域，外国投资者不得投资。外商投资准入负面清单规定限制投资的领域，外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的条件。同样地，《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2018年版）》（以下简称“《负面清单（2018）》”）亦规定，境外投资者不得投资《负面清单》中禁止外商投资的领域；投资《负面清单》之内的非禁止投资领域，须进行外资准入许可。针对鼓励类和允许类，《负面清单》明确列出鼓励类、禁止类和限制类外商投资的

行业名录，负面清单之外则属于允许类。《外商投资法》第四条规定，国家对负面清单之外的外商投资，给予国民待遇。

因此，外国投资者在中国境内设立私募基金，或者对中国境内私募基金进行投资的，应当具体审核该基金为负面清单中何种投资领域。若该基金为负面清单中禁止类投资领域，则该外国投资者将不允许投资或该私募基金将不被允许设立；若该基金为负面清单内，限制投资领域的，则该投资者应当符合相关规定的限制条件；若该基金非负面清单的禁止、限制投资领域的，则属于允许类，与负面清单明确的鼓励类投资领域同样地在《外商投资法》实施后，对外国投资者及该基金的设立均予以国民待遇。

（二）外商投资的准入限制

2017年7月30日发布的《商务部关于外商投资企业设立及变更备案管理有关事项的公告》规定，自由贸易试验区内，国家规定实施准入特别管理措施的范围，自2017年7月10日起，依照《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2017年版）》的规定执行（后被《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2018年版）》废止，以下简称“《自贸区负面清单（2018）》”）；自由贸易试验区外，国家规定实施准入特别管理措施的范围，自2017年7月28日起，依照《外商投资产业指导目录（2017年修订）》（以下简称“《指导目录（2017）》”）中《外商投资准入特别管理措施（外商投资准入负面清单）》（被《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2018年版）》废止，以下简称“《负面清单（2018）》”）的规定执行。

首先，针对私募创业投资基金（FIVC基金），《指导目录（2017）》中明确规定，鼓励外商投资产业目录：“七、租赁和商务服务业 320. 创业投资企业”，并且《自贸区负面清单（2018）》未对创业投资企业进行禁止或限制。因此，私募创业投资基金为明确的市场准入正面清单之列并应当给予准入前国民待遇。

其次，针对私募股权投资基金（QFLP基金），由于股权投资业务本身被视为与二级市场的证券投资业务相对应的投资管道，其并未被监管机构视为需要明确规制市场准入的产业。因此其虽然未被《负面清单（2018）》明确列为外商投资产业中禁止类或限制类投资领域，但也未被任何文件明确为允许类或鼓励类。

由于股权投资企业未在负面清单之列，创业投资企业为负面清单明确之鼓励类，因此，原则上《外商投资法》正式实施后股权投资私募基金及创业投资私募基金的外资准入将放宽。但我国对外商投资股权投资企业（QFLP）以及外商投资创业投资企业（FIVC）监管由来已久，最终是否能完全实现准入前国民待遇仍存在不确定性。

最后，针对私募证券投资基金，《自贸区负面清单（2018）》第八条“金融业”中第25条以及《负面清单（2018）》第八条“金融业”中第27条规定，证券公司的外资股比不超过51%，证券投资基金管理公司的外资股比不超过51%（2021年取消外资股

比限制)。因此,目前证券投资基金为外商投资准入负面清单规定限制投资的领域,其进行投资应当符合上述规定的条件。并且,结合2016年6月发布的《私募基金登记备案相关问题解答(十)》(以下简称“《问答十》”)规定,对在中国境内申请开展私募证券基金管理业务的外商独资和合资私募证券基金管理公司设置了若干准入限制,比如其必须为在中国境内设立的公司、境外股东为所在国家或者地区金融监管当局批准或者许可的金融机构且境外股东所在国家或者地区的证券监管机构已与中国证监会或者中国证监会认可的其他机构签订证券监管合作谅解备忘录、该私募证券基金管理机构及其境外股东最近三年没有受到监管机构和司法机构的重大处罚。

(三) 外商投资备案方式

《外商投资法》出台前,三资企业法确立了外商投资项目的逐案审批制,即每一个外商投资项目均需提交中国外商投资管理部门并获得批准方可进行。而2018年6月30日发布的《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》(以下简称“《办法》”)确定了一般备案制加负面清单下的审批制。

《外商投资法》第三十四条规定,国家建立外商投资信息报告制度。外国投资者或者外商投资企业应当通过企业登记系统以及企业信用信息公示系统向商务主管部门报送投资信息。外商投资信息报告的内容和范围按照确有必要原则确定;通过部门信息共享能够获得的投资信息,不得再行要求报送。

首先,针对属于负面清单之外的创业投资基金以及股权投资基金。在《外商投资法》通过之前,该类外商投资项目的信息报告是根据《办法》执行,通过商务部的外商投资综合管理平台,在线填报和提交《外商投资企业设立(或变更)备案申报表》及相关文件办理备案手续。现依据《外商投资法》负面清单管理制度,国家对负面清单之外的外商投资,应当给予国民待遇。因此,创业投资基金管理公司以及股权投资基金管理公司应实行备案管理制,不需审批机关的批准,只需要到商务部门报送投资信息备案即可。但若如此,现行外商投资企业境内再投资、外商投资性公司、外商投资创业投资企业等各项制度都将面临重大调整,是否会完全取消审批仍然存在不确定性。

其次,针对属于负面清单之内的证券投资基金,是否延续逐案审批管理制度以及准入特别管理措施的落实方式等均要通过配套细则以及监管实践观察。但由于《办法》的上位法和依据是三资企业法,因此,在《外商投资法》施行后,应当按《外商投资法》颁布新的信息报告规则执行。但其是否仍需在向工商和市场监督管理部门办理设立登记,以及变更登记时向商务部门在线报送或单独报送外商投资企业设立备案信息,亦或是通过部门信息共享能够获得的信息不得再行要求报送等,尚待相关法规出台以进一步细化。

二、投资外汇管制

我国目前的法律法规对于外国投资者以外币在境内参与基金设立和投资外汇管制方面施加了较为严格的限制。《外商投资法》第二十一条规定,外国投资者在中国境内的出资、

利润、资本收益、资产处置所得、清算所得等，可以依法自由汇入、汇出。但同时第三十二条也规定，外商投资企业开展生产经营活动，应当遵守法律、行政法规有关劳动保护、社会保险的规定，依照法律、行政法规和国家有关规定办理税收、会计、外汇等事宜，并接受相关主管部门依法实施的监督检查。

（一）结汇比例上，外商投资私募基金的外汇资本金实行意愿结汇

根据国家外汇管理局于 2015 年 3 月 30 日颁布的《关于改革外商投资企业外汇资本金结汇管理方式的通知》（汇发[2015]19 号，以下简称“《19 号文》”）第一条规定，外商投资企业外汇资本金实行意愿结汇，具体是指外商投资企业资本金账户中经外汇局办理货币出资权益确认（或经银行办理货币出资入账登记）的外汇资本金可根据企业的实际经营需要在银行办理结汇。外商投资企业外汇资本金意愿结汇比例暂定为 100%。

（二）结汇账户上，外商投资私募基金的外汇资本金结汇权限下放至银行，且银行加强境外直接投资真实性、合规性审核，防范假借投资之名实为非法转移资本的情形

针对结汇账户的开立，根据《19 号文》第二条的规定，外商投资私募基金的外汇资本金意愿结汇所得人民币资金纳入结汇待支付账户管理。外商投资私募基金原则上应在银行开立一一对应的资本项目-结汇待支付账户（以下简称结汇待支付账户），用于存放意愿结汇所得人民币资金，并通过该账户办理各类支付手续，将结汇后资金投入所发起的投资基金中。外商投资私募基金在同一银行网点开立的同名资本金账户、境内资产变现账户和境内再投资账户可共用一个结汇待支付账户，其按支付结汇原则结汇所得人民币资金不得通过结汇待支付账户进行支付。

针对结汇账户的材料，根据《国家外汇管理局关于进一步推进外汇管理改革完善真实合规性审核的通知》（汇发〔2017〕3 号）第八条的规定，外商投资私募基金在办理投资的登记和资金汇出手续时，除应按规定提交相关审核材料外，还应向银行说明投资资金来源与资金用途（使用计划）情况，提供董事会决议（或合伙人决议）、合同或其他真实性证明材料。银行按照展业原则加强真实性、合规性审核。

（三）结汇方式上，允许外商投资私募基金以资本金结汇所得人民币资金进行境内股权投资

根据《19 号文》第四条规定，针对外商投资性公司（FIC）、外商投资创业投资企业（FIVC）和外商投资股权投资企业（QFLP）在投资私募基金时，除原币划转股权投资款外，允许以投资为主要业务的以上三类企业在其境内所投资基金真实、合规的前提下，按实际投资规模将外汇资本金直接结汇或将结汇待支付账户中的人民币资金划入被投资企业账户。

三、小结

《外商投资法》的出台提高了投资环境的开放度、透明度和可预期性，将促进更多的外

资流入国内市场，未来或会有更多的外资私募基金管理人参与到国内的私募行业中。虽然仍然存在对证券投资基金管公司的负面清单、股权投资的审批不确定性和结汇的监管，但是对于股权投资基金公司，尤其创业投资基金公司的外资进入更加宽容。中国证券投资基金业协会或将针对外资申请私募基金管理人登记及基金备案发布更多更详细、完善的规定。中国的私募基金领域将成为一个外资更为开放进入并可平等经营的领域。

法定代表人越权担保的效力认定分析

——(2017)最高法民再 210 号案

作者 倪娜娜

【裁判要点】

要点一：法定代表人违反《中华人民共和国公司法》第十六条的越权担保行为，只有在相对人善意无过失的情况下，该担保合同的效果才归属于公司。

要点二：判断相对人是否尽到合理审查义务须结合合同印章真伪、法定代表人身份等形式要素和当事人之间关联程度、担保权人知悉法定代表人越权可能性等实质要素综合判断。

【案例回顾】

林瑛于 2012-2013 年与林昌华签署了三份《借款担保协议》，出借了三笔款项共计 5100 万元，分别由泛华公司、标镍公司、林翠妍进行担保。截至上述协议所载还款之日，林昌华及相关担保人尚有本金 2700 万元及利息未予归还。2014 年 3 月 26 日，林瑛与林昌华、泛华公司、标镍公司、元华资产公司、林翠妍重新签订了《债权债务确认书》，其上载明“泛华公司、标镍公司、林翠妍、元华资产公司在确认书中自愿以其各自名下所有财产对上述三笔借款的本金 2700 万元、利息 172.2 万元及违约金承担连带保证责任”。截至《债权债务书》确认还款之日，上述款项仍未归还，林瑛将上述借款人及担保人全部诉至法院。后经鉴定，《债权债务确认书》上所加盖的元华资产公司“公章”系由时任法定代表人的林翠妍伪造。林翠妍在本案中进行的担保均未获得公司的内部同意。另，林昌华与林宝明同为福建省福清籍商人，本案借款系林昌华向林宝明所借，只是双方商定林宝明以其侄女林瑛的名义出借案涉款项。林昌华与林翠妍系父女关系。

【法院判决】

一审法院判决，《债权债务确认书》中所盖的印章系伪造，元华资产公司对《债权债务确认书》未作出意思表示，无需对林昌华的上述债务承担连带责任。

二审法院判决，印章虽系伪造，但该《债权债务确认书》上还有时任元华资产公司法定代表人林翠妍的签名确认，因此《债权债务确认书》对元华资产公司具有法律约束力，元华资产公司对林昌华的上述债务承担连带责任。

再审法院判决，尽管《债权债务确认书》已经加盖公章并由公司法定代表人林翠妍签字确认，但不足以认定债权人林瑛已尽到了善意相对人的审查义务，案件相关事实表明林瑛在

接受元华资产公司提供的担保时存在重大过失，元华资产公司无需对林昌华的上述债务承担连带责任。

➤ 相关法律

《中华人民共和国公司法》（以下简称“《公司法》”）第十六条：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，由董事会或者股东会、股东大会决议。

《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）第五十条：法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

➤ 案例索引

厦门元华资产管理有限公司、林瑛民间借贷纠纷一审民事判决[(2016)闽民终816号]
厦门元华资产管理有限公司、林瑛民间借贷纠纷二审民事判决[(2014)厦民初字第1756号]

厦门元华资产管理有限公司、林瑛民间借贷纠纷再审民事判决[(2017)最高法民再210号]

【法律分析】

本案的争议焦点在于，时任法定代表人林翠妍以元华资产公司的名义为案涉借款提供担保行为效果是否归属于公司，即案涉《债权债务确认书》能否对元华资产公司产生约束力。该争议焦点实际包含了两个核心，一是林翠妍越权代表公司对外担保是否会因未履行《公司法》第十六条规定的前置程序而直接被判定为无效；二是在《公司法》第十六条不能直接决定林翠妍越权担保行为效力的情形下，该行为可否被认定为表见代理。

一、关于林翠妍越权代表公司对外担保是否会因违反《公司法》第十六条所规定的前置程序而直接被判定为无效的问题

该问题主要涉及对《公司法》第十六条的理解，即该条是否属于“效力性强制性”规定。本案中三级法院均未就此问题展开详细阐述，但从三级法院均未以违反《公司法》第十六条为由而直接判定林翠妍越权担保行为无效的处理可以分析出，三级法院均未将此条认定为效力性强制性规定。这也是目前司法实践中的主流观点。

实践中，支持此种观点的主要理由可归纳如下：第一，从规范对象分析，该条调整的是

公司内部管理事项，系规范公司治理的管理性规范，仅对公司内部对股东、董事、监事及高级管理人员具有普遍约束力，对外并不对合同效力产生影响；第二，从立法目的分析，该条的立法目的是保护公司、股东和债权人的利益，防止法定代表人等公司工作人员违反公司的真实意思超越权限擅自为他人提供担保，因此应当进行实质重于形式的审查，从实质考察该担保行为是否符合公司真意，而非直接从形式上简单否定担保行为的效力；第三，从价值取向看，认定该条款无效不利于维护交易安全，而保护全社会交易安全的意义远大于加强和规范公司治理的意义；第四，从法律原则上看，该条款并未明确规定违反前置程序会导致对外担保合同无效，本着民事法律“法无禁止皆可为”的原则，法官无权直接否定其效力。¹

虽主流观点如此，但仍有少数观点认为，《公司法》第十六条应属效力性强制性规定。主要的理由是：《公司法》第十六条属于法定的分权限制，是法律对公司法定代表人和它的组织机构在担保权限下的一种明确划分。这种划分是为保护股东而设，如在此设定下担保行为仍是经法定代表人签字盖章即可生效则无法达到帮助股东把控担保风险的效果，背离了立法初衷。

两相比较，显然主流观点更具有说服力。虽然上述少数观点目前已渐淡出司法实践，但它对股东利益的强调时刻都在提醒司法者思考，在给予公司代表越权担保行为更大法律生存空间的基础上如何实现股东利益和担保权人利益的平衡，这种平衡在下述分析表见代理善意相对人的认定标准时已有具体体现。

二、关于在《公司法》第十六条不能直接决定林翠妍越权担保行为效力的情形下，该行为是否符合表见代理的构成要件的问题

除去特殊的前置程序要求，林翠妍作为法定代表人的越权担保行为与一般越权代表行为无异，而法定代表人越权代表行为的效果是否可归属于公司的核心在于，相对人是否属于《合同法》第五十条规定的“知道或应当知道其（法定代表人）代理权限”的情形，换言之，相对人是否尽到了对代理人代理权限的合理审查义务。

就本案而言，二审法院与再审法院对合理审查义务认定标准有显著不同，这也是造成二审和再审判决结果大相径庭的主要原因。二审法院认为，《债权债务确认书》有时任元华资产公司法定代表人林翠妍的签名确认，该签名、盖章的行为不仅代表了其个人对保证人身份的确认，也是履行法定代表人职务的行为，林瑛作为善意的签约方，基于对林翠妍身份的信

¹ 参见（2016）最高法民再194号、（2018）最高法民终1268号、（2017）最高法民终36号、（2018）最高法民终298号民事判决书。

任,也完全有理由相信其代表元华资产公司作出的担保意思表示是真实的。再审法院则认为,在林瑛与泛华公司、标镍公司签订的《借款担保协议》中特别约定将两公司的股东会决议作为该协议的附件,但对于元华资产公司却未做同样的要求,这种区别对待有违一般的商业理性,且元华资产公司担保的《借款担保协议》上虽然加盖了公司印章,但该协议签订之时元华资产公司尚未成立,故林瑛在接受担保之时,连保证人当时是否存在都未做核实,未尽基本的核查义务,存在重大过失,并非善意相对人。

一般情形下,法定代表人掌控着公司的公章,在担保合同上签字盖章易如反掌,二审法院以此形式要件的存在即认定担保权人尽到了合理审查义务的审判思路显然过于狭隘,没有恰当地兼顾到股东利益的保护。相比二审法院,再审法院在上述形式要件的基础上,加入担保权人缔约能力以及当事人之间特殊关系等实质内容进行综合审查的逻辑明显更加周延,也更能从实质上维护股东合法权益。就笔者看来,再审法院的逻辑更值得认可的地方在于其中还蕴含了司法者对《公司法》第十六条规定的对外担保前置程序的尊重。虽然法院不能因违反前置程序直接否定法定代表人越权担保行为的效力,但因为这个对世规则的存在,法院在认定越权担保善意相对人时会比认定一般越权行为善意相对人设置更严苛的条件,这也是本案再审法院将担保权人知晓前置性程序的可能性作为判断其是否尽到合理审查义务的重要原因。这种尊重在实践也有诸多体现,例如上市公司、银行等金融机构、国有企业发生法定代表人越权担保情形时,法院多会直接以担保权人未能出示公司相关决议为由直接认定其非为善意相对人,因为多数法院认为这些特殊的机构在做出担保时需要出具相关决议应是社会共识,相对人在与其缔结合同时要求其出具公司决议是基本的审查义务。

另,一审法院的判决结果虽然与再审法院相同,但其以案涉《债权债务确认书》上所盖公司印章系伪造为由直接认定合同对公司无约束力,完全忽视本案中代理人这一角色对合同效力产生的影响的做法和再审法院对法律关系抽丝剥茧的处理显然不可同日而语。严格来说,二审法院和再审法院只是对法律的理解不同,而一审法院则是法律适用错误。

【风险提示】

目前司法实践对于债权人接受《公司法》第十六条规定的对外担保时应尽的审查义务并无统一的裁判标准,因此建议债权人在签署公司作为担保人的担保合同时注意:

1. 对担保人的代理人身份进行确认。如代理人系公司法定代表人,则以工商登记为准,如代理人出示股东会/股东大会决议证明公司已完成了法定代表人变更只是尚未变更工商登记,建议债权人应在其完成相关工商变更后再签订合同,因为决议不具有对外公示的效力,

债权人难以确保其真伪；如代理人系公司其他人员，建议债权人首先要求公司提供相关的书面委托授权书，其次还应根据该员工的职务内容判断公司授权其签署担保合同是否合理。在可以选择的情况下，仍建议债权人直接与法定代表人签署担保协议，以避免员工伪造公司授权委托书所带来的风险。

2. 要求代理人在担保协议上签字并加盖公司公章。这是担保协议的基本形式要求，虽然加盖公章不代表公司必然受此约束，但至少能够证明相对人在尽力对代理人的权限进行审查，能够在法官认定善意第三人时增加其内心确信。

3. 要求担保人提供其现行有效的公司章程，以及公司同意担保的相关决议，包括但不限于董事会、股东会/股东大会决议。尤其是在商事合同中，司法者普遍认为商事主体有更强的风险识别和承担能力，因此在签订相关合同时会对商事主体施加更多的审查义务。

当然，债权人只需审查担保公司提供文件形式的合法性，至于实际真伪则无需探究，如本案中二审、再审法院都未拘泥于印章真伪来判断担保效力。只要债权人能够尽到合理审慎的形式审查义务，即使担保合同并非公司真实意思表示或者股东会或者股东大会、董事会决议被人民法院依法撤销或确认无效，也不影响担保公司理应承担的担保责任。

契约型、合伙型与公司型基金的区别（一）

作者 邓练

按组织形式进行划分，私募基金可分为契约型、合伙型与公司型，这种划分也是中国基金业协会（以下简称“协会”）正式发布的基金合同指引的分类基础。不同的组织形式会对私募基金的监管要求、运作模式、治理结构、税务负担等产生完全不同的影响，基金管理人可根据基金业务的适应要求和各参与主体间的权利义务关系安排选择适合的组织形式。本期私募课堂着重对不同组织形式基金的基本概念及运作模式予以分析。

一、各类基金概念

（一）公司型私募基金

公司型私募基金是投资者依据公司法成立的独立的公司法人实体，并由公司法人实体自行或委托专业基金管理人进行管理的私募基金，可采取有限责任公司或股份有限公司的组织形式。有限责任公司由五十个以下股东出资设立，股份有限公司由二人以上二百人以下发起，两类公司的投资人均仅以出资额为限对基金的债务承担有限责任。投资人通过购买公司股份（即投资）成为公司股东与基金的持有人，投资财产转化为基金资产，按其所持“基金份额”承担有限责任，并以股息的形式分享基金运作收益。

（二）有限合伙型私募基金

有限合伙型私募基金是投资者依据合伙企业法成立的有限合伙企业，并由基金管理人负责具体投资运作的基金，由二个以上五十个以下合伙人设立（GP 至少 1 个，LP 不超过 49 个），全部合伙人由普通合伙人（GP）和有限合伙人（LP）组成。

有限合伙型私募基金具有明显的人资两合的特性：GP 具有丰富的投资管理经验、渠道、资源等，可以少量出资且可以劳务出资（按国际惯例，GP 一般按 1%的比例对基金少量出资），并对有限合伙企业的债务承担无限连带责任；LP 出资一般占基金资金的绝大比例，但基金投资、管理经验相对不足，不得以劳务出资，并以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任，不执行合伙事务，不得对外代表基金。

（三）契约型私募基金

契约型私募基金属于私募股权信托投资（为代理投资制度的基本范畴，是指信托公司将信托计划下取得的资金进行权益类投资），由基金管理人与投资人基于契约关系而设立的委托与受托管理法律关系的一种投资模式，通常有信托、资管计划、私募基金等几种方式，不具有独立的法人资格。投资人要遵循《中华人民共和国证券投资基金法》规定，合格投资者累计不得超过二百人。2015 年 4 月 24 日实施的《证券投资基金法》第三条“基金管理人、

基金托管人和基金份额持有人的权利、义务，依照本法在基金合同中约定”为私募基金采用契约形式运作提供了法律依据。

二、各类基金运作模式

（一）公司型私募基金

《私募投资基金合同指引 2 号》第五条第八款规定，公司型基金可以采取自我管理，也可以委托其他私募基金管理机构管理。即公司制的基金运作有两种形式，自我管理与委托管理。

首先，自我管理指基金公司自聘管理团队。具体而言，公司型基金的自我管理运作模式下，基金管理人作为公司的经营管理团队直接参与公司投资管理。对董事会而言，由其经过股东大会的授权后代表股东行使对重大事项的决策权和监督权，受股东大会的监督并对投资人负责，一般重大投资需经投资人本人同意；对基金管理人而言，接受基金公司聘用负责管理运作基金财产，由董事会授权负责基金投资管理的日常经营活动，接受董事会监督。

其次，受托管理指基金公司采取委托管理方式将资产委托私募基金管理人进行管理。具体而言，公司型基金的受托管理运作模式下，常由公司委托外部投资顾问公司或投资管理公司作为基金管理人具体负责投资经营业务，报经董事会决策。

最后，公司会将资产委托给基金托管人（有基金综合托管资质的商业银行等）保管，基金股份的出售一般也委托专门的销售公司进行。股东通过如董事的选任、解任，投资基金策略、委任投资顾问合约等决议间接监督基金管理人，基金托管人亦由公司自行选择，股东可通过对基金托管人异议权的行使对基金托管人进行监督。

（二）有限合伙型私募基金

《私募投资基金合同指引 3 号》第五条第七款规定，合伙型基金的管理人可以是合伙企业执行事务合伙人，也可以委托给其他私募基金管理机构。因此，有限合伙型私募基金投资人通常为自我管理，也可以委托管理。

有限合伙制私募基金一般不委托管理公司进行资金管理，直接由普通合伙人进行资产管理、运作企业事务，即基金管理人通常与 GP 二者合一。有时合伙型基金也雇佣外部人管理基金。基金管理人全面负责基金的投资和运营，掌握基金的管理和投资等各项重大事项的决策权。有限合伙型私募基金的投资人根据签订的《有限合伙协议》约定 GP 和 LP 的权利义务。合伙人会议为基金最高决策机构，但其仅负责对合伙人退伙、入伙、身份转让、权益转让、清算等事项作出决策，并不对合伙企业投资业务进行管理。投资决策委员会负责处理基金运作中的投资业务并作出投资决策，其委员可由普通合伙人、有限合伙人委派人员或者以及专

家组成，普通合伙人可对决策提出建议。

（三）契约型私募基金

根据《私募投资基金合同指引起草说明》，契约型基金本身不具备法律实体地位，其与基金管理人的关系为信托关系，因此契约型基金无法采用自我管理。基金管理人依据基金合同的约定对基金进行管理，履行包括募集资金、确定投资方向、对管理的基金财产分别管理等职责。

契约型私募基金由基金投资人、基金管理人及基金托管人签订基金合同，通过合同设立专项契约型基金。基金份额持有人基于合同享有投资收益，基金管理人、基金托管人根据基金合同管理、运用基金财产。基金托管人由有基金综合托管资质的商业银行、证券公司等金融机构担任。由基金托管人以基金名称开立基金财产的资金托管账户。托管过程中，托管人向目标公司发放资金，并收取托管费用。基金合同也可约定私募基金不进行托管，但必须在基金合同中明确保障私募基金财产安全的制度措施和纠纷解决机制。