

Nov / Dec

2019 / 十一月 / 十二 / 合刊

49

总第49期

谦虚

严谨

格己

仁爱

Hebei Hongce Law Firm

# 宏策律师



一辈子

一金融

一地产

 河北宏策律师事务所  
Hebei Hongce Law Firm

## 卷首语

# 放下过去，着眼未来

黄金时代是在我们的面前，不是在我们的背后。

——弗朗西斯·培根

对于过去，我们可以怀念，但不能让它成为我们的负担，过去的事情已经过去，无论它是辉煌的还是遗憾的，我们都无法改变。但生活还在继续，如果一直要纠缠下去，就会浪费甚至丧失迎接更加辉煌未来的精力与勇气。

我们无法改变过去，但我们可以把握将来；我们无法事事顺利，但我们可以事事尽力。不管背后的风景有多美丽，我们的脚步永远都是向前走的，所以，我们需要放下过去，放下身后的美景，去创造更加美好的未来。放下过去，是我们不断进步的基石；着眼未来，是我们加速发展的推动力。

时光荏苒，日月如梭，时间和岁月永远不会在过去停留。过去已然成为过去，我们可以将过去作为未来工作和生活的借鉴，但不能执念过去；而未来，则饱含着“会当凌绝顶，一览众山小”的凌云壮志，意味着无限的可能。放眼未来，保持积极乐观的态度，才能在人生的道路上奋勇前行。

放下过去，放下不可改变的事实；着眼未来，创造属于我们的无限可能。

## 目 录

### ◆ 立法新知

关于印发《中央企业混合所有制改革操作指引》的通知

国资产权〔2019〕653号

住房和城乡建设部 国家发展改革委 公安部 市场监管总局 银保监会 国家网信办关于整顿规范住房租赁市场秩序的意见

建房规〔2019〕10号

最高人民法院关于适用《中华人民共和国外商投资法》若干问题的解释

法释〔2019〕20号

### ◆ 专业解读

详解私募股权投资基金

建设工程保修实务分析

公司对外提供担保的司法实践新动向

### ◆ 实战案例研习

房屋备案登记并非预告登记，不能排除法院强制执行

以让与股权的方式作担保，担保权人能否就该股权优先受偿？

### ◆ 经典经济读物鉴赏

《怪诞行为学：可预测的非理性》

—— 无论是咖啡、减肥，买一辆车还是谈恋爱，我们的决策行为中总是带有各种非理性。

名家语录

——人生就是专注和平衡。假如你专注而失去平衡，你会跌倒。假如你平衡而失去专注，你会凋零。检查你的重心放在哪里：平衡还是专注。

- ◆ **立法新知** 金融形势瞬息万变，地产风云变幻莫测，立法新知将为您传递金融、地产领域最新的法律、法规、政策，为您准确把握政策，洞悉市场走势提供法律依据。

## 关于印发《中央企业混合所有制改革操作指引》的通知

国资产权〔2019〕653号

各中央企业：

为深入贯彻落实党中央、国务院关于积极发展混合所有制经济的决策部署，稳妥有序推进混合所有制改革，国资委在总结中央企业混合所有制改革工作的基础上，制定了《中央企业混合所有制改革操作指引》。现印发给你们，供参考。

国资委

2019年10月31日

### 中央企业混合所有制改革操作指引

为贯彻落实党中央、国务院关于积极发展混合所有制经济的决策部署，稳妥有序推进中央企业混合所有制改革，促进各种所有制资本取长补短、相互促进、共同发展，夯实社会主义基本经济制度的微观基础，按照《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》（中发〔2015〕22号）、《国务院关于国有企业发展混合所有制经济的意见》（国发〔2015〕54号）等文件精神及有关政策规定，结合中央企业混合所有制改革实践，制定本操作指引。中央企业所属各级子企业通过产权转让、增资扩股、首发上市（IPO）、上市公司资产重组等方式，引入非公有资本、集体资本实施混合所有制改革，相关工作参考本操作指引。

#### 一、基本操作流程

中央企业所属各级子企业实施混合所有制改革，一般应履行以下基本操作流程：可行性研究、制定混合所有制改革方案、履行决策审批程序、开展审计评估、引进非公有资本投资者、推进企业运营机制改革。以新设企业、对外投资并购、投资入股等方式实施混合所有制改革的，履行中央企业投资管理有关程序。

##### （一）可行性研究。

拟实施混合所有制改革的企业（以下简称拟混改企业）要按照“完善治理、强化激励、突出主业、提高效率”的总体要求，坚持“因地施策、因业施策、因企施策，宜独则独、宜控则控、宜参则参，不搞拉郎配，不搞全覆盖，不设时间

表”的原则，依据相关政策规定对混合所有制改革的必要性和可行性进行充分研究，一企一策，成熟一个推进一个。

积极稳妥推进主业处于充分竞争行业和领域的商业类国有企业混合所有制改革，国有资本宜控则控、宜参则参；探索主业处于重要行业和关键领域的商业类国有企业混合所有制改革，保持国有资本控股地位，支持非公有资本参股；根据不同业务特点，有序推进具备条件的公益类国有企业混合所有制改革；充分发挥国有资本投资、运营公司市场化运作专业平台作用，积极推进所属企业混合所有制改革。

可行性研究阶段，企业应按照有关文件规定，对实施混合所有制改革的社会稳定风险作出评估。

## （二）制定混合所有制改革方案。

拟混改企业应制定混合所有制改革方案，方案一般包括以下内容：企业基本情况，混合所有制改革必要性和可行性分析，改革基本原则和思路，改革后企业股权结构设置，转变运营机制的主要举措，引进非公有资本的条件要求、方式、定价办法，员工激励计划，债权债务处置方案，职工安置方案，历史遗留问题解决方案，改革风险评估与防范措施，违反相关规定的追责措施，改革组织保障和进度安排等。

制定方案过程中，要科学设计混合所有制企业股权结构，充分向非公有资本释放股权，尽可能使非公有资本能够派出董事或监事；注重保障企业职工对混合所有制改革的知情权和参与权，涉及职工切身利益的要做好评估工作，职工安置方案应经职工大会或者职工代表大会审议通过；科学设计改革路径，用好用足国家相关税收优惠政策，降低改革成本。必要时可聘请外部专家、中介机构等参与。

## （三）履行决策审批程序。

混合所有制改革方案制定后，中央企业应按照“三重一大”决策机制，履行企业内部决策程序。拟混改企业属于主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域、主要承担重大专项任务子企业的，其混合所有制改革方案由中央企业审核后报国资委批准，其中需报国务院批准的，由国资委按照有关法律、行政法规和国务院文件规定履行相应程序；拟混改企业属于其他功能定位子企业的，其混合所有制改革方案由中央企业批准。

#### （四）开展审计评估。

企业实施混合所有制改革，应合理确定纳入改革的资产范围，需要对资产、业务进行调整的，可按照相关规定选择无偿划转、产权转让、产权置换等方式。企业混合所有制改革前如确有必要开展清产核资工作的，按照有关规定履行程序。

拟混改企业的资产范围确定后，由企业或产权持有单位选聘具备相应资质的中介机构开展财务审计、资产评估工作，履行资产评估项目备案程序，以经备案的资产评估结果作为资产交易定价的参考依据。

#### （五）引进非公有资本投资者。

拟混改企业引进非公有资本投资者，主要通过产权市场、股票市场等市场化平台，以公开、公平、公正的方式进行。通过产权市场引进非公有资本投资者，主要方式包括增资扩股和转让部分国有股权。通过股票市场引进非公有资本投资者，主要方式包括首发上市（IPO）和上市公司股份转让、发行证券、资产重组等。中央企业通过市场平台引进非公有资本投资者过程中，要注重保障各类社会资本平等参与权利，对拟参与方的条件要求不得有明确指向性或违反公平竞争原则的内容。

#### （六）推进运营机制改革。

混合所有制企业要完善现代企业制度，健全法人治理结构，充分发挥公司章程在公司治理中的基础性作用，各方股东共同制定章程，规范企业股东（大）会、董事会、监事会、经理层和党组织的权责关系，落实董事会职权，深化三项制度改革；用足用好用活各种正向激励工具，构建多元化、系统化的激励约束体系，充分调动企业职工积极性。转变混合所有制企业管控模式，探索根据国有资本与非公有资本的不同比例结构协商确定具体管控方式，国有出资方强化以出资额和出资比例有限、以派出股权董事为依托的管控方式，明确监管边界，股东不干预企业日常经营。

## 二、“混资本”相关环节操作要点

### （一）资产审计评估。

1. 财务审计。实施混合所有制改革，应当按照《国务院办公厅转发国务院国有资产监督管理委员会关于规范国有企业改制工作意见的通知》（国办发〔2003〕96号）、《国务院办公厅转发国资委关于进一步规范国有企业改制工作实施意

见的通知》（国办发〔2005〕60号）等规定，开展财务审计工作。

（1）关于选聘审计机构。选聘审计机构应采取差额竞争方式，综合考察和了解其资质、信誉及能力。选聘的审计机构近两年内在企业财务审计中没有违法、违规记录，未承担同一混合所有制改革项目的评估业务，与企业不存在经济利益关系。

（2）关于审计报告。审计报告应为无保留意见的标准审计报告。拟上市项目或上市公司的重大资产重组项目，评估基准日在6月30日（含）之前的，需出具最近三个完整会计年度和本年度截至评估基准日的审计报告；评估基准日在6月30日之后的，需出具最近两个完整会计年度和本年度截至评估基准日的审计报告。其他经济行为需出具最近一个完整会计年度和本年度截至评估基准日的审计报告。

2. 资产评估。实施混合所有制改革，应当按照《中华人民共和国资产评估法》《企业国有资产评估管理暂行办法》（国资委令第12号）等规定，开展资产评估工作。

（1）评估机构选聘及委托。中央企业应当采取差额竞争方式在本企业评估机构备选库内选聘评估机构。选聘的评估机构应具有与企业评估需求相适应的资质条件、专业人员和专业特长，近3年内没有违法、违规执业国有资产评估项目记录；掌握企业及所在行业相关的法律法规、政策、经济行为特点和相关信息；与混合所有制改革相关方无经济利益关系。评估对象为企业股权的资产评估项目，由产权持有单位委托，其中涉及增资扩股事项的，可由产权持有单位和增资企业共同委托。

（2）评估备案管理权限。经国资委批准的混合所有制改革涉及的资产评估项目，由国资委负责备案；经中央企业批准的混合所有制改革涉及的资产评估项目，由中央企业负责备案；被评估企业涉及多个国有股东的，经协商一致，可以由持股比例最大的国有股东办理备案手续。

（3）重点关注事项。一是评估基准日选取应尽量接近混合所有制改革的实施日期。如果期后发生对评估结果产生重大影响的事项，应调整评估基准日或评估结果。二是评估范围应与混合所有制改革方案、决策文件、评估业务委托约定书等确定的范围一致。三是纳入评估的房产、土地、矿产资源等资产应当权属明

晰、证照齐全。符合划拨用地条件的国有划拨土地使用权，经所在地县级以上人民政府批准可继续以划拨方式使用。四是涉及企业价值的资产评估项目，原则上应当采用两种以上评估方法。五是资产评估项目备案前，应当按照资产评估项目公示制度履行公示程序。

## （二）通过产权市场实施混合所有制改革。

1. 产权交易机构选择。非上市企业通过产权转让、增资扩股方式实施混合所有制改革应按照《企业国有资产交易监督管理办法》（国资委 财政部令第 32 号）、《关于印发〈企业国有产权交易操作规则〉的通知》（国资发产权〔2009〕120 号）等有关规定，在国资委确定的可以从事相关业务的产权交易机构中公开进行。从事中央企业产权转让业务的机构有北京产权交易所、天津产权交易中心、上海联合产权交易所和重庆联合产权交易所；从事中央企业增资扩股业务的机构有北京产权交易所和上海联合产权交易所。

2. 信息披露。进场交易项目要严格按照规定在产权交易机构进行信息披露。企业混合所有制改革方案确定后，可合理选择信息发布时机，及早披露相关信息。产权转让项目正式信息披露时间不少于 20 个工作日，涉及企业实际控制权转移的应进行信息预披露，时间不少于 20 个工作日。增资扩股项目信息披露时间不少于 40 个工作日。

3. 投资人遴选。拟混改企业要合理确定投资人的遴选方式。产权转让项目可采取拍卖、招投标、网络竞价等方式，增资扩股项目可采取竞价、竞争性谈判、综合评议等方式。投资人遴选过程中，对战略投资人主要关注与企业发展战略、经营目标、主营业务等方面的匹配和协同情况，对财务投资人主要关注资金实力和财务状况等。

## 4. 重点关注事项。

（1）企业增资与产权转让同步进行。企业混合所有制改革后继续保持国有控股地位的，如增资过程中国有股东拟同步转让其所持有的少部分企业产权，统一按照增资流程操作，产权转让价格应与增资价格保持一致。

（2）商业秘密保护。在配合意向投资人尽职调查过程中，如涉及拟混改企业商业秘密，应按照《关于印发〈中央企业商业秘密保护暂行规定〉的通知》（国资发〔2010〕41 号）要求，与相关方签订保密协议，保护自身权益。

(3) 交易价格。产权转让项目首次正式挂牌底价不得低于经备案的评估结果，信息披露期满未征集到受让方拟降价的，新的挂牌底价低于评估结果 90%时，应经混合所有制改革批准单位同意；交易价格确定后，交易双方不得以期间损益等理由对交易价格进行调整。增资扩股项目的交易价格以评估结果为基础，结合意向投资人的条件和报价等因素综合确定，并经企业董事会或股东会审议同意。

### (三) 通过股票市场实施混合所有制改革。

通过股票市场发行证券、转让上市公司股份、国有股东与上市公司资产重组等方式实施混合所有制改革，应按照《上市公司国有股权监督管理办法》（国资委 财政部 证监会令第 36 号）及证券监管的有关规定履行程序。

1. 发行证券。通过发行证券形式实施混合所有制改革，可以采取首发上市（IPO）、国有股东以所持上市公司股票发行可交换公司债券、上市公司发行股份购买非国有股东所持股权、增发和发行可转换公司债券等方式。采取首发上市（IPO）方式的，应当按照要求履行国有股东标识管理程序。符合国家战略、拥有关键核心技术、科技创新能力突出、主要依靠核心技术开展生产经营、具有稳定商业模式、市场认可度高、社会形象良好、具有较强成长性的企业，可积极申请在科创板上市。

2. 上市公司股份转让。应坚持公开、公平、公正原则，一般采用公开征集方式进行。国有股东履行内部决策程序后，书面通知上市公司，由其依法披露、进行提示性公告。国有股东将转让方案、可行性研究报告、内部决策文件、拟发布的公开征集信息等内容通过国资委产权管理综合信息系统报国资委同意后，书面通知上市公司发布公开征集信息，内容主要包括拟转让股份权属情况和数量、受让方应当具备的资格条件、受让方的选择规则、公开征集期限等。公开征集信息中对受让方资格条件不得设定指向性或违反公平竞争要求的条款。收到拟受让方提交的受让申请和受让方案后，国有股东成立由内部职能部门及独立外部专家组成的工作小组，严格按照已公告的规则选择确定受让方。转让价格不低于上市公司提示性公告日前 30 个交易日的每日加权平均价格的算术平均值及最近一个会计年度经审计的每股净资产值中的较高者。

3. 国有股东与上市公司资产重组。国有股东应按照符合国有股东发展战略及有利于提高上市公司质量和核心竞争力等原则，在与上市公司充分协商基础上，

科学策划重组方案，合理选择重组时机。国有股东履行内部决策程序后，书面通知上市公司，由其依法披露并申请停牌，并按照相关规定履行国资委预审核、上市公司董事会审议预案、对外披露预案、复牌、资产评估及备案、董事会审议草案、对外披露草案、集团公司或国资委审批重组方案、股东大会审议重组方案、报送证券监管机构审核等程序。资产重组发行股份价格在符合证券监管规则基础上，按照有利于维护包括国有股东在内的全体股东权益的原则确定。

通过股票市场实施混合所有制改革应做好信息披露工作，切实防控内幕交易，其中涉及的投资人遴选、商业秘密保护等事项按照“通过产权市场实施混合所有制改革”中明确的原则操作。

### 三、“改机制”相关环节操作要点

#### （一）关于混合所有制企业公司治理和管控方式。

1. 混合所有制企业法人治理结构。混合所有制企业要建立健全现代企业制度，坚持以资本为纽带、以产权为基础完善治理结构，根据股权结构合理设置股东（大）会、董事会、监事会，规范股东会、董事会、监事会、经理层和党组织的权责关系，按章程行权、依规则运行，形成定位清晰、权责对等、运转协调、制衡有效的法人治理结构。充分发挥公司章程在公司治理中的基础性作用，国有股东根据法律法规和公司实际情况，与其他股东充分协商，合理制定章程条款，切实维护各方股东权利。充分发挥非公有资本股东的积极作用，依法确定非公有资本股东提名和委派董事、监事的规则，建立各方参与、有效制衡的董事会，促进非公有资本股东代表能够有效参与公司治理。

2. 混合所有制企业管控方式。中央企业要科学合理界定与混合所有制企业的权责边界，避免“行政化”“机关化”管控，加快实现从“控制”到“配置”的转变。国有股东要在现代企业制度框架下按照市场化规则，以股东角色和身份参与企业决策和经营管理，不干预企业日常经营。通过股东（大）会表决、推荐董事和监事等方式行使股东权利，实施以股权关系为基础、以派出股权董事为依托的治理型管控，加强股权董事履职支撑服务和监督管理，确保国有股权董事行权履职体现出资人意志。依法保障混合所有制企业自主经营权，落实董事会对经理层成员选聘、业绩考核和薪酬管理等职权。对于国有参股的混合所有制企业，结合实际健全完善管理体制、落实董事会职责权限、加强经理层成员和国有股权董

事监督管理，并在公司章程中予以明确。

3. 混合所有制企业党的建设。中央企业混合所有制改革要把建立党的组织、开展党的工作作为必要前提。根据不同类型混合所有制企业特点，明确党组织的设置方式、职责定位和管理模式。按照党章及党内法规制度要求，结合实际，推动混合所有制企业党组织和工作有效覆盖，设置党的工作机构，配齐配强专兼职党务工作人员，保证必需的党建工作经费，确保党的活动能够正常开展。

## （二）关于三项制度改革。

1. 建立市场化选人用人机制，实现管理人员能上能下。推动混合所有制企业在更大范围实行经理层成员任期制和契约化管理，具备条件的建立职业经理人制度，积极探索建立与市场接轨的经理层激励制度。树立正确的选人用人导向，建立健全内部管理人员考核评价机制，实现“能者上、庸者下、平者让”。完善职业发展通道，为内部管理人员搭建能上能下平台。

2. 健全市场化用工制度，实现员工能进能出。建立健全以合同管理为核心、以岗位管理为基础的市场化用工制度。拓宽人才引进渠道，严格招聘管理，严把人员入口，不断提升引进人员质量。合理确定用工总量，盘活用工存量，畅通进出渠道，构建正常流动机制，不断提升用工效率和劳动生产率。

3. 建立市场化薪酬分配机制，实现收入能增能减。落实中央企业工资总额管理制度改革要求，建立健全与劳动力市场基本适应、与企业经济效益和劳动生产率挂钩的工资决定和正常增长机制。完善市场化薪酬分配制度，优化薪酬结构，坚持向关键岗位和核心骨干倾斜，坚持与绩效考核紧密挂钩，合理拉开收入分配差距，打破高水平“大锅饭”。统筹推进上市公司股权激励、科技型企业股权分红、员工持股等中长期激励措施，用好用足相关政策，不断增强关键核心人才的获得感、责任感、荣誉感。

## （三）关于激励约束机制。

鼓励混合所有制企业综合运用国有控股混合所有制企业员工持股、国有控股上市公司股权激励、国有科技型企业股权和分红激励等中长期激励政策，探索超额利润分享、项目跟投、虚拟股权等中长期激励方式，注重发挥好非物质激励的积极作用，系统提升正向激励的综合效果。

1. 混合所有制企业员工持股。员工持股应按照《关于印发〈关于国有控股混

合所有制企业开展员工持股试点的意见》的通知》（国资发改革〔2016〕133号）  
稳慎开展。坚持依法合规、公开透明，增量引入、利益绑定，以岗定股、动态调整，严控范围、强化监督等原则。优先支持人才资本和技术要素贡献占比较高的科技型企业开展员工持股。员工持股企业应当具备以下条件：主业处于充分竞争行业和领域的商业类企业；股权结构合理，非公有资本股东所持股份应达到一定比例，公司董事会中有非公有资本股东推荐的董事；公司治理结构健全，建立市场化的劳动人事分配制度和业绩考核评价体系，形成管理人员能上能下、员工能进能出、收入能增能减的市场化机制，营业收入和利润90%以上来源于所在企业集团外部市场。员工持股总量原则上不高于公司总股本的30%，单一员工持股比例原则上不高于公司总股本的1%。

2. 中央企业控股上市公司股权激励。中央企业控股上市公司应按照证监会和国资委有关规定规范实施股权激励，建立健全长效激励约束机制，充分调动核心骨干人才创新创业的积极性。股权激励对象要聚焦核心骨干人才队伍，结合企业高质量发展需要、行业竞争特点、关键岗位职责、绩效考核评价等因素综合确定。股权激励方式一般为股票期权、股票增值权、限制性股票等方式，也可以探索试行法律、行政法规允许的其他激励方式。中小市值上市公司及科技创新型上市公司，首次实施股权激励计划授予的权益数量占公司股本总额的比重，最高可以由1%上浮至3%。上市公司两个完整会计年度内累计授予的权益数量一般在公司总股本的3%以内，公司重大战略转型等特殊需要的可以适当放宽至总股本的5%以内。股权激励对象实际获得的收益不再设置调控上限。中央企业控股上市公司根据有关政策规定，制定股权激励计划，在股东大会审议之前，国有控股股东按照公司治理和股权关系，经中央企业审核同意，并报国资委批准。除主营业务整体上市公司外，国资委不再审核上市公司股权激励分期实施方案，上市公司依据股权激励计划制定的分期实施方案，国有控股股东应当在董事会审议决定前，报中央企业审核同意。

3. 国有科技型企业股权和分红激励。鼓励符合条件的国有科技型企业按照国家相关规定，实施股权和分红激励，充分调动科研骨干和关键人才的积极性和创造性。明确激励政策导向，以推动形成有利于自主创新和科技成果转化的激励机制为主要目标，根据科技人才资本和技术要素贡献占比及投入产出效率等情况，

合理确定实施企业范围和激励对象，建立导向清晰、层次分明、重点突出的中长期激励体系。优先支持符合《“十三五”国家科技创新规划》战略布局和中央企业“十三五”科技创新重点研发方向，创新能力较强、成果技术水平较高、市场前景较好的企业或项目实施股权和分红激励。综合考虑职工岗位价值、实际贡献、承担风险和服务年限等因素，重点激励在自主创新和科技成果转化中发挥主要作用的关键核心技术、管理人员。科学选择激励方式，鼓励符合条件的企业优先开展岗位分红激励，科技成果转化和项目收支明确的企业可选择项目分红激励，在积累试点经验的基础上稳妥实施、逐步推进股权激励。合理确定总体激励水平，从经营发展战略以及自身经济效益状况出发，分类分步推进股权和分红激励工作，坚持效益导向和增量激励原则，根据企业人工成本承受能力和经营业绩状况，合理确定激励水平。规范制度执行，中央企业开展股权和分红激励要按照《关于印发〈国有科技型企业股权和分红激励暂行办法〉的通知》（财资〔2016〕4号）等有关规定，不得随意降低资格条件。

#### **四、相关支持政策**

##### **（一）关于财税支持政策。**

发展改革委、国资委会同有关部门共同制定出台了《关于深化混合所有制改革试点若干政策的意见》（发改经体〔2017〕2057号）、《国家发展改革委办公厅关于印发〈国有企业混合所有制改革相关税收政策文件汇编〉的通知》（发改办经体〔2018〕947号），对混合所有制改革过程中符合税法规定条件的有关情形，可享受相应的财税政策支持，主要包括：股权（资产）收购、合并、分立、债务重组、债转股等，可享受企业所得税递延纳税优惠政策；涉及以非货币性资产对外投资确认的非货币性资产转让所得，可享受5年内分期缴纳企业所得税政策；符合税法规定条件的债权损失在计算企业所得税应纳税所得额时扣除；通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力，一并转让给其他单位和个人，其中涉及的货物、不动产、土地使用权转让，不征收增值税、营业税；符合条件的股权收购、资产收购、按账面净值划转股权或资产等，可适用特殊性税务处理政策；混合所有制改革涉及的土地增值税、契税、印花税，可享受相关优惠政策。

##### **（二）关于土地处置支持政策。**

企业推进混合所有制改革过程中涉及的土地处置事项，按照《国务院关于促进企业兼并重组的意见》（国发〔2010〕27号）、《国务院关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》（国发〔2014〕14号）、《国务院关于全民所有自然资源资产有偿使用制度改革的指导意见》（国发〔2016〕82号）等相关规定办理，主管部门对拟混改企业提出的土地转让、改变用途等申请，将依法依规加快办理相关用地和规划手续。拟混改企业拥有国有划拨土地使用权的，经主管部门批准，可根据行业和改革需要，分别采取出让、租赁、国家作价出资（入股）、授权经营和保留规划用地等方式进行处置；重点产业调整和振兴规划确定的混合所有制改革事项涉及的国有划拨土地使用权，经省级以上主管部门批准，可以国家作价出资（入股）方式处置；涉及因实施城市规划需要搬迁的工业项目，经主管部门审核批准，可收回原国有土地使用权，并以协议出让或租赁方式为原土地使用权人重新安排工业用地；涉及事业单位等改制为企业的，允许实行国有企业改制土地资产处置政策。

混合所有制改革具有较强探索性和挑战性，涉及面广、政策性强、影响广泛、社会关注度高。中央企业要坚持解放思想、实事求是，积极稳妥统筹推进，鼓励探索、勇于实践，建立健全容错纠错机制，宽容在改革创新中的失误。要坚持依法合规操作，注重发挥内外部监督合力，做到规则公开、过程公开、结果公开，防止暗箱操作、低价贱卖、利益输送、化公为私、逃废债务，杜绝国有资产流失。要及时跟踪改革进展，评估改革成效，推广改革经验，加快形成可复制、可推广的模式和经验。

附件

### 混合所有制改革涉及的法律法规制度目录

#### 一、法律、法规

1. 中华人民共和国公司法
2. 中华人民共和国证券法
3. 中华人民共和国企业国有资产法
4. 中华人民共和国资产评估法

5. 国有资产评估管理办法（国务院令第 91 号）

## 二、国务院文件

6. 国务院关于促进企业兼并重组的意见（国发〔2010〕27 号）

7. 国务院关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见（国发〔2014〕14 号）

8. 国务院关于国有企业发展混合所有制经济的意见（国发〔2015〕54 号）

9. 国务院关于全民所有自然资源资产有偿使用制度改革的指导意见（国发〔2016〕82 号）

10. 国务院办公厅转发国务院国有资产监督管理委员会关于规范国有企业改制工作意见的通知（国办发〔2003〕96 号）

11. 国务院办公厅转发国资委关于进一步规范国有企业改制工作实施意见的通知（国办发〔2005〕60 号）

12. 国务院办公厅转发证监会等部门关于依法打击和防控资本市场内幕交易意见的通知（国办发〔2010〕55 号）

13. 国务院办公厅关于加强和改进企业国有资产监督防止国有资产流失的意见（国办发〔2015〕79 号）

14. 国务院办公厅关于印发中央企业公司制改制工作实施方案的通知（国办发〔2017〕69 号）

## 三、部门规章、规范性文件

15. 国有企业清产核资办法（国资委令第 1 号）

16. 企业国有资产评估管理暂行办法（国资委令第 12 号）

17. 中央企业境外国有产权管理暂行办法（国资委令第 27 号）

18. 企业国有资产交易监督管理办法（国资委 财政部令第 32 号）

19. 中央企业投资监督管理办法（国资委令第 34 号）

20. 中央企业境外投资监督管理办法（国资委令第 35 号）

21. 上市公司国有股权监督管理办法（国资委 财政部 证监会令第 36 号）

22. 中央企业违规经营投资责任追究实施办法（试行）（国资委令第 37 号）

23. 关于印发《国土资源部关于加强土地资产管理促进国有企业改革和发展的若干意见》的通知（国土资发〔1999〕433 号）

24. 关于印发《国有企业清产核资经济鉴证工作规则》的通知(国资评价(2003)78号)
25. 关于印发《国有控股上市公司(境外)实施股权激励试行办法》的通知(国资发分配(2006)8号)
26. 关于印发《国有控股上市公司(境内)实施股权激励试行办法》的通知(国资发分配(2006)175号)
27. 关于加强企业国有资产评估管理工作有关问题的通知(国资发产权(2006)274号)
28. 关于规范国有控股上市公司实施股权激励制度有关问题的通知(国资发分配(2008)171号)
29. 关于印发《企业国有产权交易操作规则》的通知(国资发产权(2009)120号)
30. 关于企业国有资产评估报告审核工作有关事项的通知(国资产权(2009)941号)
31. 关于印发《中央企业商业秘密保护暂行规定》的通知(国资发(2010)41号)
32. 关于印发《中央企业资产评估项目核准工作指引》的通知(国资发产权(2010)71号)
33. 关于建立国有企业改革重大事项社会稳定风险评估机制的指导意见(国资发(2010)157号)
34. 关于规范中央企业选聘评估机构工作的指导意见(国资发产权(2011)68号)
35. 关于中央企业国有产权置换有关事项的通知(国资发产权(2011)121号)
36. 关于加强上市公司国有股东内幕信息管理有关问题的通知(国资发产权(2011)158号)
37. 关于印发《企业国有资产评估项目备案工作指引》的通知(国资发产权(2013)64号)
38. 关于促进企业国有产权流转有关事项的通知(国资发产权(2014)95号)

39. 关于印发《国有科技型企业股权和分红激励暂行办法》的通知(财资〔2016〕4号)
40. 关于进一步深化中央企业劳动用工和收入分配制度改革的指导意见(国资发分配〔2016〕102号)
41. 关于印发《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》的通知(国资发改革〔2016〕133号)
42. 关于做好中央科技型企业股权和分红激励工作的通知(国资发分配〔2016〕274号)
43. 关于印发《中央企业实施混合所有制改革有关事项的规定》的通知(国资发产权〔2016〕295号)
44. 关于印发《中央科技型企业实施分红激励工作指引》的通知(国资厅发考分〔2017〕47号)
45. 关于深化混合所有制改革试点若干政策的意见(发改经体〔2017〕2057号)
46. 关于扩大国有科技型企业股权和分红激励暂行办法实施范围等有关事项的通知(财资〔2018〕54号)
47. 国家发展改革委办公厅关于印发《国有企业混合所有制改革相关税收政策文件汇编》的通知(发改办经体〔2018〕947号)
48. 关于印发《关于深化中央企业国有资本投资公司改革试点工作意见》的通知(国资发资本〔2019〕28号)
49. 关于印发《关于深化中央企业国有资本运营公司改革试点工作意见》的通知(国资发资本〔2019〕45号)

#### **律师解读：**

为进一步贯彻落实党中央、国务院关于发展混合所有制经济的决策部署，积极稳妥有序推进中央企业混合所有制改革，在系统梳理混合所有制改革涉及的相关法律法规和支持政策，总结中央企业混合所有制改革工作的基础上，国务院国资委近日印发《中央企业混合所有制改革操作指引》(国资产权〔2019〕653号，以下简称《操作指引》)。《操作指引》重点聚焦以下几个方面：

一是规范混合所有制改革操作流程。中央企业混合所有制改革一般应履行可行性研究、制定混合所有制改革方案、履行决策审批程序、开展审计评估、引进非公资本投资者、推进企业运营机制改革等基本流程。

二是明确通过市场化方式推进混合所有制改革。中央企业“混资本”环节要充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，通过产权市场、股票市场等平台公开、公平、公正进行。“混资本”过程中资产审计评估、进场交易、上市公司资本运作要严格履行相关工作程序，切实防止国有资产流失。

三是推动混改企业切实转变运营机制。包括完善公司法人治理结构和管控方式、深化三项制度改革、灵活用好多种激励约束机制和加强党的建设，明确相关工作的重点内容、有关规定和指导原则。

《操作指引》的出台，为中央企业开展混合所有制改革提供了系统的操作指南，有利于中央企业规范混合所有制改革工作流程，深化混合所有制改革内涵，以“混资本”促进“改机制”，切实提高中央企业竞争力、创新力、控制力、影响力和抗风险能力，夯实社会主义基本经济制度的微观基础。

# 住房和城乡建设部 国家发展改革委 公安部 市场监管总局 银保监会 国家网信办关于 整顿规范住房租赁市场秩序的意见

建房规〔2019〕10号

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团住房和城乡建设厅（住房和城乡建设委、住房和城乡建设管委、住房和城乡建设局）、发展改革委、公安厅（局）、市场监管局（厅、委）、银保监局、网信办：

租赁住房是解决进城务工人员、新就业大学生等新市民住房问题的重要途径。近年来，我国住房租赁市场快速发展，为解决新市民住房问题发挥了重要作用。但住房租赁市场秩序混乱，房地产经纪机构、住房租赁企业和网络信息平台发布虚假房源信息、恶意克扣押金租金、违规使用住房租金贷款、强制驱逐承租人等违法违规问题突出，侵害租房群众合法权益，影响社会和谐稳定。按照党中央对“不忘初心、牢记使命”主题教育的总体要求、中央纪委国家监委关于专项整治漠视侵害群众利益问题的统一部署，2019年6月以来，在全国范围内开展整治住房租赁中介机构乱象工作，并取得了初步成效。为巩固专项整治成果，将整治工作制度化、常态化，现提出以下意见。

## 一、严格登记备案管理

从事住房租赁活动的房地产经纪机构、住房租赁企业和网络信息平台，以及转租住房10套（间）以上的单位或个人，应当依法办理市场主体登记。从事住房租赁经纪服务的机构经营范围应当注明“房地产经纪”，从事住房租赁经营的企业经营范围应当注明“住房租赁”。住房和城乡建设、市场监管部门要加强协作，及时通过相关政务信息共享交换平台共享登记注册信息。房地产经纪机构开展业务前，应当向所在直辖市、市、县住房和城乡建设部门备案。住房租赁企业开展业务前，通过住房租赁管理服务平台向所在城市住房和城乡建设部门推送开业信息。直辖市、市、县住房和城乡建设部门应当通过门户网站等渠道公开已备案或者开业报告的房地产经纪机构、住房租赁企业及其从业人员名单并实时更新。

## 二、真实发布房源信息

已备案的房地产经纪机构和已开业报告的住房租赁企业及从业人员对外发

布房源信息的，应当对房源信息真实性、有效性负责。所发布的房源信息应当实名并注明所在机构及门店信息，并应当包含房源位置、用途、面积、图片、价格等内容，满足真实委托、真实状况、真实价格的要求。同一机构的同一房源在同一网络信息平台仅可发布一次，在不同渠道发布的房源信息应当一致，已成交或撤销委托的房源信息应在 5 个工作日内从各种渠道上撤销。

### **三、落实网络平台责任**

网络信息平台应当核验房源信息发布主体资格和房源必要信息。对机构及从业人员发布房源信息的，应当对机构身份和人员真实从业信息进行核验，不得允许不具备发布主体资格、被列入经营异常名录或严重违法失信名单等机构及从业人员发布房源信息。对房屋权利人自行发布房源信息的，应对发布者身份和房源真实性进行核验。对发布 10 套（间）以上转租房源信息的单位或个人，应当核实发布主体经营资格。网络信息平台要加快实现对同一房源信息合并展示，及时撤销超过 30 个工作日未维护的房源信息。住房和城乡建设、市场监管等部门要求网络信息平台提供有关住房租赁数据的，网络信息平台应当配合。

### **四、动态监管房源发布**

对违规发布房源信息的机构及从业人员，住房和城乡建设、网信等部门应当要求发布主体和网络信息平台删除相关房源信息，网络信息平台应当限制或取消其发布权限。网络信息平台未履行核验发布主体和房源信息责任的，网信部门可根据住房和城乡建设等部门的意见，对其依法采取暂停相关业务、停业整顿等措施。网络信息平台发现违规发布房源信息的，应当立即处置并保存相关记录。住房和城乡建设部门应当建立机构及从业人员数据库，有条件的可建立房源核验基础数据库，通过提供数据接口、房源核验码等方式，向房地产经纪机构、住房租赁企业、网络信息平台提供核验服务。

### **五、规范住房租赁合同**

经由房地产经纪机构、住房租赁企业成交的住房租赁合同，应当即时办理网签备案。网签备案应当使用住房和城乡建设、市场监管部门制定的住房租赁合同示范文本。尚未出台合同示范文本的城市，应当加快制定住房租赁合同示范文本。合同示范文本应当遵循公平原则确定双方权利义务。住房和城乡建设部门应当提供住房租赁管理服务平台数据接口，推进与相关企业业务系统联网，实现住房租

赁合同即时网签备案。

## **六、规范租赁服务收费**

房地产经纪机构、住房租赁企业应当实行明码标价。收费前应当出具收费清单，列明全部服务项目、收费标准、收费金额等内容，并由当事人签字确认。房地产经纪机构不得赚取住房出租差价，住房租赁合同期满承租人和出租人续约的，不得再次收取佣金。住房租赁合同期限届满时，除冲抵合同约定的费用外，剩余租金、押金等应当及时退还承租人。

## **七、保障租赁房屋安全**

住房和城乡建设部门应当制定闲置商业办公用房、工业厂房等非住宅依法依规改造为租赁住房的政策。改造房屋用于租赁住房的，应当符合建筑、消防等方面的要求。住房租赁企业应当编制房屋使用说明书，告知承租人房屋及配套设施的使用方式，提示消防、用电、燃气等使用事项。住房租赁企业对出租房屋进行改造或者装修的，应当取得产权人书面同意，使用的材料和设备符合国家和地方标准，装修后空气质量应当符合国家有关标准，不得危及承租人安全和健康。

## **八、管控租赁金融业务**

住房租赁企业可依据相关法律法规以应收帐款为质押申请银行贷款。金融监管部门应当加强住房租赁金融业务的监管。开展住房租金贷款业务，应当以经网签备案的住房租赁合同为依据，按照住房租赁合同期限、租金趸交期限与住房租金贷款期限相匹配的原则，贷款期限不得超过住房租赁合同期限，发放贷款的频率应与借款人支付租金的频率匹配。做好贷前调查，认真评估借款人的还款能力，确定融资额度。加强贷后管理，严格审查贷款用途，防止住房租赁企业形成资金池、加杠杆。住房租赁企业不得以隐瞒、欺骗、强迫等方式要求承租人使用住房租金消费贷款，不得以租金分期、租金优惠等名义诱导承租人使用住房租金消费贷款。住房和城乡建设部门应当通过提供数据接口等方式，向金融机构提供住房租赁合同网签备案信息查询服务。加强住房和城乡建设部门与金融监管部门有关住房租赁合同网签备案、住房租金贷款的信息共享。

## **九、加强租赁企业监管**

住房和城乡建设等部门加强对采取“高进低出”（支付房屋权利人的租金高于收取承租人的租金）、“长收短付”（收取承租人租金周期长于给付房屋权利

人租金周期)经营模式的住房租赁企业的监管,指导住房租赁企业在银行设立租赁资金监管账户,将租金、押金等纳入监管账户。住房租赁企业租金收入中,住房租金贷款金额占比不得超过30%,超过比例的应当于2022年底前调整到位。对不具备持续经营能力、扩张规模过快的住房租赁企业,可采取约谈告诫、暂停网签备案、发布风险提示、依法依规查处等方式,防范化解风险。涉及违规建立资金池等影响金融秩序的,各相关监管部门按照职责,加强日常监测和违法违规行爲查处;涉及无照经营、实施价格违法行为、实施垄断协议和滥用市场支配地位行为的,由市场监管部门依法查处;涉及违反治安管理和犯罪的,由公安机关依法查处。

## **十、建设租赁服务平台**

直辖市、省会城市、计划单列市以及其他租赁需求旺盛的城市应当于2020年底前建设完成住房租赁管理服务平台。平台应当具备机构备案和开业报告、房源核验、信息发布、网签备案等功能。建立房地产经纪机构、住房租赁企业及从业人员和租赁房源数据库,加强市场监测。逐步实现住房租赁管理服务平台与综合治理等系统对接。

## **十一、建立纠纷调处机制**

房地产经纪机构、住房租赁企业、网络信息平台要建立投诉处理机制,对租赁纠纷承担首要调处职责。相关行业组织要积极受理住房租赁投诉,引导当事人妥善化解纠纷。住房和城乡建设等部门应当畅通投诉举报渠道,通过门户网站开设专栏,并加强与12345市长热线协同,及时调查处理投诉举报。各地要将住房租赁管理纳入社会综合治理的范围,实行住房租赁网格化管理,发挥街道、社区等基层组织作用,化解租赁矛盾纠纷。

## **十二、加强部门协同联动**

城市政府对整顿规范住房租赁市场秩序负主体责任。住房和城乡建设、发展改革、公安、市场监管、金融监管、网信等部门要建立协同联动机制,定期分析研判租赁市场发展态势,推动部门信息共享,形成监管合力。按照职责分工,加大整治规范租赁市场工作力度。建立部、省、市联动机制,按年定期报送整顿规范住房租赁市场工作进展情况。

## **十三、强化行业自律管理**

各地住房和城乡建设部门要充分发挥住房租赁、房地产经纪行业协会(学会)作用,支持行业协会(学会)制定执业规范、职业道德准则和争议处理规则,定期开展职业培训和继续教育,加强风险提示。房地产经纪机构、住房租赁企业及从业人员要自觉接受行业自律管理。

#### 十四、发挥舆论引导作用

各地要充分运用网络、电视、报刊、新媒体等渠道,加强宣传报道,营造遵纪守法、诚信经营的市场环境。发挥正反典型的导向作用,及时总结推广经验,定期曝光典型案例,发布风险提示,营造住房租赁市场良好舆论环境。

中华人民共和国住房和城乡建设部  
中华人民共和国国家发展和改革委员会  
中华人民共和国公安部  
国家市场监督管理总局  
中国银行保险监督管理委员会  
国家互联网信息办公室  
2019年12月13日

#### 律师解读

住房和城乡建设部、国家发展改革委、公安部、市场监管总局、银保监会、国家网信办等6部门印发《关于整顿规范住房租赁市场秩序的意见》(以下简称《意见》),规范住房租赁市场主体经营行为,保障住房租赁各方特别是承租人的合法权益。《意见》突出问题导向,强化有效监管,主要规定了以下几个方面。

一是加强从业主体管理。房地产经纪机构和住房租赁企业在经营范围中注明“房地产经纪”或“住房租赁”,转租住房10套(间)以上的单位或个人,依法办理市场主体登记。住房租赁企业开业前向住房和城乡建设部门推送开业信息。

二是加强房源信息发布管理。房源信息应当满足真实委托、真实状况、真实价格的要求。网络信息平台应当核验房源信息发布主体资格和房源必要信息。

三是规范租赁住房改造行为。各地制定闲置商业办公用房、工业厂房等非住宅依法依规改造为租赁住房的政策。改造房屋应当符合建筑、消防、环保等方面的要求。

四是防范住房租赁金融风险。对住房租金贷款业务的贷款期限、贷款额度作出明确要求。加强对采取“高进低出”“长收短付”等经营模式的高风险住房租赁企业监管。

五是建设住房租赁管理服务平台。直辖市、省会城市、计划单列市以及其他租赁需求旺盛的城市应当建设完成住房租赁管理服务平台。平台应当具备机构备案和开业报告、房源核验、信息发布、网签备案等功能。

六是建立住房租赁常态化管理机制。各地住房和城乡建设、发展改革、公安、市场监管、银保监、网信等部门建立协同联动机制。建立多层次住房租赁纠纷调处机制。另外，《意见》还对推行住房租赁合同示范文本、规范机构服务收费、加强行业自律等内容作了要求。

# 最高人民法院关于适用 《中华人民共和国外商投资法》若干问题的解释

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》已于2019年12月16日由最高人民法院审判委员会第1787次会议通过，现予公布，自2020年1月1日起施行。

最高人民法院

2019年12月26日

法释〔2019〕20号

## 最高人民法院关于适用《中华人民共和国外商投资法》若干问题的解释

（2019年12月16日最高人民法院审判委员会第1787次会议通过，自2020年1月1日起施行）

为正确适用《中华人民共和国外商投资法》，依法平等保护中外投资者合法权益，营造稳定、公平、透明的法治化营商环境，结合审判实践，就人民法院审理平等主体之间的投资合同纠纷案件适用法律问题作出如下解释。

第一条 本解释所称投资合同，是指外国投资者即外国的自然人、企业或者其他组织因直接或者间接在中国境内进行投资而形成的相关协议，包括设立外商投资企业合同、股份转让合同、股权转让合同、财产份额或者其他类似权益转让合同、新建项目合同等协议。

外国投资者因赠与、财产分割、企业合并、企业分立等方式取得相应权益所产生的合同纠纷，适用本解释。

第二条 对外商投资法第四条所指的外商投资准入负面清单之外的领域形成的投资合同，当事人以合同未经有关行政主管部门批准、登记为由主张合同无效或者未生效的，人民法院不予支持。

前款规定的投资合同签订于外商投资法施行前，但人民法院在外商投资法施行时尚未作出生效裁判的，适用前款规定认定合同的效力。

第三条 外国投资者投资外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域，当事人主张投资合同无效的，人民法院应予支持。

第四条 外国投资者投资外商投资准入负面清单规定限制投资的领域，当事人以违反限制性准入特别管理措施为由，主张投资合同无效的，人民法院应予支

持。

人民法院作出生效裁判前，当事人采取必要措施满足准入特别管理措施的要求，当事人主张前款规定的投资合同有效的，应予支持。

第五条 在生效裁判作出前，因外商投资准入负面清单调整，外国投资者投资不再属于禁止或者限制投资的领域，当事人主张投资合同有效的，人民法院应予支持。

第六条 人民法院审理香港特别行政区、澳门特别行政区投资者、定居在国外的中国公民在内地、台湾地区投资者在大陆投资产生的相关纠纷案件，可以参照适用本解释。

第七条 本解释自 2020 年 1 月 1 日起施行。

本解释施行前本院作出的有关司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。

## 律师解读

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《中华人民共和国外商投资法》（以下简称《外商投资法》），该法自 2020 年 1 月 1 日起施行。《外商投资法》确立了我国新型外商投资法律制度的基本框架，确定了我国对外开放、促进外商投资的基本国策和大政方针，对外商投资的准入、促进、保护、管理等作出了统一规定，是我国外商投资领域新的基础性法律，是对我国外商投资法律制度的完善和创新。根据《外商投资法》第四条规定，国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度；国家对负面清单之外的外商投资，给予国民待遇。这从立法层面确立了新时代外资管理的新体制。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》（以下简称《解释》）的首要目的就是确保《外商投资法》在审判领域得到公正高效执行，贯彻落实党中央关于更加开放、依法平等保护中外投资者合法权益、营造稳定、公平、透明的法治化营商环境的重大决策部署。从既往的审判实践看，外商投资领域产生的纠纷中合同纠纷较为突出，因此，此次司法解释重点聚焦在合同争议的解决，特别是合同效力的确定问题。

《解释》充分贯彻党中央扩大开放、平等保护中外投资者合法权益的精神。

主要体现在：第一，对负面清单之外的领域形成的投资合同，当事人以合同未经有关行政主管部门批准、登记为由主张合同无效或者未生效的，人民法院不予支持；第二，即便是外国投资者投资负面清单规定限制投资的领域，只要在人民法院作出生效裁判前，当事人采取了必要的补正措施，投资合同仍然可以认定有效；第三，即便在投资合同签订时未符合负面清单的要求，但在生效裁判作出前，负面清单调整放宽了限制性要求的，投资合同也可以认定有效。《解释》通过这些制度设计，在依法维护和保障外资管理秩序的前提下，尽可能促进投资合同有效，最大限度保障投资者的合法权益。

◆ **专业解读**      法律风险无处不在，此处专业解读了各企业在运营过程中极易混淆疏忽的法律问题，有助您规避法律风险，为您保驾护航！

## 详解私募股权投资基金

优化私募股权基金环境，是促进投资市场持续健康发展的必要保障。因此，在多个行业的产业规划中，都提到对私募股权基金的鼓励和认可。各级地方政府陆续出台了众多的针对私募股权基金的优惠政策，以促进股权投资类企业的发展。这些优惠扶持政策包括政府建立产业引导股权投资基金、完善公平税收政策、放宽机构投资者准入、政府出资引导机制、支持长期投资等方面。那么本文将详解私募股权投资资金是什么？对创新经济的发展有哪些？如何退出？

### 一、何为私募股权投资基金

私募股权基金顾名思义是指从事非公开股权投资的基金。而私募股权投资（Private Equity）（简称“PE”）一般是指对非上市企业进行的权益性投资，并以策略投资者的角色积极参与投资标的的经营与改造，通过上市、并购或管理层回购等方式，出售持股获利。私募股权投资的资金，一般采用非公开发行的方式，向有风险辨别和承受能力的机构或个人募集。

#### （一）私募股权投资基金的分类

私募股权投资基金通常包括创业投资基金、并购投资基金、过桥基金等等。

创业投资基金投资于包括种子期、初创期、快速扩张期和成长初期的企业；并购投资基金投资于扩展期企业和参与管理层收购；过桥基金则投资于过渡企业或上市前的企业。

## （二）私募股权投资基金的特点

1、在资金募集上，主要通过非公开方式面向少数机构投资者或个人募集，它的销售和赎回都是基金管理人通过私下与投资者协商进行的。另外在投资方式上也是以私下协商形式进行，很少涉及公开市场的操作，一般无需披露交易细节。

2、多采取权益型投资方式，很少涉及债权投资。反映在投资工具上，多采用普通股或者可转让优先股，以及可转债的工具形式。PE 投资机构也因此对被投资企业的决策管理享有一定的表决权。

3、一般投资于私有公司即非上市企业，很少投资于已公开发行公司，不会涉及到要约收购义务。

4、投资期限较长，一般可达 3 至 5 年或更长，属于中长期投资。

5、资金来源广泛，如富有的个人、战略投资者、养老基金、保险公司等。

6、PE 投资机构居多采取有限合伙制，这种企业组织形式有很好的投资管理效率，并避免了双重征税的弊端。

7、投资退出渠道多样化，有上市（IPO）、售出（TRADE SALE）、兼并收购（M&A）、标的公司管理层回购等等。

## （三）私募股权投资基金的组成形式

### 1、信托制

信托制特点：类似有限合伙，同样有免税优势；但资金需要一步到位，使用效率低；涉及信托中间机构，增加基金的运作成本。

### 2、公司制

公司制基金的特点：需要缴纳企业所得税；股份可以上市；投资收益可以留存继续投资；企业所得税之外投资者需要交纳个人所得税，涉及双重征税。

### 3、有限合伙制

有限合伙制特点：普通合伙人（GP）与有限合伙人（LP）共同组成有限合伙企业，其中私募股权投资公司作为 GP，发起设立有限合伙企业，并认缴少部分出资，而 LP 则认缴基金出资的绝大部分。GP 承担无限责任，负责基金的投资、

运营和管理，并每年提取基金总额的一定比例作为基金管理费；LP 承担有限责任，不参与公司管理，分享合伙收益，同时享有知情权、咨询权等。

## **二、私募股权基金的发展方向**

未来 3-5 年，私募股权投资基金会有哪些发展方向呢？

### **（一）政府对基金业的引导扶持力度加大**

优化私募股权基金环境，是促进投资市场持续健康发展的必要保障。因此，在多个行业的产业规划中，都提到对私募股权基金的鼓励和认可。

包括国家发改委在内的各部门大力推进私募股权投资的制度建设，相应地，各级地方政府陆续出台了众多的针对私募股权基金的优惠政策，以促进股权投资类企业的发展。这些优惠扶持政策包括政府建立产业引导股权投资基金、完善公平税收政策、放宽机构投资者准入、政府出资引导机制、支持长期投资等方面。

### **（二）市场对基金业的参与度进一步加强**

完善市场化的运作形式能保证私募股权基金的资金使用效率，在最近的实践中，我国各地方政府引入私募股权投资基金，来吸引社会优秀创投团队、战略性新兴产业的落户。引导基金最能体现出对社会资本的吸引力。目前在产业引导股权基金上，引导基金实行市场化运作模式俨然已经成为一大鲜明的特色。引导基金实行专业化的管理，“募、投、管、退”各个环节实行市场化运作。扶持产业发展“市场化”，不仅给政府减轻负担，还提高基金使用效率，使市场发挥在资源配置中的决定性作用。

### **（三）基金投资转移重点逐渐向早期投资转移**

多家研究机构的统计数据显示，投资事件中，处于早期阶段的占投资事件的 50%以上。而在这些投资事件中，将早期投资作为重点的投资机构不乏大公司的投资部门。很多私募股权基金是通过设立天使基金、直接介入天使阶段公司和投资成为天使基金 LP(有限合伙人)等方式来向投资转移的。就投资环境而言，除私募基金外，其他投资机构更是把投资重点向早期倾斜，互联网公司的战略方案也包括向早期投资倾斜，如早期创业公司，建立创新工场和创投基金等。

### **（四）行业投资重点逐步以七大行业为主**

国务院在 2014 年 11 月 26 日印发《关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》，着重在于激发市场主体活力和发展潜力，意在促进调结构、

惠民生。根据文件精神，着重对生态环保、农业水利、市政设施、交通、能源设施、信息和民用空间设施、社会事业等 7 个重点领域提出了吸引社会投资的措施。

在政策层面，按照国务院的部署，各地区发改委以及相关部门加快这七大类重点建设。出台系列措施的原因，首先是对于上述领域，民间资本进入壁垒高，社会资本缺乏活跃度。其次，这些领域关于公共安全、公共产品和公共服务，在经济社会发展中处于薄弱环节。

### **（五）并购投资成为基金业重要投资方式**

注册制改革、新三板发展等宏观政策环境变化，并购市场成为新兴领域。仅 2013 年第一季度，中国创投市场并购交易额达到 316.37 亿美元，新三板市场、股权分散的金融、地产以及商业股并购和国企混合所有制改革都为私募带来很大空间。在新三板上市的公司被主板或创业板上市公司收购是一种趋势，国有资本管理方式向市场化探索，国有资本运营公司和国有资本投资公司的建立，都对股权并购有很大操作空间。

### **（六）基金开始参与国企混合所有制改革**

发展混合所有制为主导的国企改革，改革的方向和框架已明确，实施细则层次的操作方案、运作模式需要探索，怎样选择适合战略目标战略投资人实现“混合所有制”的目的，战略投资人的选择里，私募股权基金具有突出的优势。私募股权基金的投入对推动企业向混合所有制发展，完善企业法人治理结构有积极影响。基金投资过程就是带入外部战略性资源，在企业快速壮大的同时获得高资本回报。

## **三、私募股权基金的退出方式**

私募股权投资项目包括筹资、投资、管理和退出四大环节，其中私募股权投资的退出是基金运作中最基础、最重要的一个环节。成功的退出保证了私募基金投资高收益的取得和资金的高效循环。实践中，私募股权基金退出所投资的公司，常采取以下几种模式：

### **（一）IPO 退出**

首次公开发行(Initial Public Offering, 简称 IPO)是指在被投资企业经营达到一定规模时，向非特定社会公众进行首次公开发行股票的行为。企业上市获得了可在资本市场上融资的途径。通常而言，IPO 是投资机构最理想的退出方式，

对于投资机构而言，IPO 可以将私募股权基金所持有的不可流通的企业股份转变为可以上市流通的股票。

IPO 在股权投资基金退出的渠道中具有很大的优势：

第一，在实践中 IPO 是所有退出方式中收益较高的。第二，对于股权投资机构来说，IPO 有助于提高股权投资机构的知名度、市场声誉与社会形象。第三，企业上市通过直接融资平台进行融资，不会影响企业的管理和运营，有助于保持企业的独立性和管理的连续性。第四，上市可以为企业长期发展筹集资金保持持续的融资渠道。第五，IPO 上市前，公司会进行准备和宣传，有助于提升市场对企业的投资热情和关注度，为企业继续发展创造条件。

## **（二）股权转让退出**

股权转让是除 IPO 外投资机构实现退出的另一个重要方式。股权转让指的是投资机构依法将自己的股东权益有偿转让给他人，套现退出的一种方式。常见的例如私下协议转让、在区域股权交易中心公开挂牌转让等。并购(M&A)和股份回购(Buy-back)也属于股权转让。另外，如果私募股权基金投资的存续期届满，或出于某种原因必须使收益变现，股权投资机构可以将所持股份转让给另一家私募股权投资公司，从而实现退出。

## **（三）并购(M&A)退出**

兼并收购上是私募股权投资基金在时机成熟时，将目标企业的股权转让给第三方，以确保所投资资金顺利的撤出。作为私募股权投资最终资本退出的一个重要方式，实际上就是私募股权基金和目标公司管理层认为企业的价值已达到目的预期，把企业作为一种产品推介，将其出售给其他 PE 或者另一家公司。

在我国，股票市场尚不成熟，投机性炒作行为大量存在，企业公开上市后的股票价格可能远远高于其所代表的资产净值。因此，并购只是在股票市场低迷或者 IPO 退出受阻时的次位选择，PE 更愿意选择公开上市的方式退出，以实现较高的资本增值。而在美国、英国等资本市场成熟的国家，股票二级交易市场的价格也较为公允，通过 IPO 方式退出并不一定能获得比并购退出更多的资本溢价。因此，在这些国家，并购已成为一种主要退出方式，能够有效缩短退出时间，减少时间成本和机会成本。

## **（四）股权回购退出**

回购主要分为管理层收购和股东回购。股权回购是指创业企业或创业企业的管理层通过现金、票据等有偿证券向股权投资机构回购企业股份，从而使股权投资机构实现退出的行为。当企业发展到一定程度，资产规模、产品销路、财务状况都较好，但未达到公开上市要求，管理层对企业未来的潜力看好，考虑到并购可能带来的丧失企业独立性问题，这种情况下可以通过管理层回购私募股权投资基金持有的股权而使其实现退出。在实践中，一般早在投资机构签订投资协议时，就约定了关于股权回购的有关条款，回购价格在合同中已经规定好了计算方法。同时，如果股权投资企业认为所投资企业效益欠佳，没有达到预期的收益，也可以根据协议要求管理层回购，实现退出。

回购具有的优势是由于企业的投资机构相互熟悉，信息较为对称，在谈判过程中可以节约大量的时间、经济成本，而出售的价格一般也较公平合理，私募股权机构也可以很快的退出。

#### **（五）破产清算退出**

在实际操作中，很多投资项目并不能达到预期收益，或投资机构认为企业失去了发展的可能性或成长速度过慢、回报过低，甚至可能投资项目失败、面临破产。在这种情况下，破产清算成为股权项目基金最不得已的退出方式。破产清算可以减少继续经营带来的风险和损失，及时止损，保证收回现有的资本余额，以便尽快发掘新的市场机会。破产清算是股权投资机构投资失败后采取的最后的策略，通过破产清算退出，股权投资机构要承担经济损失和声誉伤害。

#### **四、结语**

调查研究显示，高净值人群中已经有 90%的人配置了私募股权基金。而一份最新的中国家庭财富报告对中美家庭的资产配置做了对比，结果发现，在发达国家的居民资产配置中，金融资产达到 42.6%，中国居民的金融资产配置是 11.8%。这正凸显出中国私募股权基金在未来拥有极大的发展机遇，在进一步有效集中社会资源，支持中小企业融资，培育中小企业壮大等方面还大有可为。

# 建设工程保修实务分析

目前，我国建设工程领域实行质量保修制度，也就是说只要在保修范围、保修期限内发生建设工程质量问题的，施工单位应当依法履行保修义务。但是在规定之外，司法实践中对一些问题存在很大争议，具体详见下文。

## 一、建设工程保修制度的含义

根据《中华人民共和国建筑法》《建设工程质量管理条例》《房屋建筑工程质量保修办法》等文件以及最新的《建设工程施工合同（示范文本）》，当前的建设工程保修制度主要涉及：

### （一）范围及期限

工程保修期从工程竣工验收合格之日起算，具体分部分项工程的保修期由合同当事人在专用合同条款中约定，但不得低于法定最低保修年限。

基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；

屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为 5 年；  
供热与供冷系统，为 2 个采暖期、供冷期；

电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程，为 2 年。发包人未经竣工验收擅自使用工程的，保修期自转移占有之日起算。

### （二）程序要求

在保修期内，发包人在使用过程中，发现已接收的工程存在缺陷或损坏的，应当书面通知承包人，但情况紧急必须立即修复缺陷或损坏的，发包人可以口头通知承包人并在口头通知后 48 小时内书面确认，承包人应在专用合同条款约定的合理期限内到达工程现场并修复缺陷或损坏。

### （三）费用承担

保修费用由导致质量缺陷的责任一方承担，即保修期内，如果因承包人原因造成工程缺陷、损坏，承包人负责修复，并承担相应费用并赔偿因工程的缺陷、损坏造成的人身和财产损失；如果因发包人使用不当或者其他原因造成工程的缺陷、损坏，发包人可以有偿委托承包人进行修复，且修复的费用由发包人承担，因此造成的人身伤害和财产损失由责任方承担。

## 二、工程保修的常见问题分析

### （一）保修期的起算争议

《建设工程质量管理条例》等明确建设工程保修期是自竣工验收合格之日起计算。但在实践操作中，建设单位经常会要求在工程质量保修书中约定保修期的起算时间推迟到房屋集中交付日，这样一来就可将商品房买卖合同中的保修期延长，这种情况在房地产开发项目中尤为多见。

对此我们认为存在很大问题，首先《建设工程质量管理条例》、《房屋建筑工程质量保修办法》等规范性文件中明确保修期限应当自竣工验收合格之日起计算，而且建设单位与购房者在商品房买卖合同中约定的房屋集中交付时间变数太大，对施工单位而言完全不可控；另外即便施工合同约定了在房屋集中交付之日起算保修期限，但实际上工程竣工验收到房屋集中交付这期间，仍然是由施工单位在承担工程质量保修责任，这无疑就是变相地加重了施工单位的保修义务。

通过检索相关案例，我们发现司法实践中，有一部分法院就认为虽然建设单位和施工单位约定保修期自房屋集中交付之日起算，但又没有明确约定集中交付的时间以及认定集中交付的条件，因此导致保修期起算的时间点变得无法确定，对施工单位而言风险太大，最终认定保修期还是应从建设工程竣工验收之日起算。

据此，我们认为如果就工程质量保修期起算发生争议时，从工程竣工合格之日起开始计算保修期可能更稳妥。

### （二）质保金退还后保修责任承担的争议

最新的《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）明确“缺陷责任期”就是施工单位按照合同约定承担缺陷修复义务，并且建设单位预留质量保证金的期限（当然已经缴纳了履约保证金的除外），该期限是从工程实际竣工之日起开始计算。另外，《建设工程质量保证金管理办法》第8条也明确，工程的缺陷责任期是从工程通过竣工验收之日起计算，该期限一般为1年，最长不超过2年，具体的由发包人和承包人双方在合同中约定。也就是说缺陷责任期是和保证金联系的，是建设单位预留工程质量保证金的期限。

但是质量保修期一般是在不违反法定最低保修期限的前提下，由合同方自由约定，各分部分项工程的保修期限也不尽相同，建设单位是否返还工程质量保证金与是否承担质量保修责任并无直接关联。

### （三）保修期届满后是否承担保修责任的争议

房屋建筑工程质量保修，是指对房屋建筑工程竣工验收后在保修期限内出现的质量缺陷，予以修复。质量缺陷，是指房屋建筑工程的质量不符合工程建设强制性标准以及合同的约定。

保修制度中确认的保修期限，就是施工单位应当履行保修责任的期限要求，由于保修期限内产生的保修事项可能由工程自身的质量缺陷导致，还有可能是由于正常损耗或不当使用或第三方侵权等其他原因所致。

据此保修期届满后，虽然施工单位可以不按照施工合同约定的保修义务履行全面的保修责任，但只要关涉施工原因造成的工程质量缺陷，施工单位还是应当承担相应的质量瑕疵责任，特别是针对违法分包、挂靠资质、施工不符合设计图纸或技术标准、违法分包、资质挂靠等施工方原因导致的工程质量缺陷，施工单位不应在保修期届满后完全免于承担修复责任及相应赔偿责任。

## 公司对外提供担保的司法实践新动向

2005年，《中华人民共和国公司法》修订后增加了第十六条有关公司对外提供担保的规定：“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，由董事会或者股东会、股东大会决议”。那与此相反，对于公司未经董事会或股东会、股东大会决议对外提供的担保效力，没有明确的法律规定，在司法实践中裁判尺度不统一。

一些法院的案例和部分研究学者认为公司对外提供担保的效力必须论证清楚《公司法》第十六条是否属于效力性强制性规定，即违反《公司法》第十六条能否应适用《合同法》第五十二条第（五）项认定合同无效。而也有一些学者和案例提出，公司对外担保效力问题本质上是越权代表问题，需要根据《合同法》第四十九条和五十条来审查未经公司决议进行的对外担保行为是否对公司产生效力。2019年11月，最高人民法院印发【《全国法院民商事审判工作会议纪要》法[2019]254号】（以下简称九民纪要），其中对于公司对外提供担保的效力问题提出明确意见，较为详细的从越权代表、善意认定、决议例外、权利救济等多方位进行规定，有望规范该法律问题在司法实践中的运用。

### 一、越权代表观点分析

在对外提供担保的效力方面，越权代表即法定代表人是否可以代表公司对外提供担保？

《民法总则》第六十一条明确规定，“法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。”那为了防止法定代表人随意代表公司为他们提供担保给公司给公司造成损失，损害中小股东利益，《公司法》第 16 条对法定代表人的代表权进行了限制。

根据该条规定，担保行为不是法定代表人所能单独决定的事项，而必须以公司股东（大）会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源。法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的，构成越权代表，人民法院应当根据《合同法》第 50 条关于法定代表人越权代表的规定，区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力：债权人善意的，合同有效；反之，合同无效。

## 二、善意认定

将担保的效力问题与相对人即债权人是否善意直接挂钩，那对于善意的认定便显得尤为重要。是否善意，核心点是债权人是否知道法定代表人超越权限订立了担保合同。区分如下两种情况：

### 第一种：为公司股东或实际控制人提供关联担保

《公司法》第 16 条明确规定：“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。”反之，未经股东会或者股东大会决议的，则构成越权代表。那在此情况下，债权人主张担保合同有效，应当提供证据证明其在订立合同时对股东会、股东大会决议进行了审查，决议的表决程序符合《公司法》第 16 条的规定“前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参与前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”即在排除被担保股东表决权的情况下，该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过，签字人员也符合公司章程的规定。

### 第二种：公司为公司股东或者实际控制人以外的人提供非关联担保

根据《公司法》第 16 条的规定，公司为公司股东或者实际控制人以外的人提供非关联担保应依照公司章程的规定，由董事会决议或者股东会、股东大会决议。无论章程是否对决议机关作出规定，也无论章程规定决议机关为董事会还是

股东会、股东大会，根据《民法总则》第 61 条第 3 款关于“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人”的规定，只要债权人能够证明其在订立担保合同时对董事会决议或者股东会、股东大会决议进行了审查，同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定，就应当认定其构成善意，但公司能够证明债权人明知公司章程对决议机关有明确规定的除外。

在此需要注意的是，债权人对公司机关决议内容的审查一般限于形式审查，只要求尽到必要的注意义务即可，标准不宜太过严苛。公司以机关决议系法定代表人伪造或者变造、决议程序违法、签章（名）不实、担保金额超过法定限额等事由抗辩债权人非善意的，人民法院一般不予支持。但是，公司有证据证明债权人明知决议系伪造或者变造的除外。

## 二、无须机关决议的例外情况

那是否是在任何情况下都需要对外提供担保的公司出具决议呢？九民纪要对无须机关决议的例外情况做出的明确规定：

存在下列情形的，即便债权人知道或者应当知道没有公司机关决议，也应当认定担保合同符合公司的真实意思表示，合同有效：

（1）公司是以为他人提供担保为主营业务的担保公司，或者是开展保函业务的银行或者非银行金融机构；

（2）公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向债权人提供担保；

（3）公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系；

（4）担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上有表决权的股东签字同意。

## 三、越权代表的法律后果及相应责任承担

担保合同有效，债权人请求公司承担担保责任的，人民法院依法予以支持；担保合同无效，债权人请求公司承担担保责任的，人民法院不予支持，但可以按照担保法及有关司法解释关于担保无效的规定处理。

但如果公司举证证明债权人明知法定代表人超越权限或者机关决议系伪造或者变造，债权人请求公司承担合同无效后的民事责任的，人民法院不予支持。

## 四、法定代表人越权代表的权利救济

因法定代表人的越权担保行为给公司造成损失，公司可提起诉讼请求法定代表人承担赔偿责任，人民法院应予以支持。但如果公司没有提起诉讼，若公司没有提起诉讼，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东可依据《公司法》151条的相关规定，请求法定代表人承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。

◆ **实战案例研习** 本栏目将分享亲自实操的典型案列，运用清晰的逻辑思维能力进行案例的研究学习、答疑解惑，为您规避风险，成竹在胸。

## 房屋备案登记并非预告登记，不能排除法院强制执行

### 一、案情简介

甲公司因无力偿还胡某的债务，双方协商一致将位于××县××小区两处房屋网签备案至胡某名下。高某与甲公司民间借贷纠纷一案，因甲公司未履行生效判决确定的义务，某中院查封了上述两套房屋，拟对其进行拍卖。甲公司对某中院的执行行为不服，提出书面异议，要求中止对案涉房屋的拍卖，中院驳回了甲公司的异议请求。

### 二、重点问题研习

**本案的争议焦点为：已达成以物抵债协议，并进行预售合同网签登记备案的商品房可否排除第三人的强制执行。**

#### （一）商品房预售合同网签备案的法律效力

《城市商品房预售管理办法》第10条规定：商品房预售，开发企业应当与承购人签订商品房预售合同。开发企业应当自签约之日起30日内，向房地产管理部门和市、县人民政府土地管理部门办理商品房预售合同登记备案手续。房地产管理部门应当积极应用网络信息技术，逐步推行商品房预售合同网上登记备案。

《物权法》第十四条又规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力”，纵观《房屋登记办法》和《不动产登记暂行条例实施细则》，商品房预售合同登记备案并不是法定的登

记类型，并未记载于不动产登记簿，也不发生物权效力。因此，商品房预售合同登记备案不同于预告登记，仅是行政管理的一种手段，不产生登记请求权的物权效力，仅具有债权性质，一旦发生纠纷，应以债权的相关原则和规定进行认定。

本案中，登记在被执行人甲公司名下两套房屋，即使在执行法院查封前该商品房预售合同已经网签及网络备案，但是因未办理经预告登记，并不产生“未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力”的法律后果。

## （二）买受人为执行异议的适格主体

《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》第二十八条、第二十九条规定，在金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产企业名下的不动产提出异议，符合法定情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持。本案中，甲公司系本案被执行人，执行法院查封时案涉两套房屋仍登记在被执行的甲公司名下，对于主张该两套房屋物权期待权并排除本案执行，只有买受人才具有异议主体资格，因此，甲公司并非对案涉房屋提出该异议的适格主体。

## （三）以物抵债协议及网签备案合同能否排除对该不动产的强制执行

《中华人民共和国物权法》第九条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。

本案中，案外人胡某作为基于以物抵债协议而拟受让不动产的受让人，仅享有对涉案房屋的普通债权请求权，该债权请求权不能满足法定物权变动的要求，因而不能直接取得上述房屋的所有权。在完成不动产法定登记之前，该以物抵债协议并不足以形成优先于一般债权的利益。因此，已网签登记备案预售合同和以物抵债协议，不足以排除对涉案房屋的执行。

## 三、律师建议

日常生活中，很多买受人误以为备案登记就是预告登记，实质上两者的法律效果截然不同。预告登记的目的在于“保障将来实现物权”，是种特殊的不动产物权登记，登记后，当事人就享有准物权。备案登记是政府部门规范房地产开发企业、房屋中介公司等相关主体进行的行为，是一种行政管理制度，并不具有物权变动的性质，不产生不动产物权设立或变更的效果。

（一）买受人在签订《商品房预售合同》之前，应看清合同是否有关于办理

预告登记的条款。若没有，应与开发商协商补充约定。在不动产登记机构办理预告登记后，买受人就具备准物权权利人的身份，更能有效保障自己的权益。

(二)买受人在未办理不动产移转登记，也未办理预告登记的情况下，预售房屋被法院强制执行，但符合下列情形且其权利能够排除执行的，应及时向执行法院提出异议，保护自身合法权益：

1. 在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；
2. 所购商品房系用于居住，名下无其他用于居住的房屋；
3. 已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十的。

## 以让与股权的方式作担保，担保权人能否 就该股权优先受偿？

### 一、案情简介

2011年8月18日，付某向刘某借款3000万元用于某房地产开发有限公司的项目建设。为确保债权的实现，双方在当日又签订了《股权转让协议》，约定付某将其在某房地产开发有限公司的全部股权作价1000万元转让给刘某，作为借款的担保。合同签订后，双方到工商局办理了股权转移登记手续。

付某认为，股权转让协议并非双方的真实意思表示，且刘某也未支付任何对价，该合同应当认定为无效。为此，特诉至法院，请求确认双方签订的《股权转让协议》无效，并确认该转让股权归其享有，配合办理该股权登记手续。

### 二、案例分析

本案争议的焦点问题即案涉《股权转让协议》的性质及效力。

首先，让与担保，是指债务人或第三人将担保物的所有权移转于债权人或其指定的人，受让人在担保期间不得对让与的担保物进行处置，债务清偿后按双方约定或双方协议，担保物返还或赎回；债务不获清偿时，债权人得就该担保物受偿的一种非典型担保形式。案涉股权转让行为并非通常意义上的股权转让，而符合让与担保的法律特征，因为案涉《股权转让协议》是为涉案3000万元的借款的实现设定的担保。由此，案涉《股权转让协议》为双方当事人签订的名为股权

转让实为股权让与担保的合同，系当事人真实意思表示，未违反国家法律及行政法规的强制性规定，合法有效。

其次，双方签订《股权转让协议》并完善好股权变更登记相关手续后，依法进行了工商股权变更登记。当事人如此安排，一是从形式上符合我国公司法及公司登记管理条例的相关规定；二是防止付某对案涉股权的再行处分，排除案外第三人的优先效力，进一步强化了股权让与担保的债权的履行及担保效能。现付某主张协议无效，不符合《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的无效情形。

最后，我国物权法第一百八十六条、第二百一十一条系禁止流质（押）契约条款的强制性规定。由此，案涉《股权转让协议》的让与担保的实质属性，确定了涉案担保的债权人未获债权清偿时不能直接取得担保股权的所有权，可以以担保股权获得优先受偿。因此，案涉股权变更登记后的股东即刘某为名义上的股东，实际股东仍为原股东即付某。虽然付某系案涉股权的实际股东，但因在其上设定了权利即担保物权，在其未能按时或不能清偿债务时，债权人可依法以该股权折价或者以拍卖、变卖价款优先受偿。

### 三、法律分析

#### （一）从担保关系的认定来看

让与担保属非典型的担保方式，法律对其并未有明文规定，让与担保合同也一样，没有法律明确规定，属无名合同。其效力和普通民事法律行为无异。

根据最高人民法院印发【《全国法院民商事审判工作会议纪要》法[2019]254号】（简称《九民纪要》）第六十六条，当事人订立的具有担保功能的合同，不存在法定无效情形的，应当认定有效。虽然合同约定的权利义务关系不属于物权法规定的典型担保类型，但是其担保功能应予肯定。

#### （二）从担保物权的效力来看

《九民纪要》第七十一条规定，债务人或者第三人与债权人订立合同，约定将财产形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务，债权人将该财产返还给债务人或第三人，债务人到期没有清偿债务，债权人可以对财产拍卖、变卖、折价偿还债权的，人民法院应当认定合同有效。合同如果约定债务人到期没有清偿债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该部分约定无效，但不影响合同其他部分的效力。

当事人根据上述合同约定，已经完成财产权利变动的公示方式转让至债权人名下，债务人到期没有清偿债务，债权人请求确认财产归其所有的，人民法院不予支持，但债权人请求参照法律关于担保物权的规定对财产拍卖、变卖、折价优先偿还其债权的，人民法院依法予以支持。债务人因到期没有清偿债务，请求对该财产拍卖、变卖、折价偿还所欠债权人合同项下债务的，人民法院亦应依法予以支持。

#### 四、实务建议

1、让与担保的实质为通过转让所有权、股权等方式对借款进行担保，因而诉讼时应当选取民间借贷纠纷作为案由，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条对此已经进行了明确规定。

2、让与担保的法律关系较为复杂，选择让与担保的方式为民间借贷提供担保应予慎重。虽然《九民纪要》对让与担保合同的效力和担保功能进行了肯定，但是当事人不得在合同中约定“债务人不能偿还到期欠款时，股权归属于债权人”等条款，清偿债务时应当首先进行拍卖、变卖等清算程序。

3、鉴于让与担保的法律关系较为复杂，实践中也争议颇大，需要双方当事人在合同中对合同目的、股权的变价方式等内容进行一系列较为详尽的约定，因而需进行相关交易安排时，建议聘请对民间借贷纠纷处理有专业经验的律师团队作顾问，对合同条款进行周密约定。否则，很可能出现协议的效力被法院否认，权利人的债权得不到保障的局面。

◆ **经典经济读物鉴赏** 业精于勤，荒于嬉。行成于思，毁于随。知之者不如好之者，好之者不如乐之者。读书足以怡情，读书足以养性。经典读物鉴赏带您一同领略四季的变换，体会知识的奥妙。

### 《怪诞行为学：可预测的非理性》

[美]丹·艾瑞里

——人们的行为和决策常常偏离理性，远非你想象的那样完美。

## 一、推荐理由

本书的作者丹·艾瑞里（Dan Ariely）是美国杜克大学心理学和行为经济学教授，同时也在该校经济学院、医学院等担任教职，获得过心理学博士及商学博士学位，他的文章经常发表在《纽约时报》《华尔街日报》《华盛顿邮报》《波士顿环球报》等知名媒体上，著有畅销书《怪诞行为学》和《怪诞行为学2》、《不诚实的诚实真相》等。

18岁的一场意外，让艾瑞利全身皮肤70%遭灼伤，住在烧烫伤病房达三年之久。身穿黑色特制弹性紧身衣、头戴面罩的他，活像个“蜘蛛侠”，但恰恰是在这段漫长、无聊、而又痛苦不堪的岁月里，他产生了从心理学的角度探索人类行为和决策的兴趣，痊愈后的他最终成为一名著名的行为经济学大师，“蜘蛛侠经济学家”闻名世界。

在本书中，丹·艾瑞里带我们进入了行为经济学领域，通过一系列实验研究颠覆了人们曾经普遍认同的我们的行为是完全理性的假设。无论是咖啡、减肥，买一辆车还是谈恋爱，我们的决策行为中总是带有各种非理性。找出存在于不同领域行为和决策背后的各种力量，针对影响我们个人、企业，以及公共生活的普遍问题，找出解决方法，这正是行为经济学所要做的。

## 二、内容导读

为什么人们愿意接受对自己毫无用处的赠品，甚至为此花精力去疯抢或排队？

为什么我们会浪费丰盛晚宴中的精致食物，却对一张打折优惠餐券念念不忘？

为什么我们会高估自己？

为什么人们对义务干活帮助他人感到高兴，而干活挣钱反而不高兴？

……

在做生活中的各种决策时，我们总是以为自己正在做出明智的、理性的选择。但是事实真的是这样吗？

经济学总是假设人是理性的，总是会按照成本与收益的原则来行事。但是，

现实中往往不是这样。行为经济学是从心理学的角度来解释人这些看似不理性的行为，是心理学与经济学的结合。

非理性是人类的本能，是主宰人类行为和决策的隐性力量。然而，这些非理性的行为既不是随机的，也不是毫无意义的。它们是有系统的、可预测的。

本书即列举了一系列人们日常生活中的非理性行为与决策，由此开展对行为经济学的探讨。让我们来看第一个例子。

### 我们生活中的价格诱饵

在《经济学人》杂志的网页上有这样一则广告：

#### 征订

#### 欢迎光临

《经济学人》征订中心

请选择你想订阅或续订的方式：

电子版：每年 59 美元

包括《经济学人》杂志网站全年所有在线内容及 1997 年以来各期《经济学人》在线内容浏览权限

印刷版：每年 125 美元

全年各期印刷版的《经济学人》

印刷加电子版套餐：每年 125 美元

全年各期印刷版的《经济学人》加《经济学人》杂志网站全年所有在线内容及 1997 年以来各期《经济学人》在线内容浏览权限

顺着这条广告一条条往下读。第一种阅读选择：花费 59 美元在网上订阅，好像不算贵。第二种选择：买 125 美元的印刷版，价格有点儿高，但还算可以。然后第三种选择：印刷加电子版套餐同样是 125 美元！那么，既然都是 125 美元，谁会放弃诱人的印刷版加电子版套餐，而选择只订印刷版呢？

这种营销设置的背后原理便是行为经济学中所说的人们行为的非理性，即人们很少做不加对比的选择。我们的心里并没有一个“内部价值计量器”来告诉我们某种物品真正的价值是多少。相反，我们关注的是这种物品与其他物品的相对优劣，以此来估算其价值。例如，我们不知道六缸汽车的价钱，但我们可以推断出它比四缸车要贵。

在《经济学人》杂志的案例中，你可能不知道单订 59 美元的电子版是否比单订 125 美元的印刷版划算，但你肯定知道 125 美元的印刷加电子版套餐要优于单订 125 美元的印刷版。事实上，你可以明确无误地从合订套餐中推算出：电子版是免费的。

这是怎么回事呢？从最基本的观察开始了解：**多数人只有到了具体情境才知道自己真正想要的是什么。** 我们想买运动自行车，却不知道买哪一款，直到我们看到环法自行车赛的某个冠军在给某个型号的车子做广告时才能明确自己所要购买的；我们想换音响，却不知道换什么样的，直到听到一套比原来那套效果更好的才清楚；我们甚至不知道该如何生活，直到亲戚、朋友有一天让我们恍然大悟，原来他们过的日子正是我们所憧憬的。一切都是相对的，这就是关键所在。就像飞行员在夜间着陆，需要跑道两边的指示灯才能确定飞机的滑行轮应该落在地面的什么位置一样。

在《经济学人》杂志这个案例中，在单订电子版和单订印刷版之间做选择有些费脑筋。动脑筋既麻烦又讨厌。于是《经济学人》杂志的营销人员给了我们一个不费脑筋的选择：与单订印刷版相比，印刷加电子版套餐看起来更划算。

与此相类似，在电视机推销中也有这样的广告：

36 英寸松下牌 690 美元

42 英寸 东芝牌 850 美元

50 英寸 飞利浦牌 1 480 美元

你会选哪一台呢？店家非常清楚，顾客很难把不同电视机的价值算清楚。（谁能确切知道 690 美元的松下就比 1 480 美元的飞利浦更合算？）同时，店家还知道，在给了顾客三种选择之后，多数人会选择 850 美元的那一台。这种感觉就如同飞机会在跑道的两列指示灯之间降落一样。你能猜到店家把哪一个牌子的标价放到中间了吗？一点儿不错，正是他最想卖的那个！

再比如，在餐馆中存在的一个现象是，菜单上主菜的高标价能给餐馆增加盈利——即使没有人来点。为什么？因为尽管人们一般不会点菜单上标价最贵的菜，但他们很可能点排第二位的。出于这个目的，餐馆推出一道高价菜，这样可以引诱顾客点次贵的菜（于是很聪明地加大了这道菜的利润率）。

下面我们把《经济学人》杂志的巧妙手法放大进行观察。

我们记得有如下几种选择：

单订电子版：59 美元

单订印刷版：125 美元

合订印刷加电子版套餐：125 美元

在麻省理工学院的斯隆商学院，我让 100 个学生做选择，结果是：

单订电子版 59 美元：16 人

单订印刷版 125 美元：0 人

合订印刷加电子版套餐 125 美元：84 人

斯隆商学院的 MBA（工商管理硕士）们可都是些精明透顶的家伙。他们全都看得出印刷加电子版套餐相对于单订印刷版的优势。单订印刷版这一选项（我因此把它称作“诱饵”，而且这样称呼它是有道理的）真的影响了他们的选择吗？换言之，假如我把诱饵去掉，剩下的选择就如下所示：

电子版：每年 59 美元

包括《经济学人》杂志网站全年所有在线内容及 1997 年以来各期《经济学人》在线内容浏览权限

印刷加电子版套餐：每年 125 美元

全年各期印刷版的《经济学人》加《经济学人》杂志网站全年所有在线内容及 1997 年以来各期《经济学人》在线内容浏览权限

那么此时的选择是怎样的呢？学生们的回答还会与上一次相同（16 人单订电子版，84 人订套餐）吗？他们的回答肯定一样吗？会有什么变化吗？说到底，去掉的那一项根本就没有人选过，因此也就不会有什么影响。对不对？

不对！这一次，选择 59 美元单订电子版的从原先的 16 人增加到 68 人。选择 125 美元套餐的从原先的 84 人，下降到只有 32 人。

是什么原因使他们改变了主意呢？绝非理性因素。就因为有个诱饵在那里，他们中的 84 人就选了 125 美元的套餐（16 人单订电子版）。去掉了诱饵，他们的选择就不一样了，32 人选择了套餐，68 人选择了单订电子版。

这不仅是非理性的，而且这种非理性是可预测的。

**人脑思维总是受这样一种束缚：我们总是靠观察周围的事物以确定彼此的关系。**我们无法不这样，不仅在对待有形物体，例如吐司面包、自行车、小狗、

餐馆的主菜、配偶等时是这样，在对待无形的体验，例如度假和教育选择时是这样，甚至在对待短暂易变的事情，例如感情、态度、观点等时也是这样。我们总是拿酒与酒、职业与职业、度假与度假、情人与情人做比较。总的来说，相对论是容易理解的。但相对论的一个侧面却总是给我们造成误解。这就是：**我们不但喜欢将事物与事物进行比较，而且喜欢比较容易比较的——避免比较不容易比较的事物。**

假如你要到一座新城市买房子，你的房地产代理人带你看了三处房子，你都感兴趣。其中一幢是现代风格的，另两幢是殖民地风格的老式房子。三幢房子的价格差不多，都很合意；唯一的差别是老式房子中的一幢（“诱饵”）屋顶需要换，房主已经为此折价了几千美元作为补偿。你会选择哪一幢呢？

你很可能既不选那幢现代风格的，也不选择那幢需要换屋顶的，而是选择另一幢老式房子。为什么？我来说一下理由（实际上也相当理性）。我们都愿意在比较的基础上做决定。在这三幢房子中，我们对现代风格的房子一无所知（甚至没有另一幢和它做比较），于是它就被放到一边了。不过，我们确切地知道老式房子中的一幢要比另一幢好——屋顶完好的那一幢要比需要换屋顶的那一幢好。于是，我们就会去买屋顶完好的那一幢老式房子，对那幢现代风格的房子和需要换屋顶的老式房子就不屑一顾了。

……

除此之外，丹·艾瑞里在本书中还列举了一系列寻常生活中的有趣例子来说明经济行为中的非理性因素对人们生活产生的影响。例如：

免费到底为什么如此诱人？为什么我们有一种非理性的冲动，见到免费的东西就勇往直前，即使这些东西我们并不真的需要？

多数交易都有有利的一面和不利的一面，但免费使我们忘记了不利的一面。**免费给我们造成的一种情绪冲动，让我们误认为免费物品大大高于它的真正价值。**为什么？我认为这是由于人类本能地惧怕损失。**免费的真正诱惑力是与这种惧怕心理联系在一起的。**我们选择某一免费的物品不会有显而易见的损失。但是假如我们选择的物品是不免费的，那就会有风险，可能作出错误决定，可能蒙受损失。于是，如果让我们选择，我们就尽量朝免费的方向去找。

我们所有人，不管有多“善良”，都会低估激情对我们的影响。

## 名家语录

1、人生就是专注和平衡。假如你专注而失去平衡，你会跌倒。假如你平衡而失去专注，你会凋零。检查你的重心放在哪里：平衡还是专注。

——《想象你是一颗飞翔的种子》

2、批评的成效微乎其微，因为人们习惯在受到批评时，竭力替自己辩护，从而给自己建造一层防御壁垒。批评更为危险的是，它让人尊严扫地，从而心生怨恨。

——卡耐基

3、我发现，除了律师，大学里面的人，以及在爱丁堡市长大的各色人等之外，智者很少争辩。

——富兰克林

4、在这一生里，我们是被他人界定的，他人的凝视揭露了我们的丑或耻辱，但我们可以骗自己，以为他人没有看出我们真正的样子。

——萨特

5、青春的锦绣与贵重，就在于它的天真与无瑕，在于它的可遇而不可求，在于它的永不重回。

——席慕蓉

6、读书与上学无关，那是另一码事：读——在校园以外，书——在课本以外，读书来自生命中某种神秘的动力，与现实利益无关。而阅读经验如一路灯光，照亮人生黑暗，黑暗尽头是一豆烛火，即读书的起点。

——《城门开》

7、使人疲惫的不是远方的高山，而是鞋里的一粒沙子。

——伏尔泰

8、唯独在这些孤独和沉思默想的时刻，我才是真正的我，才是和我的天性相符的我，我才既无忧烦又无羁束。

——卢梭

9、那一种光明，简单，敦厚与宁静的境界，在现实的生活里，大约就是要修养出一种善意的豁达与宽容来吧。

——池莉

10、带一卷书，走十里路，选一个清净地，看天，听鸟，倦了时，和身在草绵绵处寻梦去。

——徐志摩

11、金子到任何地方都发光，苍蝇到任何垃圾堆都如鱼得水。世间多的是金子，也从不缺苍蝇。不必因苍蝇而恼怒，更不必替沾灰的金子着急，一切自有安排，各有归处。轻易地让负面情绪被撩拨出来是很奢侈的事，因为内心的平和太珍贵了。

——许嵩

12、爱一个人就是在拨通电话时忽然不知道要说什么，才知道原来只是想听听那熟悉的声音，原来真正想拨通的，只是心底的一根弦。

——《从你美丽的流域路过》



# 河北宏策律师事务所

## Hebei Hongce Law Firm

宏 策 与 您 同 行

编委会：田春燕 齐凯欣 刘思 郭孟 张凤霞

执行主编：田春燕

装帧设计：宏策设计部

联系电话：0311-67795630 15833951118

邮箱：[hongcelawyer@163.com](mailto:hongcelawyer@163.com)

网址：[www.hongcelawyer.com](http://www.hongcelawyer.com)

邮编：050011

地址：河北省石家庄市裕华区槐安东路105号怀特商业广场写字楼C座19层

©本册所有修改权，更新权及最终解释权均属于河北宏策律师事务所所有。