

XMLCA 厦门上市公司协会
SFAXM 厦门证券期货业协会
天衡联合律师事务所
联合办刊



资本市场法律特刊

管理风险 · 创造价值

04 最新法规快报

08 律师专栏

08 起风了：外商投资企业组织机构大变革浪潮来袭

16 股份回购新规解读

20 最高人民法院关于不动产执行异议争议焦点之历年判例综述



厦门上市公司协会简介

厦门上市公司协会是由厦门上市公司以及相关公司和机构自愿结成的具有法人资格的、行业性、地方性、非营利性的社会团体。英文全称The Listed Company Association of Xiamen,英文简称（XMLCA）。协会接受业务主管单位中国证券监督管理委员会厦门监管局和登记管理机关厦门市民政局的业务指导和监督管理。

协会于2003年9月28日举行协会（筹备）成立会员代表大会。同年10月8日厦门市民政局发文批准并于10月15日向协会颁发了《社会团体法人登记证书》。协会自成立以来已历时四届，分别于2006年12月、2009年12月和2014年3月进行换届。

目前，协会拥有会员单位63家，由48家境内上市公司、1家境外上市公司、4家拟上市公司和10家相关中介服务机构组成。协会第四届理事会由31名成员组成。厦门国贸集团股份有限公司董事长许晓曦当选本届协会会长，协会主要职能是：以“服务、自律、规范、提高”为工作宗旨，为上市公司等会员单位搭建一个互动交流的服务平台，加强上市公司及其董监高人员的自律管理和规范意识，维护会员的合法权益，推进上市公司现代企业制度建设和诚信建设，提高上市公司质量，促进上市公司和证券市场的健康发展。

协会成立以来，在加强上市公司及其董监高人员的自律管理和业务培训的同时，还积极为拟上市公司提供政策法规咨询、协助沪深交易所举办培训班、组织开展上市公司间的工作交流、加强自律和法制宣传、探讨企业管理和投资者关系管理等工作，为规范公司治理、减少关联交易、健全内控机制，并为促进上市公司和厦门辖区资本市场的健康发展发挥了积极作用，得到了监管部门和政府有关部门的肯定。同时，被厦门市社会组织管理工作领导小组评为厦门市先进社会组织，获得“中国社会组织评估等级4A”资质。

协会的业务范围是：

- 一、制定协会会员行为规范、职业道德规范等自律性管理规章，实行自律管理。
- 二、指导和组织会员执行有关证券法律、法规和政策。
- 三、组织各类专业的培训，提高会员诚信、勤勉、尽责的社会责任和规范运作水平。
- 四、加强与地方政府、证券监管部门和中国上市公司协会、证券交易所的联系，及时反映会员的意见和建议，维护会员的合法权益。
- 五、组织开展会员间的业务交流活动，举办相关的讲座、论坛、研讨会，组织有关的学术交流、考察活动。
- 六、搜集、整理国内外证券市场及其监管的信息、资料，创建服务平台，加强协会网站和会刊建设，扩大宣传、交流和服务的窗口。
- 七、组织开展投资者关系管理，协助会员与媒体进行沟通和联系，为会员营造良好的舆论环境。
- 八、承担地方政府有关部门、证券监管部门、中国上市公司协会和证券交易所委托的其他工作。

XMLCA 厦门上市公司协会
The listed.company association xiamen

厦门证券期货业协会简介

厦门证券期货业协会（以下简称“协会”，英文全称THE SECURITIES & FUTURES ASSOCIATION OF XIAMEN，英文简称SFAXM）成立于1995年11月，是由厦门地区证券、期货经营机构及基金管理机构共同自愿结成的厦门证券期货基金行业自律性组织，经厦门市民政局核准登记的非营利性社会团体。

协会历经五届会员大会、理事会，截至2018年3月底共有会员单位334家，其中证券经营机构会员123家、期货经营机构会员41家、私募基金管理机构会员160家、咨询机构及从事证券业务的会计师事务所、律师事务所、资产评估所等中介机构会员10家。

协会的宗旨是：遵守宪法、法律、法规和相关政策，遵守社会道德风尚；强化厦门证券期货基金业的自律管理；发挥政府与证券期货基金行业间的桥梁和纽带作用；为会员服务，维护会员的合法权益；维护证券期货市场的公开、公平和公正，推动厦门证券期货市场持续、健康、稳定发展。

多年来，协会在厦门证监局的指导下，认真履行“自律、服务、传导”的职能，不断完善自身建设，致力于厦门证券期货基金行业诚信自律体系建设、培训与交流、投资者保护、纠纷调解、党组织建设等工作，力争推动厦门证券期货市场持续、健康、稳定发展。协会先后被厦门市民政局、福建省民政厅评为“社会团体先进单位”，连续13年被厦门市直机关工委授予“文明单位”、连续5年被市红十字会评为“先进单位”，2013年获评“中国社会组织等级评估4A级”资质。

厦门证券期货业协会网址：www.xmsa.org.cn。微信公众号：厦门证券期货业协会。



厦门证券期货业协会
The Securities & Futures Association of Xiamen

本期主题：资本市场与金融法律服务

资本市场与金融是天衡的一项核心业务，在资本市场方面，天衡不仅在IPO、新三板业务中表现突出，而且在重大资产重组及上市公司证券服务方面拥有全国领先水平的专家团队。2015年度，天衡位居福建省新三板服务推荐挂牌律所第一名。天衡汇集了一批理论功底扎实、经验丰富的证券与金融律师，组成专业服务团队。天衡还是两岸资本市场服务联盟的发起单位之一，与合作伙伴一起促进两岸资本市场服务市场的发展。天衡专业金融律师团队谙熟中国公司法、证券法等相关证券法律法规和政策，从整体方案设计到具体法律障碍的排除均有一套独到的经验。

天衡在此领域提供的专业服务主要包括：

公司境内股票发行及上市或挂牌（主板、中小板、

创业板、新三板）

境外股票发行及上市

公司地方场外交易市场公司挂牌融资

公司境内外债券发行及上市

公司融资（风险投资、PE投资、战略投资）

私募股权基金的发起设立

上市公司常年法律顾问（公司治理、信息披露、关

联交易、股东大会见证）

改制与重组方案设计

法律审慎调查

协助拟订重组协议、股东发起人协议、关联交易协

议、公司章程以及其他相关法律文件

协助建立并完善公司法人治理结构

协助拟订招股说明书等信息披露文件

出具法律意见书

债务重组和不良资产处置

资产证券化和融资租赁

金融期货、期权及其他衍生产品交易

税务筹划及财富管理

商业贷款、银团贷款、信用贷款和抵押贷款

债券发行

进出口信贷及其他贸易融资。票据和信用证法律服务

飞机、船舶和大型通用机器设备租赁融资

能源和基础设施项目融资

金融资产管理和债务重组

金融衍生产品交易法律服务

金融诉讼及银行不良债权清收

若有进一步了解需求，欢迎向联系人提出咨询并

索要相关材料。



联系人：厦门办公室：0592-5883666

福州办公室：0591-83810300



LAW

最新法规快报

法规新讯

1. 第十三届全国人民代表大会第二次会议关于政府工作报告的决议（2019.03.15 发布）

【内容提要】2019年3月15日第十三届全国人民代表大会第二次会议通过关于政府工作报告的决议。第十三届全国人民代表大会第二次会议听取和审议了国务院总理李克强所作的政府工作报告。会议充分肯定国务院过去一年的工作，同意报告提出的2019年经济社会发展总体要求、政策取向、目标任务和重点工作，决定批准这个报告。

2. 中华人民共和国外商投资法（2019.03.15 发布/2020.01.01 实施）

【内容提要】为了进一步扩大对外开放，积极促进外商投资，保护外商投资合法权益，规范外商投资管理，推动形成全面开放新格局，促进社会主义市场经济健康发展，根据宪法，制定本法。

3. 中华人民共和国个人所得税法(2018修正)（2018.08.31发布/2019.01.01实施）

【内容提要】加大对符合居民个人标准的境外人士税收优惠力度，以更好吸引境外人才；为支持鼓励自主创业，对个体工商户等经营主体在计算经营所得时给予家庭生计必要支出减除；明确个人缴付符合国家规定的企业年金、职业年金，购买符合国家规定的商业健康保险、税收递延型商业养老保险的支出，以及国务院规定的其他项目可以依法扣除；优化与专项附加扣除政策相关的纳税服务，明确工资、

薪金所得可以由扣缴义务人在扣缴税款时减除专项附加扣除，其他综合所得在汇算清缴时减除专项附加扣除，纳税人可以委托扣缴义务人或者其他单位和个人办理汇算清缴。

4. 中华人民共和国电子商务法（2018. 08. 31发布/2019. 01. 01实施）

【内容提要】对关系消费者生命健康的商品或者服务，电商平台经营者对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务，或者对消费者未尽到安全保障义务，造成消费者损害的，依法承担相应的责任。电商平台经营者对平台内经营者侵害消费者合法权益行为未采取必要措施，或者对平台内经营者未尽到资质资格审核义务，或者对消费者未尽到安全保障义务的，由市场监督管理部门责令限期改正，可以处五万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿，并处五十万元以上二百万元以下的罚款。

5. 央行等多部门联合发文推进金融服务乡村振兴（2019. 02. 11发布）

【内容提要】为切实提升金融服务乡村振兴效率和水平，人民银行、银保监会、证监会、财政部、农业农村部日前联合印发了《关于金融服务乡村振兴的指导意见》。意见明确，到2020年，要确保金融精准扶贫力度不断加大、金融支农资源不断增加、农村金融服务持续改善、涉农金融机构公司治理和支农能力明显提升。到2035年，推动建立多层次、广覆盖、可持续、适度竞争、有序创新、风险可控的现代农村金融体系，最终实现城乡金融资源配置合理有序和城乡金融服务均等化。

6. 国务院关于修改部分行政法规的决定（2019）（2019. 03. 02 发布/2019. 03. 02 实施）

【内容提要】为确保行政机关依法履行职责；进一步推进简政放权、放管结合、优化服务改革，更大程度激发市场、社会的创新创业活力，国务院对机构改革、政府职能转变和“放管服”改革涉及的有关行政法规进行了清理。

[相关链接（点击文章名称进行跳转）：天衡解析 | 国资委监事会委派制度迎变局，审计机关被赋新使命](#)

7. 国务院关于取消和下放一批行政许可事项的决定（2019. 02. 27 发布/2019. 02. 27 实施）

【内容提要】国务院决定取消25项行政许可事项，下放6项行政许可事项的管理层级。

8. 国务院办公厅关于有效发挥政府性融资担保基金作用切实支持小微企业和“三农”发展的指导意见（2019. 01. 22 发布/2019. 01. 22 实施）

【内容提要】一是回归担保主业。明确政府性融资担保机构业务运作的“四个不得”，即不得偏离主业盲目扩大业务范围，不得为政府债券发行提供担保，不得为政府融资平台融资提供增信，不得向非融资担保机构进行股权投资。

二是聚焦支小支农。要求政府性融资担保机构严格控制闲置资金运作规模和风险，压缩大中型企业担保业务，逐步将支小支农担保业务占比提高到80%以上，重点支持单户担保金额500万元及以下的小微企业和“三农”主体。

三是切实降费让利。明确政府性融资担保机构不以营利为目的，在可持续经营前提下，保持较低费率水平。

9、最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定（2018.12.12发布/2019.01.01实施）

【内容提要】知识产权许可合同的被许可人申请诉前责令停止侵害知识产权行为的，独占许可合同的被许可人可以单独向人民法院提出申请；排他许可合同的被许可人在权利人不申请的情况下，可以单独提出申请；普通许可合同的被许可人经权利人明确授权以自己的名义起诉的，可以单独提出申请。申请诉前行为保全，应当向被申请人住所地具有相应知识产权纠纷管辖权的人民法院或者对案件具有管辖权的人民法院提出。

10. 最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）（2018.12.29发布/2019.02.01 实施）

【内容提要】当事人对建设工程开工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：

（一）开工日期为发包人或者监理人发出的开工通知载明的开工日期；开工通知发出后，尚不具备开工条件的，以开工条件具备的时间为开工日期；因承包人原因导致开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期。

（二）承包人经发包人同意已经实际进场施工的，以实际进场施工时间为开工日期。

（三）发包人或者监理人未发出开工通知，亦无相关证据证明实际开工日期的，应当综合考虑开工报告、合同、施工许可证、竣工验收报告或者竣工验收备案表等载明的时间，并结合是否具备开工条件的事实，认定开工日期。

11. 最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法从事资金支付结算业务、非法买卖外汇刑事案件适用法律若干问题的解释（2018.12.12发布/2019.02.01 实施）

【内容提要】最高人民法院、最高人民检察院日前联合发布《关于办理非法从事资金支付结算业务、非法买卖外汇刑事案件适用法律若干问题的解释》，规定实施倒买倒卖外汇或者变相买卖外汇等非法买卖外汇行为，扰乱金融市场秩序，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。

根据解释，非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇，具有下列情形之一的，应当认定为非法经营行为“情节严重”：（一）非法经营数额在五百万元以上的；（二）违法所得数额在十万元以上的。非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇，具有下列情形之一的，应当认定为非法经营行为“情节特别严重”：（一）非法经营数额在二千五百万元以上的；（二）违法所得数额在五十万元以上的。

12. 关于在上海证券交易所设立科创板并试点注册制的实施意见（2019.01.30发布/ 2019.01.30实施）

【内容提要】证监会发布设立科创板试点注册制实施意见：允许亏损企业上市

《实施意见》明确，在科创板试点注册制，合理制定科创板股票发行条件和更加全面深入精准的信息披露规则体系。上交所负责科创板发行上市审核，中国证监会负责科创板股票发行注册。中国证监会将加强对上交所审核工作的监督，并强化新股发行上市事前事中事后全过程监管。

13. 人社部、教育部等九部门发布《关于进一步规范招聘行为促进妇女就业的通知》（2019.02.18发布/ 2019.02.18实施）

【内容提要】人社部、教育部等九部门近日发布《关于进一步规范招聘行为促进妇女就业的通知》（以下简称《通知》），《通知》对招聘环节中就业性别歧视的具体表现进一步作出了细化规定。明确要求各类用人单位、人力资源服务机构在拟定招聘计划、发布招聘信息、招用人员过程中，不得限定性别（国家规定的女职工禁忌劳动范围等情况除外）或性别优先，不得以性别为由限制妇女求职就业、拒绝录用妇女，不得询问妇女婚育情况，不得将妊娠测试作为入职体检项目，不得将限制生育作为录用条件，不得差别化地提高对妇女的录用标准。

14. 国家外汇管理局关于跨国公司跨境资金集中运营管理规定（2019.03.15 发布/2019.03.15实施）

【内容提要】国家外汇管理局日前正式发布《跨国公司跨境资金集中运营管理规定》，进一步深化跨国公司跨境资金集中运营管理改革，持续推进跨境贸易和投融资自由化便利化。

新规简化外债和境外放款登记管理，对跨境资金集中运营项下的外债和境外放款实行“一次性登记”；允许跨国公司备案后直接开展资本项目收入结汇支付便利化改革试点，在相关资金结汇和支付使用时，无需事前逐笔提供真实性证明材料；跨国公司主办企业以国内资金主账户为主办理跨境资金集中运营各项业务，国内资金主账户为多币种（含人民币）账户，账户币种和数量均无限制。

新规取消合作银行不超过3家的限制，取消企业在备案前“应明确外债、境外放款集中额度在各家开户银行的具体分配”限制；取消手工报表，通过电子化手段及时采集相关数据。

律师专栏

起风了：外商投资企业组织机构大变革浪潮来袭



◆ 林博怀 律师

擅长领域：并购重组、资本市场与金融、私募股权、跨境投资
联系电话：0592-6304547



◆ 洪安妮 律师助理

擅长领域：并购重组、资本市场与金融、私募股权、跨境投资
联系方式：0592-6304579

2019年3月15日，在改革开放40年后的关键节点，为贯彻中央进一步扩大对外开放的方针政策，第十三届全国人大第二次会议审议并表决通过了《外商投资法》，该部法律将自2020年1月1日起实施。届时，诞生于改革开放初期的《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》（以下合称“外资三法”）将退出历史舞台，而《外商投资法》将作为外商投资新时代的领航者，揭开外商投资企业新一轮变革的序幕。

一、《外商投资法》给外商投资企业的组织机构带来了什么影响？

相较于2015年1月曾公开征求意见、但最终束之高阁的《外国投资法（草案征求意见稿）》中条分缕析的规定，本次亮相的《外商投资法》进行了大幅瘦身，针对外商普遍关心的投资保护和管理问题，重点明确了全面实行准入前国民待遇加负面清单管理制度、不实行征收、保护知识产权、禁止强制转让技术等重要举措。在众多外商投资政策变化中，笔者关注到内资企业和外商投资企业“分而治之”的局面将被打通——外商投资企业的组织形式、组织机构及活动准则，将适用《公司法》、《合伙企业法》等法律规定。

外资三法最早出台于我国改革开放的初期（70-80年代），在当时强调和区分不同所有制的立法背景下，采取了划分中外合资经营企业（以下简称“合营企业”）、中外合作经营企业（以下简称“合作企业”）和外资企业三大外商投资形态的监管思路。此外，受限于当时我国商事主体组织形式、组织结构等的法律制度尚未健全，外资三法中有许多关于外商投资企业组织形式等的规定与《公司法》（最早立法于1993年）及《合伙企业法》（最早立法于1997年）的规定不一致，譬如：部分合作企业没有法人资格（该企业以下简称“非法人合作企业”）、合营企业及具有法人资格的合作企业（以下简称“法人合作企业”）仍以董事会为最高权力机构。

《外商投资法》实施后，外资三法将被废止。原本依据外资三法设立的外商投资企业将在五年的过渡期内将组织形式、组织结构及其活动准则调整至与《公司法》或《合伙企业法》等法律的规定相符。截至2018年年底，我国累计设立的外商投资企业约96万家。[1] 可预计在未来五年过渡期内，将有大量的外商投资企业必须进行组织机构或组织形式调整。

二、有哪些外商投资企业的组织形式及组织机构须进行调整？

根据国家统计局、原国家工商行政管理总局[2]于2011年最新修订和发布的《关于划分企业登记注册类型的规定》，外商投资企业包括：合营企业、合资企业、外资企业、外商投资股份有限公司[3]和其他外商投资企业（主要指外商投资合伙企业）。由于前述各类外商投资企业均有国务院或有关部门为其量身打造的专属规定，因此，其中有哪些类型的外商投资企业须进行组织形式和/或组织机构的调整？如须调整，又将面临哪些变化？下文中，笔者将分类论述，为大家梳理具体的调整要求：

1、合营企业、法人合作企业须调整组织机构及其活动准则

根据《中外合资经营企业法实施条例》、《中外合作经营企业法实施细则》的规定，合营企业、法人合作企业的组织形式是有限责任公司，因此其组织形式无须变更。但是，一般的有限责任公司的最高权力机构为股东会，股东会由全体股东组成；而合营企业、法人合作企业的最高权力机构为董事会，董事由合营（作）各方参照出资比例、投资或者提供的合作条件协商确定。因此，合营企业、法人合作企业须将组织结构及其活动准则调整至与《公司法》规定的有限责任公司相符。

《中外合资经营企业法实施条例》、《中外合作经营企业法实施细则》还规定，合营企业、法人合作企业的章程修改、注册资本的增加或减少、企业合并和分立、企业终止和解散等事项须由出席会议的董事一致通过方可作出决议。[4]这意味着董事对重大事项拥有一票否决权。因此，实践中合营（作）各方在协商董事席位时，可能不向出资比例低的小股东分配董事席位，此类小股东便没有机会参与董事会的重大事项表决。

《外商投资法》实施后，合营企业、法人合作企业将根据《公司法》设股东会为最高权力机构，让小股东都能参与重大事项的审议。更重要的是，《公司法》规定，股东会作出修改章程、增加或者减少注册资本、以及合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，须经代表三分之二以上表决权的股东通过。[5] 这意味着原本没有委派董事的小股东也将有权参与重大事项的投票表决，进而引发新一轮的股东博弈。

此外，根据《中外合资经营企业法实施条例》、《中外合作经营企业法实施细则》的规定，合营企业的董事由合营各方委派。对此，多数外资主管部门的窗口意见是：董事会中应既有中方委派的董事，又有外方委派的董事。同时，上述实施条例和细则还规定，中外一方担任董事长的，他方担任副董事长。然而，上述规定及实操容易引发企业的困扰，例如：当有内资企业希望引入外方投资者，但外方的投资比例较低时，内资企业的现有股东可能无意在公司引入外资、变更为合营企业后，给予外方董事席位（甚至副董事长职位），但这又不符合法律规定及实操要求。

《外商投资法》实施后，上述问题将不再成为困扰，因为根据《公司法》规定：非职工代表董事由股东会选举和更换，董事长、副董事长的产生办法由章程规定。这赋予了合营企业在董事选任中更灵活的选择权，使合营企业可根据切身需要，合理安排董事长、副董事长、董事的人选。

2、非法人合作企业须调整组织形式、组织结构及其活动准则

对于合作企业而言，还存在一种不具有法人资格的组织形式——非法人合作企业，其既不是《公司法》意义上的公司，也不属于《合伙企业法》规定的合伙企业。因此，非法人合作企业须变更组织形式，改制为公司或合伙企业。根据《中外合作经营企业法实施细则》的规定，非法

人合作企业设联合管理委员会为权力机构，由合作各方委派的代表组成，决定企业一切重大问题。因此，非法人合作企业在改制为公司或合伙企业时，还须根据《公司法》或《合伙企业法》的有关规定设置适用的组织结构及其活动准则。

值得特别注意的是，《中外合作经营企业法实施细则》规定：非法人合作企业的合作者的投资或者提供的合作条件仅供合作企业统一管理和使用，所有权仍归合作各方分别享有，合作各方也可以约定为共有或部分共有；合作企业经营积累的财产，亦将归合作各方共有；非法人合作企业及其合作各方系依照民事法律规定承担民事责任。根据《民法总则》的规定，非法人组织的财产不足以清偿债务的，其出资人或者设立人承担无限责任（法律另有规定的除外）。鉴此，非法人合作企业的合作者对非法人合作企业的债务承担无限责任。

《外商投资法》实施后，非法人合作企业的组织形式可选择变更为公司（包括有限责任公司、股份有限公司）或合伙企业（包括普通合伙企业、有限合伙企业）。在不同的改制方案下，合作者在改制后承担的法律风险亦有所不同，具体如下：

组织形式		非法人合作企业的合作者	
改制前	改制后	改制后的身份	改制后承担的法律风险
非法人合作企业	有限责任公司	股东	以其认缴的出资额为限对公司承担责任
	股份有限公司	股东	以其认购的股份为限对公司承担责任
	普通合伙企业	普通合伙人	对合伙企业债务承担无限连带责任
	有限合伙企业	普通合伙人或有限合伙人	普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任

3、多数外资企业无须调整组织形式、组织机构及其活动准则

根据《外资企业法实施细则》的规定，外资企业（指《外资企业法》第二条所述的依照中国法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业）的组织形式为有限责任公司，因此其组织形式无须变更。〔6〕但是，《外资企业法实施细则》（最早发布于1990年）自出台起就未对外资企业的组织结构及其活动准则作出详细的规定。直至1994年《公司法》实施后，《公司法》要求：外商投资的有限责任公司适用《公司法》；外资三法另有规定的，适用其规定。然而，由于《外资企业法实施细则》的出台早于《公司法》，实操中已存在未按照《公司法》规定设置组织结构的有限责任公司，譬如：部分早期设立的外商合资企业并未设有《公司法》所规定的股东会。值得注意的是，《公司法》实施初期，由于各地、各部门对外资企业组织结构的法律适用问题存在不同理解，造成了在此期间及在此之前设立的部分外资企业的组织结构与《公司法》的规定仍然不完全相同。

实操层面的逐渐统一和完善发生在2005年《公司法》修订后——原国家工商行政管理总局、商务部、海关总署、国家外汇管理局于2006年4月24日联合印发了《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》，明确了外商合资、外商独资的有限责任公司的组织机构应当符合《公司法》和公司章程的规定。随后，原国家工商行政管理总局紧接着于2006年5月26日印发了《关于实施〈关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见〉的通知》，进一步明确了对于2006年1月1日以前已经设立的外商投资的公司是否对章程进行修改，公司登记机关不做强制要求，由公司自行决定，如果修改则报审批机关批准和登记机关备案。

在这样的历史背景下，2006年后成立的外资企业在其设立之初即已按照《公司法》的规定设置好相关组织机构及其活动准则，不少在2006年前成立的外资企业也纷纷根据《公司法》的规定进行了相应调整。综上，除2006年前成立、又未根据《公司法》修改章程的外资企业外，多数外资企业在《外商投资法》实施后便无须调整组织机构及其活动准则。

4、外商投资股份有限公司、外商投资合伙企业无须调整组织形式、组织机构及其活动准则

在不断前进的时代潮流中，外商投资的形式也朝着多元化的方向持续发展。鉴于合营企业、法人合作企业、外资企业的组织形式都是有限责任公司，而实践中又产生了股份有限公司、合伙企业引入外商投资的新需求，因此外商投资股份有限公司、外商投资合伙企业这两种新的组织形式应运而生。

对外商投资股份有限公司而言，原对外贸易经济合作部〔7〕最早于1995年发布了《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》，外商投资股份有限公司可采取发起方式或募集方式设立，且两种设立方式均须符合《公司法》的规定。〔8〕因此，外商投资股份有限公司无须调整组织形式、组织结构及其活动准则。

对外商投资合伙企业而言，国务院曾于2010年发布了《外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业管理办法》，且原国家工商行政管理总局于同年发布了《外商投资合伙企业登记管理规定》，均规定外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业应当遵守《合伙企业法》。因此，外商投资合伙企业无须调整组织形式、组织结构及其活动准则。

三、合营企业和合作企业该按照什么样的流程调整组织形式及组织机构？

在中美贸易战的大背景下，为应对纷繁复杂的国际形势，各相关部门求同存异，方使《外商投资法》草案历时三月便横空出世。因此，《外商投资法》以原则性规定为主，未就外商投资企业如何进行组织形式及组织机构调整（以下或称“改制”）进行明确规定，而是技巧性地将具体实施办法交给国务院及相关主管部门后续出台配套规则。鉴于具体实施规定尚未公布，笔者借鉴过往经验，尝试提供立法建议及实操参考思路如下：

1、合营企业、法人合作企业的组织机构及其活动准则的变更流程

由于合营企业、法人合作企业的组织形式为有限责任公司，《外商投资法》实施后无须变更组织形式，但应根据《公司法》的规定新设股东会，以替代原董事会成为权力机构，决定公司的重大事项；而新董事会将“降级”为对股东会负责的经营决策机构，负责制订公司重大事项的方案等。当然，如改制过程中一方退出，合营企业、法人合作企业还可能变更为一人有限责任公司，进而不设股东会，直接由该一人股东决定公司的重大事项。此外，改制后股东较少或者规模较小的有限责任公司，亦可不设董事会，直接设一名执行董事，行使章程规定的职权。

至于合营企业、法人合作企业组织机构及其活动准则的改制流程及方案，笔者建议参考“合营企业或法人合作企业（在外方或中方退出后）变更为内资企业或外资企业”的方式。其中，最为关键的决策程序环节——亦是合营（作）各方权利重新洗牌和各方博弈的环节——或涉及：

（1）由合营（作）各方重新协商各方的权利义务，变更原合营（作）企业合同，并在此基础上签署股东协议（如需），制订新章程草案；^[9]

（2）由合营企业、法人合作企业的董事会

作出根据《公司法》的规定调整组织机构及其活动准则等相关事项的决议；

（3）由合营（作）各方以股东身份召开股东会，作出新设股东会、通过新章程、选举董监事、以及其他与组织机构调整有关事项的决议；

（4）由全体股东签署新章程，并根据新章程选举董事长（如有），由新董事会作出聘任总经理的决议（如需），并由新监事会作出选举监事会主席的决议（如需）。

笔者注意到，在法人合作企业中，有部分合作者选择提供实物、土地使用权、工业产权、非专利技术和其他财产权利作为合作条件。在此类企业的工商登记信息中，企业的注册资本仅记录以现金投资的合作者的出资额，而提供合作条件的合作者的认缴出资额登记为0、“持股比例”亦为0%的情形。笔者认为，在此类法人合作企业的改制过程中，或需考虑由“未持股”的合作者以其已提供的合作条件及其孳息（如有）进行重新出资，并评估作价，办理产权转移手续，用以认缴出资，保障提供合作条件的合作者在改制后公司中应享有的合法权益。

2、非法人合作企业的组织形式、组织结构及其活动准则的变更流程

如前所述，非法人合作企业本不属于公司或合伙企业，因此要求其改制为公司或合作企业会相对复杂。下文中，笔者将以“非法人合作企业选择变更为有限责任公司”为例，浅析非法人合作企业改制为有限责任公司可能涉及的关键决策环节。

由于非法人合作企业不具有独立承担民事责任的能力，若其选择根据《公司法》改制为有限责任公司的，将取得法人资格，以其全部财产独立承担民事责任。而且考虑到合作各方的投资或提供的合作条件、经营积累的财产归合作各方所有，在非法人合作企业改制过程中，还需合作各

各方将原始投资或合作条件及其孳息（如有）、以及企业经营积累的净资产作为出资，认缴新设公司的注册资本。其中：

（1）对于合作者原始提供的非货币财产投资、合作条件，应当核实财产、评估作价，依法办理产权转移手续；

（2）对于非法人合作企业经营积累的净资产，应当进行产权界定。对此，笔者建议参考全民所有制企业、集体所有制企业、国有企业改制的相关规定进行清产核资、财务审计、资产评估等；

（3）对于原以非法人合作企业名义举借的债务，笔者建议可参考《公司法》规定的“有限责任公司变更为股份有限公司、或者股份有限公司变更为有限责任公司”的处理方案——非法人合作企业改制前的债权、债务由其改制后的公司承继。

至于非法人合作企业改制流程及方案，笔者建议参考全民所有制企业、集体所有制企业、国有企业改制的方式进行。在决策程序环节中，或涉及：

（1）由合作各方重新协商各方的权利义务，并就原始投资或合作条件及其孳息（如有）、和企业经营积累的资产、债权、债务进行清产核资（期间还可聘请具备相应资质的事务所进行财务审计、资产评估）；

（2）由合作各方根据清产核资的结果，确定各方的权利义务，变更原合作企业合同并在此基础上签署股东协议（如需），制订新章程草案；

（3）由原非法人合作企业的联合管理委员会作出根据《公司法》的规定调整企业组织形式、组织机构及其活动准则等相关事项（包括确认变更前后的资产、债权、债务由变更后的公司承继）的决议；[10]

（4）由合作各方以股东身份召开首次股东

会，作出变更为公司、通过新章程、选举董监事、以及其他与组织机构调整有关事项的决议；

（5）由全体股东签署新章程，并根据新章程选举董事长（如有），由董事会作出聘任总经理的决议（如需），并由监事会作出选举监事会主席的决议（如需）。

四、合营企业和合作企业在改制过程中可能会遇到那些疑难问题？

合营企业和合作企业在改制过程中，除了程序上有待于国务院及相关部门加以明确外，实操层面还可能遇到不少疑难问题。笔者在相关规则尚未出台前，先就改制过程中可能遇到的疑难问题略举一二，供决策机关参考及法律同仁探讨：

1、与企业僵局和五年过渡期届满有关的问题

合营企业、法人合作企业的改制过程中：

（1）若因合营（作）各方无法达成合意或其他原因陷入僵局，例如有一方拒不配合企业改制，其他方是否可根据《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的规定（三）》的规定，解除该方的股东资格？

（2）若因企业陷入僵局，导致无法在《外商投资法》设定的五年过渡期完成改制，合营（作）一方是否可根据《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的规定（二）》的规定，提起解散公司诉讼，并就此进行清算？[11]

（3）若因各种原因导致企业无法在《外商投资法》设定的五年过渡期内完成改制的，外商投资企业是否可能被列入异常经营名录，或被吊销营业执照，甚至被强制解散并清算？

2、与合作条件的出资和评估有关的问题

合作企业的改制过程中，对于提供合作条件的合作者，在改制过程或需以合作条件进行出资，那么：

（1）如果合作者提供的合作条件为非货币财产的，此类合作条件应当如何进行缴付出资？

（2）如果合作者提供的合作条件在企业经营过程中已经发生转化，那么无法“转回”为初始合作条件的部分该如何进行出资？

（3）若涉及提供的合作条件是土地使用权，且该等土地使用权系通过划拨方式取得、且登记在中方合作者名下的，能否申请变更为出让用地，以实现土地使用权出资？

（4）合作者若以非货币财产的合作条件进行出资的，根据《公司法》须作价评估，但考虑到非货币财产的耗损、折旧、摊销及市场价格波动，评估基准日该如何确定，相关耗损等又该如何补偿或折价？

（5）对于合作者以非货币财产的合作条件重新出资的过程中涉及的税务成本，是否可参照适用特殊性税务处理的相关规定？

3、与债务承担有关的问题

非法人合作企业改制的过程中，如果企业选择改制为公司或有限合伙企业，合作者的身份可变更为“公司股东”或“有限合伙企业的有限合伙人”。在此情形下，原本合作者应对非法人合作企业的债务承担无限责任，但在企业改制后，其对企业的责任将“减轻”为以出资为限的有限责任，会降低企业的偿债能力，影响债权人利益，那么：

（1）是否应参照“减资”的程序，通知债权人，并在报纸上公告？

（2）债权人是否有权要求非法人合作企业或其合作方提前清偿债务、或者提供相应的担保？

（3）合作方是否须出具承诺函，承诺对改制前非法人合作企业的债务承担无限连带清偿责任？

（4）若在清产核资和财务审计时，发现企业出现“资不抵债”的情形，是否还应当继续改

改制，还是由合作一方、或债权人根据《企业破产法》的规定向人民法院提出重整、或者破产清算申请？

结语

《外商投资法》如改革开放四十周年后的又一缕春风拂面而来，自此将代替外资三法，肩负起我国外商投资领域基础性、框架性法律准则的重担。

《外商投资法》适用的同时，还要求外商投资企业根据《公司法》或《合伙企业法》的要求调整组织形式、组织机构及活动准则，并给予了外商投资企业五年的过渡期进行改制。然而，如上文所述，外商投资企业的改制尚存诸多疑难的法律问题，对应的处理方案也有待国务院及相关部门出台配套规则加以明确。对此，笔者将继续跟进，敬请期待。

注释：

[1] 全国人大常委会委员长栗战书，在第十三届全国人大常委会第八次会议上的讲话（2019年1月30日），载于中国人大网，http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2019-02/02/content_2071667.htm，2019年2月2日。

[2] 现已整合为国家市场监督管理总局。

[3] 根据《关于划分企业登记注册类型的规定》之规定，外商投资股份有限公司是指外资股本占公司注册资本的比例达25%以上的股份有限公司，凡其中外资股本占公司注册资本的比例小于25%的，属于内资企业中的股份有限公司。

[4] 法人合作企业的董事会一致决事项还包括合作企业的资产抵押。

[5] 实践中，有限责任公司的股东会可在公司章程中规定更高的重大事项表决通过门槛，间接赋予小股东在股东会重大事项审议中更大的话语权。

[6] 《外资企业法实施细则》还规定，外资企业的组织形式经批准也可以为其他责任形式，该等特殊责任形式的外资企业在本文中不作特别探讨，本文所

述的外资企业限于采用有限责任公司形式组建的外资企业。

[7] 现已整合为商务部。

[8] 该暂行规定现已由商务部根据2015年10月28日《关于修改部分规章和规范性文件的决定》进行了修正，但仍保留了外商投资股份有限公司适用《公司法》的有关规定。

[9] 对合营企业、法人合作企业而言，合营（作）企业合同、公司章程都是需向外资主管部门备案的文件；尤其是对于法人合作企业而言，合作企业章程的内容与合作企业合同不一致的，以合作企业合同为准。未来根据《公司法》要求调整为公司后，商事登记部门将不再强制性要求外商投资的公司置备合营（作）企业合同，公司章程的对抗效力将高于股东之间达成的股东协议。

[10] 涉及一方合作者系国家出资企业的，还应当根据国资主管部门的有关规定进行审批。

[11] 鉴于《外商投资企业清算办法》已于2005年被《公司法》替代，外商投资企业的解散和清算工作按照《公司法》和外商投资法律、行政法规的相关规定办理。

类型	《公司法》规定的 有限责任公司	中外合资经营企业	中外合作经营企业
适用法律	《公司法》	优先适用《中外合资经营企业法人法》及《中外合资经营企业法人法实施条例》，其次适用《公司法》	优先适用《中外合作经营企业法人法》及《中外合作经营企业法人法实施细则》，其次适用《公司法》
组织形式	有限责任公司	有限责任公司	有限责任公司，或非法人组织
股东会 设置	有	无	无
最高权力 机构	股东会	董事会	董事会，或联合管理委员会
董事会 组成人数	3至13名，可设1名执行董事	不少于3名董事	至少3名董事或联合管理委员会成员
董事产生	非职工代表董事由股东会选举和更换；职工代表董事由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生	合营各方参照出资比例协商确定	合作各方参照其投资或者提供的合作条件协商确定
董事任期	不超过3年	4年	不超过3年
正、副董事 长的产生	由公司章程规定	合营一方担任董事长的，由他方担任副董事长	合作一方担任董事长或联合管理委员会主任的，由他方担任副董事长或副主任
最高权力 机构的法定 出席人数	由公司章程规定	全体董事的三分之二以上	全体董事或联合管理委员会的三分之二以上
重大事项 内容	- 修改公司章程 - 增加或减少注册资本 - 公司合并、分立、解散或变更公司形式	- 修改合营企业章程 - 增加或减少注册资本 - 合营企业合并、分立 - 合营企业中止、解散	- 修改合作企业章程 - 增加或减少注册资本 - 合作企业合并、分立或变更组织形式 - 合作企业解散 - 合作企业的资产抵押
重大事项表决通过 门槛	经代表三分之二以上表决权的股东通过	经出席会议的董事一致通过	经出席会议的董事或联合管理委员会一致通过
总经理、副经理的 产生	由董事会聘任	正、副总经理或正、副厂长由合营各方分别担任	由董事会或联合管理委员会聘任
法定代表人	由董事长、执行董事或经理担任	由董事长担任	由董事长或联合管理委员会主任担任
监事会	设1至2名监事，或设监事会（成员不少于3名）	按照公司自治原则，由公司章程规定，可参照《公司法》设监事或监事会	组织形式为有限责任公司的，按照公司自治原则，由公司章程规定，可参照《公司法》设监事或监事会；组织形式为非法人组织的，不设监事或监事会
利润分配	按实缴出资比例分取红利，但全体股东另有约定的除外	按注册资本比例	按合作企业合同约定

股份回购新规解读



◆ 李孔焰 律师

擅长领域：金融证券、公司商事
联系电话：0591-8327122



◆ 贾磊 律师助理

擅长领域：资本市场
联系电话：0591-8327122

股份回购是公司在特定情形下，收购本公司已经发行在外的股份。股份回购有两种含义，一为广义，一为狭义。广义的回购不仅包括有限责任公司股份的回购，还包括股份有限公司股份的回购。狭义的回购则一般指股份有限公司的股份回购，尤其是上市公司股份的回购。鉴于实践中涉及的上市公司回购股份情形较多，因此本文拟就上市公司回购股份进行讨论。

一、本次股份回购新规背景

（一）股份回购制度价值未得到有效发挥

股份回购制度，特别是上市公司股份回购已成为资本市场的基础性制度安排，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具有重要作用。

2014年以来，沪深两市约有2169家次公司实施股份回购。其中，主动回购148家次，金额约529.36亿元（包括减资82家次，合计367.61亿元；用于实施股权激励66家次，合计161.75亿元），被动回购2021家次（主要为购回离职股权激励对象持有的激励股票），被动回购家次占比高达93%。2014—2017年，境内上市公司主动回购股份的总金额仅为同期现金红利金额的1.5%。同期，美国、英国上市公司回购股份分别达到4127、2086起，回购总金额与其同期现金红利金额的比例分别为43.57%、49.50%。

之所以会出现上市公司股份回购次数少，金额小，积极性不高，就是因为公司法关于股权回购制度的规定不够完善，具体包括回购情形规定不足、程序要求不尽合理、库存股制度缺失等。

（二）股份回购新规颁布速度快

本次股份回购新规从草案提出到审议通过，一共用时50日，速度非常快，并且是全国人大常委会会议一审即通过。具体时间节点如下：

1、2018年9月6日，中国证监会公布《中华人民共和国公司法修正案（草案征求意见稿）》及其说明，征求社会各界意见。

2、2018年10月22日，受国务院委托，中国证券监督管理委员会主席刘士余向十三届全国人大常委会第六次会议作关于提请审议《中华人民共和国公司法修正案（草案）》议案的说明。

3、2018年10月23日下午，十三届全国人大常委会第六次会议对《中华人民共和国公司法修正案（草案）》进行分组审议。

4、2018年10月26日，十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议审议通过《中华人民共和国公司法修正案（草案）》。

二、股份回购条款修正前后对比

第一百四十二条 公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：	第一百四十二条 公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：
(一)减少公司注册资本；	(一) 减少公司注册资本；
(二)与持有本公司股份的其他公司合并；	(二) 与持有本公司股份的其他公司合并；
(三)将股份奖励给本公司职工；	(三) 将股份用于员工持股计划或者股权激励；
(四)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的。	(四) 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；
	(五) 将股份用于转换上市公司发行的可转换为股票的公司债券；
	(六) 上市公司为维护公司价值及股东权益所必需。
公司因前款第(一)项至第(三)项的原因收购本公司股份的，应当经股东大会决议。	公司因前款第（一）项、第（二）项规定的情形收购本公司股份的，应当经股东大会决议；公司因前款第（三）项、第（五）项、第（六）项规定的情形收购本公司股份的，可以依照公司章程的规定或者股东大会的授权，经三分之二以上董事出席的董事会会议决议。
公司依照前款规定收购本公司股份后，属于第(一)项情形的，应当自收购之日起十日内注销；属于第(二)项、第(四)项情形的，应当在六个月内转让或者注销。	公司依照本条第一款规定收购本公司股份后，属于第（一）项情形的，应当自收购之日起十日内注销；属于第（二）项、第（四）项情形的，应当在六个月内转让或者注销；
公司依照第一款第(三)项规定收购的本公司股份，不得超过本公司已发行股份总额的百分之五；用于收购的资金应当从公司的税后利润中支出；所收购的股份应当在一年内转让给职工。	属于第（三）项、第（五）项、第（六）项情形的，公司合计持有的本公司股份数不得超过本公司已发行股份总额的百分之十，并应当在三年内转让或者注销。
	上市公司收购本公司股份的，应当依照《中华人民共和国证券法》的规定履行信息披露义务。上市公司因本条第一款第（三）项、第（五）项、第（六）项规定的情形收购本公司股份的，应当通过公开的集中交易方式进行。
公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。	公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。

三、股份回购新规解读

（一）股份回购情形的变化

从上表可以看出，公司法第一百四十二条第（一）款规定的股份回购情形中，第（一）（二）（四）项没有进行修正，主要修正了第（三）项，增加了第（五）（六）项。

1、将股份用于员工持股计划或者股权激励

本次修正前，这一条款规定回购股份应用于奖励本公司职工，这种表述主要存在以下三个问题：

（1）奖励一词一般是指对职工已有工作成果的肯定，这与激励职工努力工作为公司谋求效益的实际需求存在一定出入；（2）对奖励的具体方式没有规定，造成实践中对该内容的适用存在疑惑；（3）本公司职工在词义上过于狭窄，常被误解为与公司签订劳动合同的职工，从而排除了公司派往子公司任职的员工以及仅与子公司或者关联公司签订劳动合同的员工。

本次修正，明确回购股份可以用于员工持股计划或股权激励，使得实践中对员工进行也可以明确适用公司法的这一规定；同时，《上市公司股权激励管理办法》《关于上市公司实施员工持股计划试点的指导意见》也有了明确的上位法依据。

2、将股份用于转换上市公司发行的可转换为股票的公司债券

本次修正前，公开发行的可转换公司债券经转股后，将直接增加上市公司的股份总数，降低了每股资产收益，不利于维护原有股东利益。

本次修正后，股份回购可以用于可转债转股，有效避免了股份总数增加的问题。同时，上市公司可以在股价较低时，回购部分股份，用于可转债转股，这可能间接增加公司净资产。

3、上市公司为维护公司价值及股东权益所必需

2018年股市低迷，市场多次出现非理性下跌，许多上市公司股价低于每股净资产，股东权益受

到损害；同时存在着被恶意收购的风险。

本次修正，明确上市公司可以通过实施回购计划提升每股价值，促进增量资金入市，有利于为股价稳定提供强力支撑，向市场释放正面信号，减少市场恐慌情绪，维护市场稳定健康发展。

（二）股份回购程序要求

1、股东大会审议的情形

回购情形中，第（一）项减少注册资本是公司法规定的股东大会职权，而且应经股东大会特别表决通过。第（二）项与持有本公司股份的其他公司合并，即公司与母公司合并，造成公司持有自己的股份，该等股份由于无其他法律允许的用途，在性质上应当与减少注册资本做相同解释，故也应通过股东大会决议通过。

2、董事会审议的情形

对于回购情形第（三）（五）（六）项的审议，公司法既没有在股东大会职权中规定，也没有在董事会职权中规定，这就为单独创设一条规定留下了空间。而作为回购公司股份这一涉及债权人利益、股东利益的重要事项需要慎重审议。

同时考虑到，一般情况下，召开股东大会涉及各种事先通知、公告等事项和期限要求，程序规定较为复杂，特别是适应特定市场目的的股份回购，过于严格的程序要求使得上市公司难以及时把握市场机会，合理安排回购计划，降低了上市公司主动实施回购的积极性。

因此，本次修正进行了概括性的规定，即章程规定+三分之二以上董事出席的董事会会议决议，或股东大会的授权+三分之二以上董事出席的董事会会议决议。这样的规定，既实现了对公司重大事项的审慎处理，又做到了灵活处理，能够准确把握股份回购时机，以实现良好的股份回购效果。

（三）股份回购规范要求

1、信息披露

公司回购自己的股份，属于公司的重大事项，因为不论回购数量多少、价格高低，都会向社会传递出一种信号，都会影响投资者的判断决策；同时，股份回购容易与内幕交易、操纵市场有着天然的亲近，如果不及时公开说明股份回购的目的和用途，容易出现忽悠式回购等现象，扰乱股票市场秩序。

本次修正，明确要求上市公司在回购时应当按照《证券法》的规定履行信披义务，使得《公司法》与《证券法》对接，加强了股份回购的义务，有利于保证回购信息的能够及时向市场传递，保护中小投资者的利益。

2、回购方式

本次修正前，公司法对上市公司进行股份回购的方式没有规定，实践中上市公司主要回购依据是《上市公司回购社会公众股份管理办法（试行）》《关于上市公司以集中竞价交易方式回购股份的补充规定》，回购的方式是包括证券交易所集中竞价交易方式、要约方式、以及中国证监会认可的其他方式。

本次修正后，上市公司回购公司股份应当采用公开的集中交易方式进行，这种方式最早出现在《证券法》第40条，即“证券在证券交易所上市交易，应当采用公开的集中交易方式或者国务院证券监督管理机构批准的其他方式”。通常认为，公开的集中交易方式是指众多买方与众多卖方分别发出买入或卖出指令，由证券交易所以买卖双向价格撮合成交的交易方式，既包括我国股票市场开盘价形成中的集合竞价，也包括开盘价形成后的连续竞价，但不包括做市交易、大宗交易和协议转让等。

四、结语

本次修正，虽然未采纳《中华人民共和国公司法修正案》草案（征求意见稿）中关于建立库存股制度的建议，但是因回购情形中第（三）（五）（六）而持有的股份，允许公司最长可以持有三年，这间接地实现了库存股制度的功能，有利于充分发挥回购股份的价值。对于回购的股份，根据《公司法》第一百零三条和一百六十六条，没有表决权，并且不得分配利润。

天衡案例库 | 最高人民法院关于不动产执行异议 争议焦点之历年判例综述



◆ 陈雪芬 律师

擅长领域：民商事争议解决、强制执行
联系电话：0592-2956715

房屋等不动产价值大，涉及人民基本的生存权利，是执行异议之诉最常见的争议标的。本文就我国司法实践中不动产买受人提起的执行异议之诉的争议问题，在案例研究的基础上进行分析理解。

一、对现行法律的理解

现阶段我国执行异议之诉制度存在一定缺陷，主要体现在维护利益的相关规定不够明确。目前法院审理中常用到的规定有：《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称“《民诉法》”）第二百二十七条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“《民诉法解释》”）第三百一十二条，《最高人民法院关于民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（以下简称“《查扣冻规定》”）第十七条，《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称“《异议复议规定》”）第二十八条、第二十九条等。

根据《民诉法》第二百二十七条及《民诉法解释》第三百一十二条的内容，经过执行异议的前置程序，买受人提起执行异议之诉后，法院

主要审查其是否拥有实体权利，以及其实体权利是否“足以排除强制执行”。但《民诉法》作为一部程序法，对实体问题无法作出进一步规定，而我国的实体法也未对此类问题作出明确规定，因此，法院在实践中一般参照适用《查扣冻规定》及《异议复议规定》的有关内容进行审理。

《查扣冻规定》第十七条、《异议复议规定》第二十八条、第二十九条的内容可以对比总结如下：

	《查扣冻规定》 第十七条	《异议复议规定》 第二十八条	《异议复议规定》 第二十九条
对债权性质的要求	无	金钱债权	金钱债权
主体要求	无	无	被执行人为房地产开发企业
对签订合同的要求	无	法院查封前签订合法有效的书面买卖合同	法院查封前签订合法有效的书面买卖合同
对占有的要求	实际占有	查封之前已合法占有	仅用于居住且名下无其他住房
对价款支付情况的要求	已支付全部价款	已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行	已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十
对登记情况的要求	对未办理过户登记无过错	非因买受人自身原因未办理过户登记	无

从上表可以看出，案外人对执行标的异议的条件，不同的司法解释有不同的标准，主要体现在对占有的要求、支付价款的方式等方面的不同。此外，《查扣冻规定》和《异议复议规定》均是关于人民法院办理执行异议和复议案件的规则，当案外人起诉，案件进入审判阶段，上述规定是否能够直接适用、如何适用，以及是否存在例外情况？

下文将对这些问题在案例研究的基础上作出进一步分析。

二、基于案例的分析

（一）对法律适用的争议

第一，上述规定是否能够直接适用于执行异议之诉？

最高人民法院在（2018）最高法民申 1742 号民事裁定书中指出，《异议复议规定》是针对执行程序中当事人提出异议时的处理规定，执行异议之诉需对执行标的权利做出综合判断和实体审查，不能直接适用该规定。（2016）最高法民申 2124 号民事裁定书也指出：“该法条（指《异议复议规定》）是关于人民法院办理执行异议和复议案件的规则，案外人异议之诉的审理中并不当然适用。”也就是说，《异议复议规定》及《查扣冻规定》作为执行程序的规定，本身不能直接适用于执行异议之诉，即使法院在审理实体问题时需要参照适用而并非当然适用上述规定。也就是说，对于不完全符合《异议复议规定》及《查扣冻规定》，但当事人民事权利确实“足以排除强制执行”的案件情形，人民法院仍然可以适用自由裁量权而予以支持。

第二，《异议复议规定》第二十八条和第二十九条如何适用？

最高人民法院在（2016）最高法民申 3284 号民事裁定书中指出：“上述两条文虽然适用于不同的情形，但是如果被执行人为房地产开发企业，且被执行的不动产为登记于其名下的商品房，同时符合了‘登记在被执行人名下的不动产’与‘登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房’两种情形，则《异议复议规定》第二十八条与第二十九条适用上产生竞合。”且在该案中，执行标的的不同符合第二十九条规定“用于居住”的情形，最后法院选择适用了第二十八条的规定，并支持了案外人的诉讼请求。法院对《异议复议规定》第二十八条与第二十九条的选择适用，说明第二十八条属于一般规定，而第二十九条属于特别规

定，最高人民法院在（2016）最高法民申 2736 号民事裁定书中也肯定了这一点，其进一步指出：“该司法解释的两个条款并非以被执行人是否系房地产开发企业作为区分标准，第二十八条系普适性的条款，对于所有类型的被执行人均可适用，而第二十九条是专门针对房地产开发企业的被执行人而规定的特别条款。房地产开发企业作为被执行人的案件中，既可以适用特别条款也可以适用普通条款。”

由此可见，《异议复议规定》第二十八条与第二十九条虽然对执行标的提出了不同的要求，但即使不符合第二十九条的规定，只要符合第二十八条规定的条件，法院就有可能支持案外人的诉讼请求。

（二）对占有认定的争议

上述司法解释就案外人对执行标的的占有情况的要求不一致，《查扣冻规定》第十七条要求“实际占有”，《异议复议规定》第二十八条要求“合法占有”，第二十九条要求“用于居住”。实际占有、合法占有和居住三者显然不是等同关系，在法院审理时具体是如何认定的，又会对审理结果有什么影响？

案号	认定情况
(2018) 最高法民申 171 号	适用“合法占有”，认定案外人于查封该房屋的时间前实际入住。
(2018) 最高法民申 587 号	适用“合法占有”，认定案外人未对案涉土地、房屋实际占有使用。
(2018) 最高法民申 2167 号	适用“实际占有”，但认定案涉房屋属于在建工程且至今尚未办理竣工验收，回避了占有问题。
(2017) 最高法民终 251 号	适用“合法占有”，认定案外人未在查封前实际占有了案涉房产。
(2017) 最高法民申 2917 号	适用“合法占有”，认定案外人在涉案房屋被查封前已实际占有使用。
(2017) 最高法民申 5021 号	适用“合法占有”，认定案外人在案涉房产被查封之前未占有案涉房产。
(2016) 最高法民终 399 号	适用“实际占有”，认定案外人付清房款后实际占有使用了涉案房屋。。
(2016) 最高法民申 3053 号	适用“用于居住”，认定案外人未提供充分证据证明其已经实际占有案涉 11 套房屋。
(2016) 最高法民申 3284 号	适用“合法占有”，认定案外人合法购买并实际占有案涉房产。
(2016) 最高法民申 3630 号	适用“实际占有”，认定案外人一直实际占有涉案房屋并使用至今。
(2016) 最高法民申 3635 号	适用“实际占有”，认定案外人提供的证据不足以证明其已基于房屋买卖合同实际占有案涉不动产。

由上表可见，法院在适用上述规定时，虽然对司法解释的规定进行了选择适用，但最后均一致采用“实际占有”的标准来审理认定。另外值得注意的是，在（2018）最高法民申 2167 号案件中，虽然案外人未实际占有案涉不动产，但法院回避了占有问题，通过对其他条件的肯定，最后支持了案外人的诉讼请求。

（三）对支付价款的争议

上述司法解释对案外人已支付价款的要求也不一致，《查扣冻规定》第十七条规定“已经支付全部价款”，《异议复议规定》第二十八条规定“已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行”，第二十九条规定“已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十”。由此可见，首先，三条规定对支付全部价款的情况没有争议；其次，《查扣冻规定》第十七条对支付价款的要求最为严格，《异议复议规定》第二十九条次之，第二十八条的要求最为宽松。那么，法院在具体审理时如何适用，又会对审理结果产生什么影响？

在有的案件中，法院以案外人未支付全部价款为主要理由不支持案外人的诉讼请求，如（2018）最高法民申 110 号案件；在另一些案件中，法院以支付价款未超过百分之五十为由不予支持案外人的诉讼请求，如（2017）最高法民申 485 号案件；而在（2016）最高法民申 3284 号及（2016）最高法民申 3630 号案件中，案外人均未支付全部价款，但法院依然支持了案外人的诉讼请求。由此可见，最高人民法院在该类案件审理中，对支付价款的要求也未有统一的标准，需要根据案件的具体情况进行自由裁量。

（四）例外情况

当案件完全不符合上述三条规定之要求，人民法院是否一定会不支持案外人的诉讼请求？笔者在检索案例时，发现了一些例外情况。在最高

案号	认定情况	结果
(2018) 最高法民申 110 号	适用《查扣冻规定》第十七条、异议复《查扣冻规定》第十七条、异议复第二十八条，认定，认定 至一审法院查封案涉土地使用权 及房屋时， 案外人尚有部分价款未支付。	不支持
(2018) 最高法民申 171 号	适用《异议复议规定》第二十八条 《异议复议规定》第二十八条，认定 案外人 在 案涉房产被查封前已经支付了全部购房款。	支持
(2018) 最高法民申 587 号	适用《异议复议规定》第二十八条，认定案外人支付了全部拍卖价款。	不支持
(2018) 最高法民申 2167 号	适用《查扣冻规定》第十七条，认定案外人支付了全额购房款。	支持
(2017) 最高法民申 485 号	适用《异议复议规定》第二十九条，认定案外人支付价款未超过约定案涉房屋总价款的百分之五十。	不支持
(2017) 最高法民申 2917 号	适用《异议复议规定》第二十八条，认定案外人支付了全部购房款。	支持
(2016) 最高法民终 399 号	适用《查扣冻规定》第十七条，认定案外人支付了全部购房款。	支持
(2016) 最高法民申 3053 号	适用《异议复议规定》第二十九条，认定无相关证据可以证明案外人支付了购房款。	不支持
(2016) 最高法民申 3284 号	适用《异议复议规定》第二十八条，认定案外人先履行了付款义务。	支持
(2016) 最高法民申 3630 号	适用《查扣冻规定》第十七条，认定案外人虽未交齐全部购房款，但案外人根据房改政策分得单位公房，系基于国家政策享受的职工福利，与商品房买卖之民事活动有重大的区别。	支持
(2016) 最高法民申 3635 号	适用《查扣冻规定》第十七条，认定案外人提供的证据不足以证明其已经全额支付购房款。	不支持

人民法院的公报案例——钟永玉与王光、林荣达案外人执行异议纠纷案中，当事人之间通过《离婚协议书》约定了不动产的产权，案外人钟永玉以《离婚协议书》的约定主张排除对不动产的强制执行。本案中，案外人完全不符合上述三条规定之要求，但最高人民法院依然支持了案外人的诉讼请求，对于该问题，最高人民法院认为，符合《异议复议规定》所列条件的，执行异议能够成立；不满足这些条件的，异议人在执行异议之诉中的请求也未必不成立。诉讼请求是否成立，应根据案件的具体情况和异议人所主张的权利、申请执行人债权实现的效力以及被执行人对执行标的的权利作出比较后综合判断，从而确定异议人的权利是否能够排除执行。

三、总结

人民法院在审理该类案件时，主要依据《民诉法》及《民诉法解释》的精神，审查案外人是否拥有实体权利，以及其实体权利是否“足以排除强制执行”。在实体问题的审理时，主要参照适用《查扣冻规定》第十七条、《异议复议规定》第二十八条、第二十九条，上述三条规定不可直接适用，须参照适用，且不当然适用。即使不符合上述三条规定的条件，也存在法院支持案外人诉讼请求的案例，参见（2018）最高法民申 2167 号民事裁定书（在建工程尚未竣工），（2016）最高法民申 3630 号民事裁定书（房改政策、职工福利），以及公报案例（2015）民一终字第 150 号民事判决书（离婚、影响基本生存）。

基于上述总结，笔者提出如下建议：案外人在提出异议时应首先关注自己是否符合《查扣冻规定》的三个条件，即①实际占有该不动产，②已支付全部价款，③对未办理过户登记无过错。若不符合上述要求时，应尽可能引导法院适用条件相对宽松的《异议复议规定》。当法院欲以案外人不符合《异议复议规定》第二十九条不支持案外人的主张时，也应尽可能主张适用第二十八条的内容。上述三条规定之要求案外人均不满足时，还可以参考相关案例，以基本生存权利等理由主张法院支持其诉讼请求。

管理风险

规避风险，比解决纠纷更有效率，
管理风险，让企业把更多精力与
金钱投入到发展中！

创造价值

无论是争议解决还是资本市场，
天衡的专业表现都足够出色，
为客户减少成本付出，
也为客户争取更大利益！

立足海西 高端商事
纵天下，衡四方
天衡联合律师事务所

信任托付

从商事到家事，
因专业而得到信任，更因专业而承载重托。

强强联合 协作共赢

天衡与多地的第一大所及国际律师事务所建立了中世
律所联盟(SGLA)，为客户提供境内外跨区域的高质量
法律服务。此外，天衡还与香港、澳门、台湾、新加
坡、欧盟、美国等国家和地区的律师事务所建立了广
泛深入的合作关系。旨在为客户提供具有全球化视野
的法律解决方案。

人生如直播，商场如战场，
与最专业的伙伴同行，降低试错成本，
这世界没有“如果”，选择比努力重要！
天衡，与你同行，值得托付！

资本市场法律特刊

TENET LAW

MANAGE RISKS CREATE VALUES

管 理 风 险 创 造 价 值



顾问：林楚雄 主编：林浩夫 责任编辑：周玥