

NEWSLETTER

中 伦 简 报
深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

当数据合规遇见资本市场：
从墨迹IPO被否谈起 001 /

如何让“氙代药”
插上创造性的翅膀 013 /

投资者在有限合伙型
私募基金的维权之路 022 /

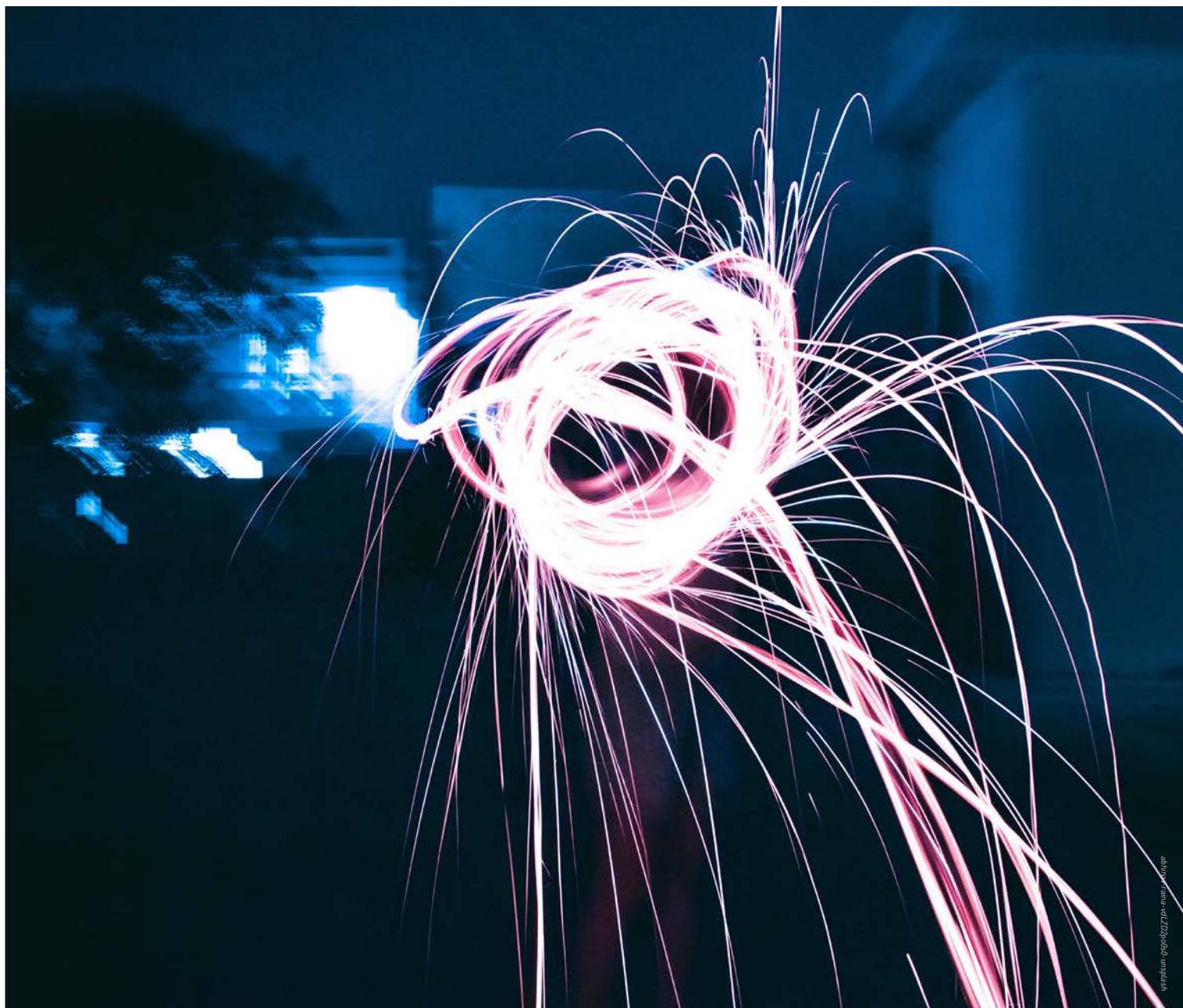
探析集体经营性建设用地的
资产证券化之路
——以北上广三地试点区域为视角 033 /

土地招拍挂出让设置竞买人
限制条件的路径及风险分析 048 /

当数据合规遇见资本市场： 从墨迹IPO被否谈起

(一) 合规风险分析

作者：陈际红、蔡鹏、刘洋、薛泽涵



第一部分\ 事件背景

2019年10月11日,中国证券监督管理委员会(“证监会”)发布公告¹(简称“《公告》”)称,北京墨迹风云科技股份有限公司(简称“墨迹公司”)首发申请未予通过。《公告》详述了发审委会议针对墨迹公司提出询问的四大主要问题,其中用户数据收集及处理合规问题是一大关键问题。《公告》指出,墨迹公司通过自主收集及第三方途径获取用户数据及标签,并利用数据进行商业化变现,其于2019年7月16日收到App专项治理工作组²发出的《关于App收集使用个人信息相关问题的通知》³,要求其就收集使用个人信息中存在的问题进行整改。由此可见,针对用户数据收集、处理的合规性,已成为证监会重点关注的问题之一,并成为影响企业上市成功与否的重要因素。

根据公开的招股说明书:墨迹公司目前的主要产品为墨迹天气APP,公司主要通过墨迹天气APP软件产品为用户提供免费的综合气象服务、为广告客户提供互联网广告信息服务。同时,墨迹公司未来的企业转型规划集中在结合运营积累的用户数据,逐步探索开展企业级业务,利用气象技术和个人用户端数据为各行业企业提供基于气象情况的精准运营服务,从而

实现向互联网综合气象服务提供商的转型。

我们可以看到,墨迹公司业务模式主要为基于APP提供服务而形成的免费服务+广告的模式。这种模式需要在增加用户粘性及增强体验的情况下,通过产品化、资讯化等内容营销方式,结合用户画像下的精准推送,增强广告营销效果,提升移动应用的媒体资源价值。在此种模式下,用户数量、用户数据占有量、用户数据的多元维度、用户画像能力是产品价值的核心要素,因此,运营者会不可避免地对用户信息和各类数据进行的大量搜集和处理。

另外,据公开文件,墨迹提出了“天气+”的整体战略,即对包含了大量的用户行为和偏好信息的用户档案,基于细化的维度,用于指导指向性更强的市场推广活动,以及提供垂直合作的平台,例如,基于气象灾害和定位信息的保险行业应用,基于精细化预报的农业行业应用,基于用户群体、定位信息的物流仓储行业应用,基于天气和用户行为的行程推荐应用等。可见,墨迹公司的企业转型就是数据应用转型,在多种应用场景下,离不开对于用户数据的处理,甚至

1.详情可见证监会于2019年10月11日发布的《第十八届发审委2019年第142次会议审核结果公告》,网址:http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/G00306202/201910/t20191011_364295.htm,访问日期:2019年10月12日。

2.今年1月25日,中央网信办、工信部、公安部、市场监管总局四部门联合发布《关于开展App违法违规收集使用个人信息专项治理的公告》(以下简称《公告》)。为落实《公告》相关部署,受四部门委托,全国信息安全标准化技术委员会、中国消费者协会、中国互联网协会、中国网络空间安全协会成立App违法违规收集使用个人信息专项治理工作组。

3.根据App专项治理工作组于2019年7月16日发布的《关于督促40款存在收集使用个人信息问题的App运营者尽快整改的通知》,墨迹天气App 7.0803.02版本因存在个人信息收集使用方面的问题,被工作组点名并要求通知发布之日起10日内联系工作组领取整改通知,于30日内完成整改并向工作组提交整改报告,逾期未领取整改通知或未完成整改的,工作组将建议相关部门予以处置。详见<https://mp.weixin.qq.com/s/uF9rjyV4nwZ8vlt2hymzA>,访问日期:2019年10月12日。

包括不同平台之间的数据共享和处理。由此引发的数据合规问题包括：数据融合、数据的流转、数据的共享、数据的二次开发以及用户推送等诸多法律问题。

我们将会在下文结合监管机构的提问，做逐一分析，并基于同类PRE-IPO企业面临的数据合规问题，就企业如何面对包括资本市场在内的多重数据监管，提出我们的解决建议。

第二部分\ 为什么数据合规成为IPO“黑天鹅”？

《公告》指出墨迹天气存在五个方面的数据合规问题：1) 用户数据及标签获取的合法合规性；2) 用户数据使用（尤其是商业化变现）的合规性；3) 用户数据内控管理及保护措施完备度；4) 应对数据行业监管及政策加强对自身业务影响的能力；5) 应对App专项治理工作组审查意见的整改情况。其中，App专项治理工作组先前发出的整改通知，以及墨迹天气未就通知及时反馈整改情况，无疑是该系列数据合规问题集中暴露的导火索及外化表现。

以下为我们就公告本身反映的数据合规问题展开的点对点剖析。需注意的是，尽管公告对象为墨迹天气，问题所蕴含的合规风险同样值

得全行业其他企业的关注。

(一) 用户数据及标签获取的合法合规性

1. 《公告》原文

发行人获取用户数据及标签的过程及方法，是否对用户有明示提示，用户授权在法律上是否完备，是否明确告知收集信息的范围及使用用途，发行人获取用户数据的手段及方式是否合法合规。

2. 对应解读

(1) 整体要求：数据收集应紧扣《网络安全法》的底线要求

该点直接聚焦用户数据收集阶段的合法性问题，主要由《网络安全法》第四十一条⁴进行规制，提出网络运营者收集个人信息的底线要求，包括：明示个人信息收集处理规则；获取被收集者授权同意；按照法律行政法规以及与用户之间的约定收集、保存用户个人信息。上述三个层面问题，是用户数据收集环节的核心要求，也是监管机关重点关注的合规内容。

(2) 具体要求1：明示个人信息收集处理规则

根据《数据安全管理办法（征求意见稿）》第

4.《网络安全法》第四十一条规定，网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。网络运营者不得收集与其提供的服务无关的个人信息，不得违反法律、行政法规的规定和双方约定收集、使用个人信息，并应当依照法律、行政法规的规定和与用户约定，处理其保存的信息。

七条至第十条⁵规定,并参照《GB/T 35273-2017 信息安全技术 个人信息安全规范》(简称“《个人信息安全规范》”)第5.6条以及《App违法违规收集使用个人信息自评估指南》要求,涉及用户个人信息收集处理的产品及服务的运营者,均应当制定并对外公开个人信息收集处理规则。常见高风险点包括:

A) 形式:落入上述范围的每个产品或者每项服务,均应在用户打开相应产品或者服务时,以简洁、显著、易懂的方式,提醒用户阅读该产品/服务的个人信息收集处理规则(常见为用户协议或者隐私政策);规则内如涉及“个人敏感信息⁶”的,需以显著方式强调;

B) 内容:必要内容包括但不限于:产品/服务的基本业务功能/扩展业务功能下对应的各项功能目的、涉及个人信息类型及范围、收集方式、使用方式、涉及的系统权限功能以及用户权利等;数据委托处理及对外共享的基本情况,包括数据共享目的、类型及范围、对方类型(身份)、对方数据保护能力等;用户权利行使范围及方式,包括个人信息查看、更正、删除、拒绝处理、撤回同意、获取备份、注销账户等;数据跨境传输的基本情况,包括跨境传输地点、对象、目的、所涉信息类型及范围等。具体可参照上述法规要求予以优化。

(3) 具体要求2:根据业务场景确定获取用

户同意的方式

根据《个人信息安全规范》规定,授权同意分为明示同意和默示授权,明示同意包括主动点击、主动勾选等方式。在获取用户明示同意之前,需充分告知用户其个人信息收集使用的必要信息,包括使用目的、信息类型及范围、用户权利等。而且,数据处理场景、目的等的不同也决定了获取用户授权同意的不同方式,其中,依据目前法规,需要获取用户明示同意的情形包括但不限于:

--将用户个人信息用于商业短信发送等市场营销场景:根据《消费者权益保护法》第二十九条第三款⁷以及《广告法》第四十三条⁸规定,仅在充分告知用户并获取用户明示同意的情况下,方可向其发送商业性短信等定向市场营销信息;

--根据《个人信息安全规范》第5.5条规定,当收集个人敏感信息时,应取得个人信息主体的明示同意。

5.《网络安全法》第七条规定,网络运营者通过网站、应用程序等产品收集使用个人信息,应当分别制定并公开收集使用规则。收集使用规则可以包含在网站、应用程序等产品的隐私政策中,也可以其他形式提供给用户。

第八条:收集使用规则应当明确具体、简单通俗、易于访问,突出以下内容:(一)网络运营者基本信息;(二)网络运营者主要负责人、数据安全责任人的姓名及联系方式;(三)收集使用个人信息的目的、种类、数量、频度、方式、范围等;(四)个人信息保存地点、期限及到期后的处理方式;(五)向他人提供个人信息的规则,如果向他人提供的;(六)个人信息安全保护策略等相关信息;(七)个人信息主体撤回同意,以及查询、更正、删除个人信息的途径和方法;(八)投诉、举报渠道和方法等;(九)法律、行政法规规定的其他内容。

第九条:如果收集使用规则包含在隐私政策中,应相对集中,明显提示,以方便阅读。另仅当用户知悉收集使用规则并明确同意后,网络运营者方可收集个人信息。

第十条:网络运营者应当严格遵守收集使用规则,网站、应用程序收集或使用个人信息的功能设计应同隐私政策保持一致,同步调整。

6.根据《个人信息安全规范》3.2条规定,个人敏感信息是指一旦泄露、非法提供或滥用可能危害人身和财产安全,极易导致个人名誉、身心健康受到损害或歧视性待遇等的个人信息,包括身份证件号码、个人生物识别信息、银行账号、通信记录和内容、财产信息、征信信息、行踪轨迹、住宿信息、健康生理信息、交易信息、14岁以下(含)儿童的个人信息等。具体可参见附录B。

7.《消费者权益保护法》第二十九条第三款规定,经营者未经消费者同意或者请求,或者消费者明确表示拒绝的,不得向其发送商业性信息。

8.《广告法》第四十三条规定,任何单位或者个人未经当事人同意或者请求,不得向其住宅、交通工具等发送广告,也不得以电子信息方式向其发送广告。以电子信息方式发送广告的,应当明示发送者的真实身份和联系方式,并向接收者提供拒绝继续接收的方式。

此外,根据目前的执法趋势,执法机关高度关注运营者通过用户同意隐私政策、用户协议等方式获取用户个人信息处理及系统权限开放的“一揽子授权”的方式,对于通过“一揽子授权”获得用户个人信息用于市场营销等特殊目的的情形则予以严厉打击。因此,并非用户同意隐私政策即能满足合规要求,运营者还应就不同数据收集使用场景,尤其是市场营销等敏感场景,制定不同的征得用户授权同意方案。

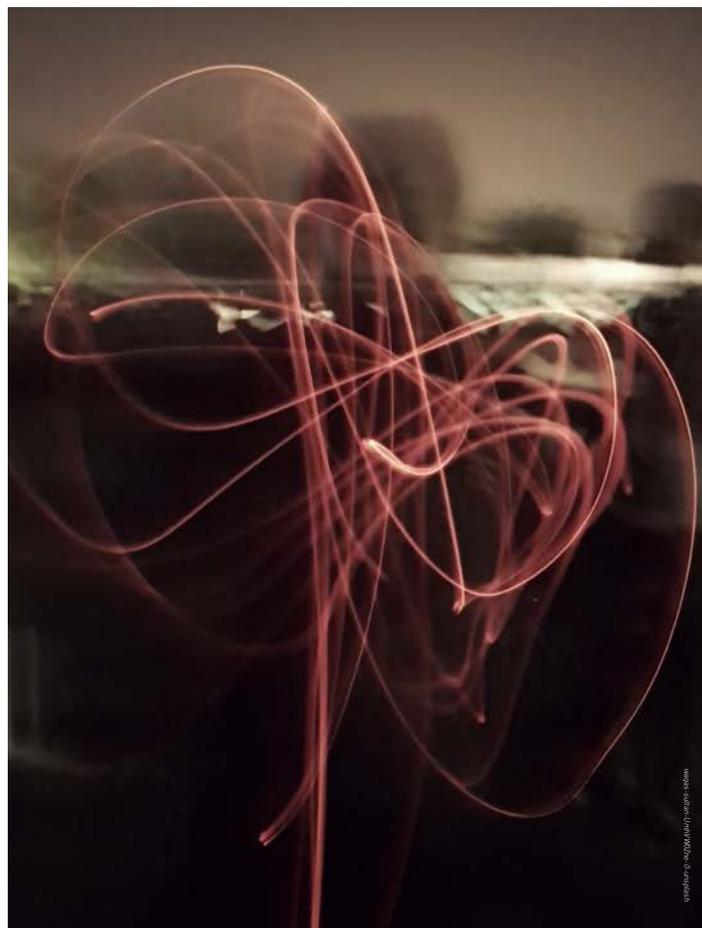
(4) 具体要求3: 获取用户数据的手段及方式合法合规

根据目前行业一般实践,用户数据获取来源可分为运营者主动收集或者用户主动提供(包括运营者在本产品或服务上使用cookies 等自动化收集工具)、第三方分享、通过数据爬取等方式从公开渠道及第三方平台上获取等。无论是何种收集方式,运营者均应保证数据收集来源的合法性,“合法性”具体界定因素包括:

- 是否充分告知用户相关数据收集使用的信息,并依据具体情境获取用户授权同意;
- 不涉及非法获取、购买个人信息的情形;
- 对于从第三方获取的个人信息,需同样满足上述两点要求。

不同场景下的数据收集手段,均应在个人信息收集处理规则中予以清晰说明。而对于具体获取手段而言,如使用cookies 等自动化工具收

集、处理用户个人信息的,则需通过强调说明cookies等工具使用的相关信息(可通过弹窗等方式推送cookies通知),并向用户提供接受或者拒绝具体cookies方式;如由第三方分享获取个人信息的,则需验证其获取个人信息的最初渠道是否合法合规、是否具备用户授权同意的可验证证明(例如线上主动勾选、线下文件等);而对于数据爬取手段而言,考虑到近期针对大数据企业数据爬取业务的监管行动正如火如荼开展,应慎重使用爬取技术,关注爬取来源、范围、授权情况等。



(二) 用户数据使用(尤其是商业化变现)的合规性

1. 《公告》原文

发行人使用用户数据是否合法合规,尤其是商业化变现的合规性,结合相关媒体报道的墨迹天气上传用户隐私等情况,对照《网络安全法》、《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》等法规和司法解释,说明报告期发行人是否存在侵犯用户隐私或数据的情况,是否存在法律风险或潜在法律风险。

2. 对应解读

(1) 整体要求:遵守数据使用的行政、刑事合规底线要求

根据《网络安全法》,个人信息的使用应遵循合法性、最小必要、授权同意的原则。而对于数据的传输、共享等行为,除非进行数据脱敏(经过处理无法识别特定个人且不能复原),否则未经被收集者同意,不得向他人提供个人信息。如果运营者违反上述个人信息的使用要求,将面临警告、罚款、吊销相关业务许可证等的行政处罚。而对于非法向他人提供个人信息、非法获取个人信息的行为,甚至构成侵犯公民个人信息罪,受到刑事制裁,运营者必须遵守行政、刑事的合规底线。

(2) 具体要求1:明确个人信息用于商业开发的合规边界

个人信息用于商业开发应满足合法性、最小必要、授权同意的要求。合法性原则要求运营者使用个人信息不得违反法律、行政法规的规定,例如根据《电子商务法》等相关法律法规,企业不得利用用户画像进行“大数据杀熟”;最小必要原则要求网络运营者不得使用与其提供的服务无关的个人信息;授权同意则要求使用个人信息需要获得被收集者的同意,如果因业务需要,确需超出范围使用个人信息的,应再次征得被收集者的明示同意。以通过用户画像进行广告推销为例,运营者宜使用间接用户画像,并在隐私政策明确说明使用个人信息的类型、方式与目的,并获得用户明示同意。

(3) 具体要求2:遵守对外传输个人信息的合规要求

个人信息传输、共享是个人信息保护的敏感环节,很多企业因为个人信息传输、共享而遭受惩处。以数据堂卷入侵犯个人信息事件为例,数据堂的员工向其下游卖家交付包括个人信息的数据60余万条,虽然数据堂对数据进行清洗和处理(剔除无效信息以及将其标准化),但由于数据来源自上游的非法窃取,因此仍无法免除其法律责任,导致数据堂的涉案员工被提起公诉,数据堂遭遇停牌危机⁹。事实上,在数据的

9. 新浪新闻:“这件特大侵犯隐私专案‘大数据第一股’员工卷入”,网址:<http://news.sina.com.cn/c/2018-07-24/doc-ihftenhz9036953.shtml>, 2018年7月30日访问。

商业性利用中,经常发生数据共享、数据融合等的交互行为,企业因此面临行政、刑事处罚的风险很高。根据《网络安全法》、《个人信息安全规范》等法律法规、国家标准的规定,个人信息经过数据脱敏处理后可以进行共享、传输,但是对于未经脱敏处理的个人信息需满足下述合规要求:

a) 事先开展个人信息安全影响评估,并依评估结果采取有效的保护个人信息主体的措施;

b) 向个人信息主体告知共享、转让个人信息的目的、数据接收方的类型,并事先征得个人信息主体的授权同意。涉及个人敏感信息的,还应告知个人敏感信息的类型、数据接收方的身份和数据安全能力;

c) 准确记录和保存个人信息的共享、转让的情况,包括共享、转让的日期、规模、目的,以及数据接收方基本情况等;

d) 承担因共享、转让个人信息对个人信息主体合法权益造成损害的相应责任;

e) 帮助个人信息主体了解数据接收方对个人信息的保存、使用等情况,以及个人信息主体的权利,例如,访问、更正、删除、注销账户等。

此外,如果涉及数据跨境传输,还应满足相关国家和地区法律对于数据跨境要求,例如欧盟的《一般数据保护条例》(“GDPR”)等。2019年

6月13日,国家网信办发布《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》,要求网络运营者向境外提供在中华人民共和国境内运营中收集的个人信息应当按照该办法进行安全评估。若其正式生效,网络运营者的数据跨境传输还应满足安全评估的要求。

(三) 用户数据内控管理及保护措施完备度

1.《公告》原文

数据获取、使用、处理等过程的内部控制制度及执行情况,对数据安全和个人隐私的保护措施与手段,是否出现过个人信息、隐私泄露事件,是否存在纠纷或潜在纠纷。

2.对应解读

(1) 整体要求:保障用户数据安全,兼顾组织管理及技术保障措施

《网络安全法》第四十二条¹⁰提出网络运营者采取技术措施和其他必要措施以确保其收集的个人信息安全的原则性规定。一般而言,确保用户数据安全需要组织制度、技术措施上同时发力,这不仅是企业本身数据管理的要求,而且越来越成为监管机构审查的内容。例如,教育部等六部门发布的《关于规范校外线上培训的实

10.《网络安全法》第四十二条规定,网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施,确保其收集的个人信息安全,防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况时,应当立即采取补救措施,按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。

施意见》，明确提出校外线上机构培训备案需要互联网平台信息数据交互及处理能力和个人信息保护制度、网络安全管理制度、安全保护技术措施、服务器设置在中国内地的说明材料。

(2) 具体要求1: 采取适当的组织措施和技术措施

在组织制度上，网络运营者应具备必要的组织机构，设立个人信息保护负责人和个人信息保护工作机构（若涉及儿童，还需指定专人负责儿童个人信息保护），同时建立个人信息收集、使用、存储、共享等全流程、全生命周期的制度，并通过培训、演练等手段予以落实；在技术措施上，网络运营者应具备必要的加密、数据备份、数据脱敏等的技术措施，防止个人信息泄露与损毁。

(3) 具体要求2: 做好个人信息安全事件的应对

发生个人信息泄露事件，不仅会遭受行政、刑事处罚，也会影响企业声誉、甚至企业生存。《网络安全法》、《个人信息安全规范》等均对个人信息安全事件的应对进行规范，运营者应做到：

a) 制定个人信息安全事件应急预案；

b) 定期（至少每年一次）组织内部相关人员进行应急响应培训和应急演练，使其掌握岗位职责和应急处置策略和规程；

c) 发生个人信息安全事件后，立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。

(四) 应对数据行业监管及政策加强对自身业务影响的能力

1. 《公告》原文

日益加强的数据行业监管及个人隐私保护政策对发行人业务的影响及相关应对措施。

2. 对应解读

我国对数据行业的监管呈现不断加强的趋势，近期已密集出台包括《数据安全管理办法（征求意见稿）》在内的一系列法规规章，《个人信息保护法》、《数据安全法》也被纳入十三届全国人大常委会立法规划。同时，数据监管在细分行业也不断深化，例如在金融证券领域，证监会发布了一系列针对证券基金公司网络安全及客户信息保护的部门规章及推荐性规范，包括《证券基金经营机构信息技术管理办法》、《证券期货业数据分类分级指引》等，对证券金融领域的的数据治理进行全方位管控。因此，为了应对日益严峻的数据合规挑战，企业可以从下述方面提高应对数据监管能力：

1) 结合数据治理的一般要求及行业特殊要求构建数据合规治理机制，及时跟进立法、执法动态变化调整数据保护的组织和技

施；

2)明确数据监管的范围,对数据进行分级分类,对于高风险业务场景进行实时监控；

3)加强企业数据内控制度,建立完善的数据风险识别机制。

(五) 应对App专项治理工作组审查意见的整改情况

1.《公告》原文

发行人针对APP专项治理工作组通知指出问题的整改情况及整改效果,是否获得主管部门的认可,是否面临被处罚的风险。

2.对应解读

作为负责全行业App个人信息违法违规收集使用执法检查工作的主管单位,App专项治理工作组今年开展了多次检查行动,并在其微信公众号“App个人信息举报”中发布最新执法动态。执法情况曝光并不当然导致被曝光企业需承担相应的法律责任,工作组本身不会采取相应的惩罚措施。但根据其对外发布的通知,工作组对于逾期未完成整改的企业,将建议相关部门予以处置。鉴于目前网络安全及数据合规领域的执法机关——网信办、工信部、公安部等与App专项治理工作组之间的关系,企业需认真对待工作组的检查行动。一旦收到相应通知,应尽快认真处理,向工作组及相应执法主管机关(包

括行业主管部门)积极汇报,降低进一步处罚的风险。

同时,建议拟上市数据企业重视App个人信息安全认证,主动对核心的产品在主管机关进行认证备案,在某种程度上获得主管部门的认可。

第三部分\

数据是现代企业的血液,合规决定存亡

监管的趋势和密集行动导致合规事件一触即发,随时都有可能成为企业IPO路上的“拦路虎”。纵观2019年网络安全与数据保护领域的执法行动,自2019年1月中央网信办、工信部、公安部、市场监管总局四部门联合开展App个人信息专项治理工作¹¹以来,从全国范围到地方监管的执法力度日益加强。2019年7月,App专项治理工作组先后两次向社会公布了50款违法违规收集使用个人信息的App¹²。2019年6月至9月,上海市通信管理局共监测处置了App应用12000余个,分批次对44家运营单位进行了约谈通报¹³。2019年9月,国家计算机病毒应急处理中心公布《移动APP违法违规问题及治理举措》,曝光多

11. 2019年1月25日,中央网信办等四部门联合发布《关于开展App违法违规收集使用个人信息专项治理的公告》,开展为期一年的App个人信息专项治理工作。详见http://www.cac.gov.cn/2019-01/25/c_1124042599.htm?from=singlemessage,访问日期:2019年10月12日。
12. 2019年7月11日、16日,App专项治理工作组向社会公布了50款违法违规收集使用个人信息的App并督促其运营者限期30日内进行全面整改工作。
13. 2019年9月17日,上海市通信管理局召开2019年电信和互联网行业网络安全工作大会,对本年度电信和互联网行业网络安全行政检查的总体情况进行了通报,详见<https://news.sina.com.cn/o/2019-09-17/doc-iccezzrq6444914.shtml>。

个APP涉嫌超范围收集个人信息、恶意扣费、远程控制等违法违规行为¹⁴。2019年9月16日至22日,由中央宣传部、中央网信办等十部门联合主办的国家网络安全宣传周活动举办,更加显现出国家对网络安全、数据保护的高度重视。

对于现代企业,数据就像血液,流淌在企业

的每个“毛细血管”中。从企业管理的横向角度,数据合规贯穿于业务(模式分析、隐私条款、业务界面、DPA设计)、产品(数据存储、产品界面、个人信息)、并购(数据审查)、员工(入职、离职)、合作伙伴(尽调)等各个方面。从数据全生命周期的纵向角度,面临的数据合规基本问题如下清单所示:

环节	序号	基本问题
收集	1	有无个人信息收集处理规则,规则呈现形式及内容详尽程度是否符合当前个人信息保护相关法律法规要求以及实践业务状态
	2	是否已取得用户授权同意,是否针对不同场景满足相应的授权同意要求(例如用于市场营销场景下的明示同意)
	3	收集渠道是否合法合规(尤其是涉及数据合作、数据爬取、数据众筹等),是否能够保证数据来源合法性
使用	4	是否按照法律规定及与用户的约定(个人信息收集处理规则)等如实使用所收集的个人信息,未超出约定范围使用
	5	对于数据融合、画像分析、市场营销推广等高风险使用场景,是否满足相应的合规要求
	6	是否存在贩卖数据等违法使用场景
管理	7	PIA是否制定以及实施情况如何
	8	是否保障数据主体享有法律法规约定的权利(查看、更正、删除个人信息权利、注销账户等),实践操作与约定是否相符
	9	是否做好对个人信息内外部权限的管控,仅让有必要查看或者使用个人信息的个人/单位访问

14. 详见<http://www.cverc.org.cn/zxdt/report20190918-5.htm>, 访问日期:2019年10月12日。

环节	序号	基本问题
流转	10	是否已采取相应措施防止个人信息被非法拷贝、丢失或者盗窃, 以及保证上述措施的有效性
	11	是否制定个人信息安全事件应急预案; 应对相应事件是否做好相关用户告知、风险管控以及报告主管机关
	12	会与谁共享个人信息(包括委托处理及合作共享), 共享个人信息的方式是否安全, 相关用户是否知道上述个人信息共享场景及相应安全措施
流转	13	是否与相应数据合作第三方签订数据处理协议, 以厘清双方在数据保护及合规处理方面的责任义务
	14	是否存在跨境传输场景, 所涉的个人信息是否为不可跨境传输的信息类型; 对于数据接收方是否做到审慎评估对方数据保护能力

第四部分 让数据风险不再成为IPO的拦路虎

拟上市企业, 特别是去科创板上市的企业均为高科技行业的排头兵。它们的业务模式成熟, 商业上具备创新性, 数据的利用具有领先性。墨迹天气IPO因数据合规等问题被证监会否决的事件只露出了冰山一角, 如何消灭这只IPO漫漫征程上的“拦路虎”。我们的建议如下:

1. 根据拟上市企业的商业模式定制数据合规方案

不同的企业在不同的发展阶段, 基于数据层面所面临的监管压力是千差万别的, 如果进

行“一刀切”式的合规, 必然影响企业的阶段性发展、甚至是企业经营的成败。因此, 只有以现有法律和监管为基础, 划定企业的业务红线, 契合企业的商业模式, 找到最佳解决路径, 才是拟上市企业数据合规的必由之路。

2. 在拟上市企业经营中做好全方位合规管理

制定个人信息保护全周期、全流程的制度, 采取完善的技术保护措施, 并将数据合规管理工作渗透在数据收集、存储、使用、传输、跨境提供等各项数据操作行为中, 以保证整体数据收集处理行为的合法合规; 做好合规培训, 让数据合规意识成为企业的合规文化之一; 同时对数据处理记录进行有针对性的管理和留存, 以应

对监管机构审查的准备。

3.上市前做好风险细致排查

对照《网络安全法》及其配套法规、网络安全及个人信息保护相关政策要求及最新监管趋势,全面盘点整体数据处理工作,排查可能存在的数据合规风险并形成有效的应对措施和方案。

4.上市后的持续跟踪、合规落实及清晰披露

企业上市逐步由“审核制”向“备案制”过渡,对上市企业的监管也慢慢向倾向上市后的严监管。而数据合规工作亦是一项长期工程,监管环境和法律体系尚在成熟完善之中,已经上市的企业,对国内个人信息保护不断变动的立法执法环境,应做到内部管理制度及技术措施、外部个人信息收集处理规则及相关协议条款的及时更新完善,以紧跟合规要求及业务发展实践;对影响业务开展的个人信息处理行为、重大风险等要及时进行评估,甚至在符合规范的条件予以披露。

第五部分\ 结语

在大数据时代,数据合规不再是躲在身后的可有可无的“影子”,对于拟上市企业,数据合规就是上市路上不可回避的“显性”问题。墨迹

天气被否事件仅仅拉开了资本市场关注数据合规问题的序幕,而数据的无形性、技术性和复合性特点也为拟上市企业的IPO之路带来了前所未有的困难和阻碍。寻求规范化是企业上市的目标,只有培养积极的合规心态,尽早的布局以及开展数据合规工作,专业的处理数据合规问题,才能让企业的IPO之路不再“磨叽”! ☞



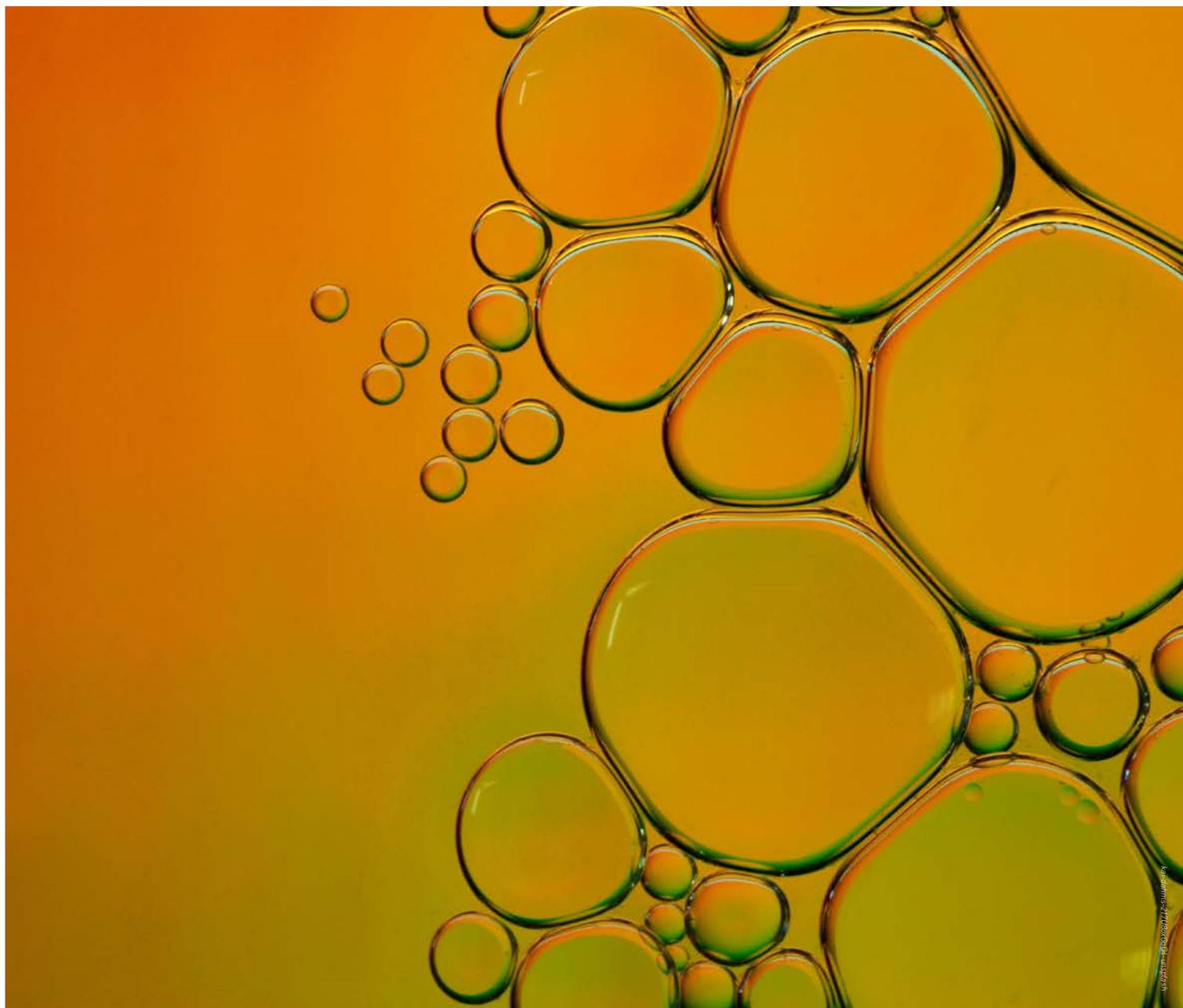
陈际红
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2003
chenjihong@zhonglun.com



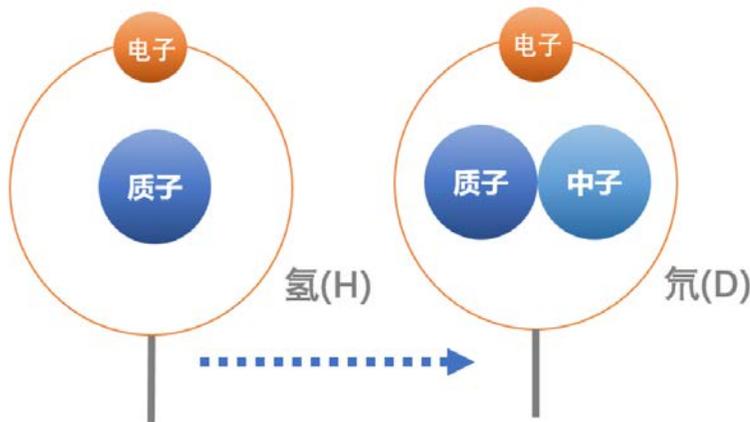
蔡鹏
非权益合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5087 2786
caipeng@zhonglun.com

如何让“氙代药” 插上创造性的翅膀

作者：闫春辉



初闻“氘代药”，读者可能一时不明就里，只觉得名字很犀利。但如果提及“氕、氘、氚”，相信很多读者就会大概明白“氘代药”所指何物。没错，通俗而言，把药物活性分子上的部分或全部氢原子（H）替代为氘原子（D或 $2H$ ）即为“氘代”，氘代后的药物即为“氘代药”。



实际上，“氘代药”在药物研发领域已经不是什么新鲜事。实验证明，碳-氘键替换碳-氢键后，由于前者比后者更稳定，这一强度的增加可直接影响某些药物的吸收、分布、代谢和排泄等属性，从而提高药物的疗效、安全性和耐受性。同时，氘代药研究还具有时间短、耗资少等特点^[1]。

在国外，美国仍是氘代药研发的领头羊，以Auspex Pharm Inc、Protia LLC、Concert Pharmaceuticals, INC等为代表的公司不仅就氘代药相关主题申请了大量专利，Auspex公司的SD-809（氘代四苯喹嗪）更是已于2017年获FDA批准。在国内，苏州泽璟生物制药有限公司、成都海创药业有限公司、正大天晴药业集团等公司也在氘代研发领域进行了大量研究并取得了一定成果，例如泽璟生物研发出的甲苯磺酸多纳非尼（CN101676266B、WO2011113203A1等），再例如海创药业研发出的氘代IDO抑制剂（CN106256830B）等。

笔者无意详细重述氘代药的药理学和经济学价值，也无意在技术上分析引入氘代后可能导致何种或何种程度的药代动力学和新陈代谢变化。本文拟从医药专利制度的角度出发，结合专利确权侵权案例，浅谈我国药企在研发氘代药时应当注意的创造性问题，以期帮助相关药企开展具有创造性的“氘代”研发并获得专利保护，并为相关投资方投资氘代药前开展价值和风险评估提供参考。

[1]江文峰,李文保.氘代作用在药物研究中的作用[J].齐鲁药事, 2010, 29(11): 682-684.

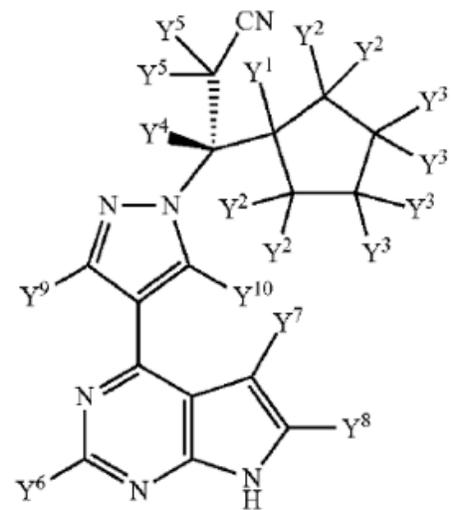
第一部分\ 氘代药专利的创造性隐患

随着药企对“氘代”价值的认识不断加深，不乏有药企在就其研发的新药申请专利时，将相应的氘代药物写入权利要求书。但是，当前更多情况下单独研发氘代药物的目的是为了突破现有未氘代化合物专利。同时，如有文章指出的，由于目前氘源依赖进口，氘代原料药成本较高，如果与原研药相比没有明显的优势则无法获得足够的市场回报^[2]，因此，我国药企研发氘代药物的目的更多是改进未氘代药物，获得氘代化合物创新成果。

毋庸置疑的是，单独的氘代化合物创新成果在我国可以获得专利保护，在incoPat数据库中以“氘代”（deuterated）为专利标题关键词进行检索，可以看到大量就氘代化合物、氘代方法等获得的专利权或提交的专利申请。但是，由于氘代药专利/专利申请要求保护的氘代化合物和未氘代化合物通常结构接近，其可专利性（patentability）往往会遭到不小的挑战，且集中于创造性的问题上。如同In re Dillon案中指出的，在化学领域，专利要求保护的化合物和现有技术结构上的近似性几乎总是能建立形式上的显而易见的案件（a prima facie case of

obviousness）^[3]。

美国Concert Pharmaceuticals, INC.（简称Concert公司）是一家知名的开展氘代药研发的公司，其把Incyte Corporation（简称Incyte公司）推出的用于治疗斑秃的化药进行氘代，并就氘代后的氘代药于2016年2月2日获得的US 9249149 B2号专利权（简称‘149专利）。’149专利要求保护一种鲁索替尼的氘化衍生物（“Deuterated Derivatives of Ruxolitinib”）（见下图），通过氘代修饰（将一个或多个氢原子替换为氘原子），试图延长影响药物肝代谢酶CYP介入的药物代谢或减少不良代谢物的形成，进而解决很多现有药物存在吸收、分布、代谢、排泄较差限制适应症治疗的问题。



[2] 张寅生. 氘代药物研发的过去、现在与未来[J]. 药学进展, 2017, 41(12): 902-918.
[3] In re Dillon, 919 F. 2d 688, 692 (Fed. Cir. 1990).

针对' 149专利, Incyte公司以相对Rodgers^[4]、Shilling^[5]和Concert Backgrounder^[6]的结合,' 149专利的权利要求1-15不符合美国专利法第103条规定的非显而易见性等为由, 于2017年向美国专利和商标局 (USPTO) 提起了inter partes review程序 (双方复审程序, 简称IPR, 是美国专利无效程序之一)。

2019年4月8日, USPTO采用了非显而易见性判断的“两步法”^[7]作出决定, 认定' 149专利无效。USPTO认为, Rodgers和Shilling的内容均说明了鲁索替尼的有用特性, 这将引导本领域技术人员选择鲁索替尼作为先导化合物研发结构近似化合物。本领域技术人员有理由在Shilling公开的“代谢热点”上, 使用Concert Backgrounder给出的方式, 氘化Rodger所公开的鲁索替尼化合物, 以实现Concert Backgrounder教导的潜在的效益, 即提高安全性、耐受性和效用。同时, USPTO还认可了Incyte公司关于“基于专利化合物和在先化合物的结构近似性, 存在制备氘代鲁索替尼化合物和组合物”的动机的主张。进而, USPTO认为, 本案对比文件结合给出的教导, 给本领域技术人员提供了成功的合理预期。USPTO特别指出, 成功的预期只需要达到“合理的”程度, 而非“绝对的”。

虽然该案发生于美国, 且Concert公司已于近日提起上诉,' 149专利的命运尚待观察, 但考

虑到中美专利法在一定程度上的“契合”, Concert公司和Incyte公司在本案中的充分主张和USPTO在本案中的认定无疑对我国相关药企具有重要参考价值。不难理解, 由于单独的氘代化合物研发成果往往基于现有未氘代化合物, 因此在上述“两步法”中“先导化合物”的存在通常很容易证明。且如上文提到的, 氘和氕同为氢的同位素, 只是中子数不同, 把药物分子上的碳氢键替换为碳氘键进而改善药物代谢, 例如延长药物的半衰期、降低毒性或减少不良反应等, 已经成为本领域技术人员所熟知的策略, 于是“制备专利化合物的理由”通常存在, “成功的合理预期”也不难主张。此时, 证明具有“预料不到的技术效果”就显得格外重要, 否则专利权创造性堪忧。实际上, 在上述案件中, Concert公司并非没有主张这一点, 但没有得到USPTO的认可, 笔者将在下文结合具体内容展开。

关于“氘代”的创造性问题, 在我国亦有相关典型案例。在石家庄制药集团欧意药业有限公司 (简称欧意公司)、石药集团中奇制药技术 (石家庄) 有限公司 (简称中奇公司) 与张喜田专利无效宣告行政纠纷及后续行政诉讼案件中, 张喜田持

[4] Rodgers et al., US 7,598,257 b2, issued Oct. 6, 2009.

[5] Shilling et al., Metabolism, Excretion, and Pharmacokinetics of [14C] INCB018424, a Selective Janus Tyrosine Kinase 1/2 Inhibitor, in Humans, 38 DRUG METABOLISM AND DISPOSITION 2023-31(2010).

[6] CONCERT Pharmaceuticals, Inc. PRECISION DEUTERIUM CHEMISTRY BACKGROUND. [7] 美国联邦巡回上诉法院在Otsuka案中所明确的确定一个新的化合物相对于现有技术是否具备非显而易见的判断标准, 亦即 (1) 先判定普通化学工作者是否会选择 (无效请求人) 主张的现有技术化合物作为先导化合物或者出发点进行后续研发; (2) 再分析前述现有技术是否提供理由或动机, 使普通技术人员修改先导化合物以得到专利化合物, 且具有成功的合理预期。参见Otsuka Pharm. Co. v. Sandoz, Inc., 678 F.3d 1280, 1291-93 (Fed. Cir. 2012).

有一件专利号为00102701.8、名称为“氨氯地平对映体的拆分”的发明专利(简称‘701专利)。在该案中,各方争议的主要焦点问题是,将拆分氨氯地平对映体使用的手性助剂由二甲基亚砜(DMSO)或者含有DMSO的溶剂替换为六氘代二甲基亚砜(DMSO-d6)或含DMSO-d6的溶剂,使得拆分对映体的光学纯度从99.5%提高到99.9%,是否属于“预料不到的效果”,是否是一种“质”的变化。

根据我国《专利审查指南》第二部分第十章6.1条的规定,对于化学领域的发明而言,如果化合物在结构上与已知化合物不接近、有新颖性,且有一定用途或效果,则审查员可以认为该化合物具有创造性,而不必考虑预料不到的用途或者效果问题。但是结构上与已知化合物接近的化合物,必须要有预料不到的用途或者效果。

显然,对于氘代药相关技术方案而言,通过《专利审查指南》第二部分第十章第3.2节的“三步法”论证创造性往往是较为困难甚至“失灵”的。虽然还可以从发明克服了技术偏见、满足了长期存在但未解决的技术问题,甚至商业上的成功等角度主张创造性,例如在Concert案中,Concert公司曾主张,鲁索替尼的剂量依赖毒性会阻止本领域技术人员尝试氘化。但是,通常作为具备创造性的充分条件的“预料不到的技术效果”才是绝大多数氘代药专利打开创造性大门的

“钥匙”。有学者建议,应将“预料不到的技术效果”作为医药化学领域专利创造性判断的主要标准并纳入“三步法”中的第三步,而非所有领域专利创造性判断均适用的辅助标准^[8]。

第二部分\ 如何证明“预料不到的技术效果”?

在明确了“预料不到的技术效果”的重要性后,接下来自然是如何证明的问题。对此,专利权人必须重视如下几点:

1、本领域技术人员的技术水平

没看错,又是本领域技术人员,这位看不见摸不到的“神人”,几乎总是伴随着各类专利法问题出现。在本文讨论的语境下,“预料不到”技术效果的人正是在专利申请日的本领域技术人员,换句话说,本领域技术人员的技术水平直接影响了其能够预期的程度和范围。随着国内外理论和实务界的不断探索,对本领域技术人员的认识已较为成熟,例如我国《专利审查指南》第二部分第四章第2.4节对本领域技术人员进行了定义。但是,在我国司法实践中,专利权人往往忽略了对本领域技术人员技术水平和范围的证明,现有判

[8] 张鹏,预料不到的技术效果在医药化学专利创造性判定中的适用, <https://mp.weixin.qq.com/s/DTCx3D2Vu6lRo3h7nLnDVA>, 最后访问日期: 2019年9月25日

决也极少对相关案件中本领域技术人员的具体技术水平和范围进行认定。

美国《专利审查程序手册》(MPEP)第2141.03节列举了确定本领域技术人员水平的考量因素可包括:(A)现有技术中遇到的问题类型;(B)这些问题的现有技术方案;(C)产生创新的速度;(D)技术复杂程度;和(E)该领域活跃从业者的教育水平。在特定案件中,并非每个因素都要考量,且一个或多个因素可能占主导地位。虽然中美对“本领域技术人员”的定义稍有不同(主要在是否有普通创造能力上),但美国《专利审查程序手册》(MPEP)给出的判断本领域技术人员技术水平的因素仍值得借鉴。相关药企可以从上述因素切入并进行证明和阐述,努力降低本领域技术人员的水平。

在实践中,为避免“事后诸葛亮”,相关药企还可以通过提交专家意见等证据的方式,向审查员或裁判者充分呈现专利申请日时本领域技术人员的技术水平,从而为说明氘代药的创造性奠定基础。同时,相关药企也可以从现有技术本身论述本领域技术人员的水平,如同USPTO在Concert案中引述的“如果现有技术本身反映了发明时本领域的技术水平,则无需特别说明本领域技术水平”^[9]。

2、技术效果的“不可预见性”

在Concert案中,Concert公司主张’149专利中一个特定的氘代鲁索替尼(CTP-543)显示了两个重要的、有临床意义的、意想不到的优势:(1)和现有技术中的鲁索替尼相比增加了治疗窗口期;(2)和现有技术中的鲁索替尼相比提高了特定剂量下的临床反应。但是,USPTO认为上述区别仅仅是程度上的而并不是类型上的不同,未产生意想不到的结果(unexpected results)。根据我国《专利审查指南》第二部分第四章第5.3节,“预料不到的技术效果”是指发明同现有技术相比,其技术效果产生“质”的变化,具有新的性能,或者产生“量”的变化,超出人们预期的想象,这种“质”的或者“量”的变化,对所属技术领域的人员来说,事先无法预测或者推理出来。可见,“预料不到的技术效果”不仅要求技术效果的区別或变化,最关键和必要的条件是技术效果的“不可预见性”。

在专利复审委员会就申请号为201180034088.3,名称为“氘化的N-乙基-N-苯基-1,2-二氢-4-羟基-5-氯-1-甲基-2-氧代喹啉-3-甲酰胺、其盐和用途”的发明专利申请作出的第106313号复审请求审查决定书中,专利复审委员会指出“本申请相对于现有技术而言仅是验证了已知氘富集拉喹莫德化合物的具体代谢情况,

并且本申请说明书中所显示的化合物1-3与拉喹莫德相比代谢物减少的结果与对比文件1的教导是一致的,可见该技术效果并没有超出本领域技术人员的预期,不能据此给要求保护的技术方案带来创造性”^[10]。

在亚东生物制药公司与专利复审委、第三人华洋制药公司专利无效宣告再审案中,最高人民法院指出:“在认定是否存在预料不到的技术效果时,应当综合考虑发明所属技术领域的特点尤其是技术效果的可预见性、现有技术中存在的技术启示等因素。通常,现有技术中给出的技术启示越明确,技术效果的可预见性就越高”^[11]。在最近的科思创德国股份有限公司与国家知识产权局发明专利申请驳回复审行政纠纷案中,北京高级人民法院作出了同样的论述^[12]。上述内容实际上将不可预见性的判断回归对现有技术的考察。

在申请号为200980135856.7号,名称为“氘化苄基苯衍生物及其使用方法”的专利驳回复审案中,申请人泰拉科丝有限公司于2016年8月18日提交了修改后的权利要求书。专利复审委员会在第116905号复审决定^[13]中认为,对比文件2(CN1653075A)公开了一种药用组合物,修改后的权利要求1和对比文件2相比,主要区别在于本申请权利要求1涉及的化合物为氘代化合物,组合物具有的氘同位素富集系数对于所述化合物为至少5。本申请说明书表1中公开的数据能够证



明涉及本申请权利要求1第1个和第2个化合物的技术方案具有显著改善的SGLT2选择性。说明书表5A中公开的数据能够证明涉及本申请权利要求1第三个化合物的技术方案具有显著改善的药代动力学性能。对比文件3公开了一种包含氘代化合物的组合物。但是,对比文件3中并未直接或隐含教导本申请权利要求1的技术方案能够获得显著改善的技术效果,例如SGLT2选择性的显著提高或显著改善的药代动力学参数。也就是说,权利要求1限定的技术方案取得了预料不到的技术效果,具有创造性。可见,在该案中,技术效果在现有技术中不存在启示成为其获得创造性的关键因素,且支持了上文提到的“可将没有取得预料不到的技术效果作为现有

[10] 专利复审委员会复审请求审查决定(第106313号)
[11] (2013)知行字第77号行政裁定书
[12] (2018)京行终6061号行政判决书
[13] 专利复审委员会复审请求审查决定(第116905号)

技术存在技术启示的一种情形”观点。

在实践中, 专利申请人或专利权人为证明创造性提出的实验数据等往往侧重于显示要求保护的技术方案和现有技术的区别, 而轻视了对现有技术本身能够达到的合理预期的证明。相关药企在研发氘代药前以及研发过程中, 应充分了解现有技术情况, 并基于此挖掘技术空白点, 制定科学合理且尽量全面的对比实验方案并获得实验数据, 以便在证明、归纳本领域技术人员合理预期结果(例如采用现有技术中的氘代位点、氘代手段获得的结果)的基础上, 进一步证明研发成果能够实现的超出合理预见结果的技术效果, 并写入说明书。

证明技术效果是否“不可预见”时, 还需要关注技术效果变化的难度。这一点的道理和在外观设计相同或者相近似的判断中需要考虑设计空间异曲同工。在上文提到的“张喜田案”中, 专利权人张喜田主张该领域的数值提高的空间非常有限, 光学纯度99.5%进一步提高到99.9%的同时杂质含量减小了5倍, 已经产生了预料不到的技术效果。

3、关于补交实验数据

预料不到的技术效果通常需要实验数据来证明^[14]。实践中, 氘代化合物的专利申请人或专利权人在其要求保护的氘代化合物的创造性被

质疑时, 也往往会补充提交相关实验数据或报告, 用以证明要求保护的化合物相对于最接近的现有技术能够实现预料不到的技术效果。

但是, 补充提交实验数据存在不被接受的风险。不论从2017年《专利审查指南》修改后关于“对于申请日之后补交的实验数据, 审查员应当予以审查。补交实验数据所证明的技术效果应当是所属技术领域的技术人员能够从专利申请公开的内容中得到的”的规定对补交实验数据的要求看, 还是从对专利权的保护应当与发明人相对于申请日前的现有技术所做出的技术贡献相称看^[15], 在专利申请日未写入专利的技术效果无法用于评价创造性, 也不能通过补充实验数据的方式补正。

同时, 当专利申请人或专利权人欲通过提交对比试验数据证明其要求保护的技术方案相对于现有技术具备创造性时, 接受该数据的前提必须是针对原申请文件中明确记载的技术效果^[16]。所谓“明确记载的技术效果”, 应当理解为记载的技术效果是明确的, 具体的, 可验证的, 通常情况下应当有实证数据的支持, 不能是泛泛的, 断言性的, 宣称性的, 本领域技术人员根据该记载就足以明确其具有何种程度的有益的技术效果^[17]。

[14]张鹏. 专利权确权制度原理与实务[M]. 北京: 知识产权出版社, 2012: 35.
[15] (2013) 知行字第77号行政裁定书。
[16] (2012) 知行字第41号行政裁定书。
[17] (2017) 京行终2470号行政判决书。

此外,由于最接近的对比文件是由审查员或者无效请求人检索并提出的,可能超出了专利申请人或专利权人前期的判断,进而即便可以有针对性地找到与对比文件相比的优点,并进行比对实验获得实验数据,也可能因超出了说明书记载而不被接受、无法用于证明创造性。因此笔者建议,相关药企应当在技术研发论证阶段进行充分的现有技术检索,充分了解现有技术水平,以便为后续充分挖掘“氘代”技术方案的技术效果夯实基础,进而在撰写专利时较为全面、明确的写明技术效果。

综上所述,“氘代”是一把双刃剑,如果引入氘代的结果具有专利法意义上的创造性,可以在很大程度节约研发成本的情况下获得具有较高药用价值和经济效益的研发成果,进而为专利全球布局奠定基础,反之,则不仅难以突破现有技术、价值大打折扣,还可能侵犯他人专利权。目前,在越来越多的药企在就新药申请专利时将“氘代”化合物写入权利要求的趋势下,传统专攻氘代药的企业的研发方向将不可避免的受限,研发难度亦将大大增加,但是,由于引入氘代后导致的药代动力学和新陈代谢变化仍存在复杂性和不可预测性,“创造性”的大门并未关闭,此时,如何获得并证明氘代药相比原药有“意想不到的技术效果”,应成为该类企业关注的重点。为此,相关药企应当将在研发前进行充

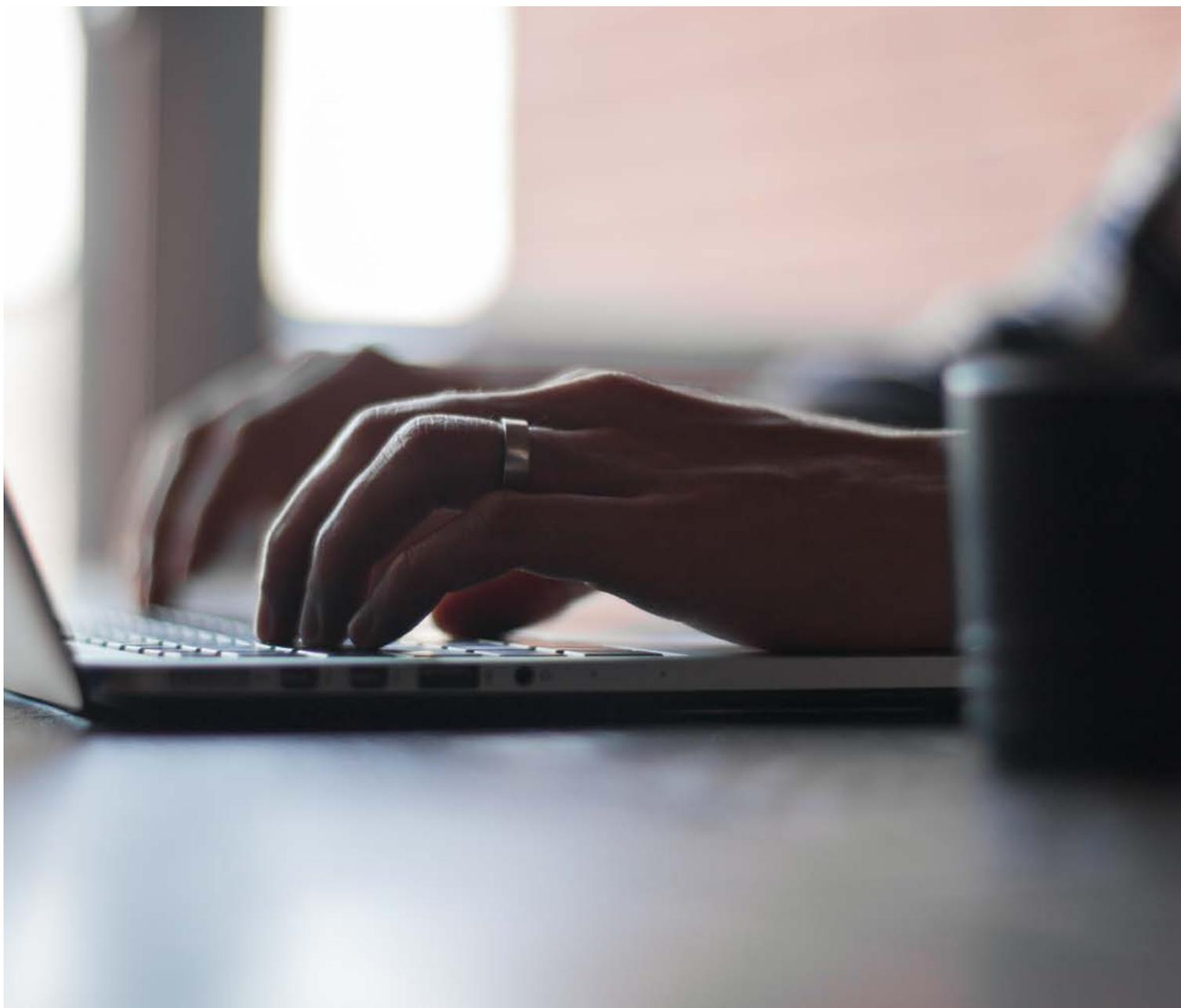
分的现有技术检索和研究,在研发过程中找准切入点,围绕“意料不到的技术效果”的目标制定科学合理且尽量全面的对比实验方案,并得到不仅能够证明本领域技术水平,还能够证明本发明实现的优势的对比实验数据。如此,“氘代”才能为药物研发插上创造性的翅膀,助力药企在为人类研发出有益成果的同时获得专利保护。☒



马东晓
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2099
madongxiao@zhonglun.com

投资者在有限合伙型 私募基金的维权之路

作者：赖继红、严俊涛



有限合伙型私募基金是投资者与普通合伙人设立合伙企业，由投资者作为合伙企业有限合伙人负责出资，普通合伙人作为私募基金管理人负责合伙企业对外投资的基金运作模式。该种基金运作模式在实践中被广泛运用，对资本募集和运用起到了优化配置作用。基金募集过程中，存在募集人为取得投资者出资，而提供增信/担保措施，并安排其关联第三方提供增信/担保措施，以保障投资者在投资期限届满时投资本金不亏损并取得最低收益的情形。然而，受目前经济环境波动影响，部分合伙企业未能如期收回投资，进而未依约向投资者返还投资本金、支付收益，部分投资者遂根据合伙协议主张合伙企业返还投资款并支付收益，主张普通合伙人承担违约责任，并主张提供担保的第三方承担担保责任。不同的裁判机构在处理投资者该等主张时，会考量不同的产品架构、履约行为等因素并产生不同的裁判观点，本文将围绕裁判机构的考量因素和裁判观点展开讨论，以期为投资者和私募基金管理人处理该等纠纷提供借鉴。

第一部分\ 投资者追索投资款项的基础法律关系判断：合伙/投资关系，或民间借贷关系？

不同的有限合伙型私募基金在设立中可能采用不同的产品架构，并在运作中出现不同的履约行为，该等产品架构和履约行为均可能对认定法律关系产生影响。一般而言，有限合伙型私募基金的投资者与私募基金管理人设立合伙企业，主要涵盖合伙关系和投资关系，但由于投资者与私募基金管理人基于特定的商业目的，而对相关协议的约定和履行作出特殊安排，使得有限合伙型私募基金相关主体的法律关系可

能被裁判机构认定为民间借贷关系。

（一）有限合伙型私募基金中的法律关系的一般认定：合伙/投资关系

根据《私募投资基金监督管理暂行办法》第二条¹，有限合伙型基金特征包括以进行投资活动为目的设立合伙企业，资产由基金管理人或普通合伙人管理，基金管理人或普通合伙人负责合伙企业登记备案、资金募集和投资运作。由此可见，有限合伙型私募基金涵盖合伙关系和

1.《私募投资基金监督管理暂行办法》

第二条 本办法所称私募投资基金（以下简称私募基金），是指在中华人民共和国境内，以非公开方式向投资者募集资金设立的投资基金。

私募基金财产的投资包括买卖股票、股权、债券、期货、期权、基金份额及投资合同约定的其他投资标的。

非公开募集资金，以进行投资活动为目的设立的公司或者合伙企业，资产由基金管理人或者普通合伙人管理的，其登记备案、资金募集和投资运作适用本办法。

证券公司、基金管理公司、期货公司及其子公司从事私募基金业务适用本办法，其他法律法规和中国证券监督管理委员会（以下简称中国证监会）有关规定对上述机构从事私募基金业务另有规定的，适用其规定。

投资关系两种法律关系:投资者作为有限合伙人和普通合伙人共同设立合伙企业对外投资,构成合伙关系;同时,投资者作为有限合伙人,和合伙企业间构成投资关系。

在合伙/投资关系中,投资者通过向合伙企业出资取得有限合伙人身份,并从普通合伙人经营下的合伙企业取得投资收益。投资者投资本金和收益依赖于合伙企业对外投资所取得的收益,因此,投资本金和收益无法得到保障,存在灭失的风险。

(二)有限合伙型私募基金中法律关系的变化:民间借贷关系

根据《合同法》第一百九十六条²和《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》第一条³,民间借贷关系指借款人向贷款人借款,到期返还借款并支付利息的法律关系。区别于合伙/投资关系,在民间借贷关系中,投资者向合伙企业提供贷款,不承担合伙企业风险,并有权在贷款届期后主张合伙企业依约还本付息。根据我们对司法案例的梳理,下列安排/因素可能对有限合伙型私募基金中法律关系被认定为民间借贷关系产生影响。

1. 协议约定的风险承担情况

有限合伙型私募基金的合伙协议通常设置风险提示条款,载明投资者知悉投资本金存在

灭失以及收益无法得到保障等风险,以表明投资者明确知悉所涉法律关系为合伙/投资关系,并非民间借贷关系。但是,当合伙协议明确约定投资者享有固定收益时,裁判机构则有可能认定此为民间借贷关系。

如北京市第三中级人民法院在(2015)三中民(商)终字第15594号民事判决书⁴中认为,合伙协议明确约定投资者享有固定收益,则投资者不承担合伙企业风险,投资者和合伙企业间构成民间借贷关系,合伙企业应向投资者返还借款和支付利息。同时,由于普通合伙人对合伙企业债务承担连带责任,普通合伙人应就返还借款和支付利息向投资者承担连带责任。

此外,深圳市福田区人民法院在(2015)深福法民一初字第5449号⁵中认定,即使在合伙协议中未载明还本付息的相关条款,但在《回购协议》《财务通知书》等文件中存在“按照固定年化利率支付收益且投资期满返还全部本金的意思表示”,裁判机构仍会据此认定投资者与合伙企业构成民间借贷关系。

2. 本金和收益/利息的支付情况

根据合伙协议,投资者应将投资款支付予

2.《中华人民共和国合同法》

第一百九十六条 借款合同是借款人向贷款人借款,到期返还借款并支付利息的合同。

3.《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》

第一条 本规定所称的民间借贷,是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构,因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷,不适用本规定。

4.北京市第三中级人民法院,北京同鑫汇投资基金管理有限公司与周丽琴等民间借贷纠纷二审民事判决书,(2015)三中民(商)终字第15594号。

5.广东省深圳市福田区人民法院,金亚兵与深圳华誉宝盈壹号投资合伙企业(有限合伙),深圳华誉财富资产管理有限公司,杨柳,詹秋鹏,深圳福双物业管理有限公司民间借贷纠纷一审民事判决书,(2015)深福法民一初字第5449号。

合伙企业以取得合伙企业份额。如投资者将投资款支付予普通合伙人，则可能被认定为投资者未实际向合伙企业出资，而认定投资者和普通合伙人构成民间借贷关系。此外，合伙企业取得的投资收益属于合伙企业财产，应由合伙企业根据合伙协议约定向投资人进行分配。如合伙企业和普通合伙人之间存在代付证明文件，也有可能由普通合伙人代合伙企业向投资者分配收益。如普通合伙人在缺少代付证明文件的情况下向投资者分配收益，或由普通合伙人关联方、项目公司、项目公司关联方等第三方向投资者分配收益，则该等“收益”不属于合伙企业向投资者分配的收益，而可能被认定为该等主体向投资者支付的利息。

除投资款本金和收益收付主体可能影响裁判机构对法律关系的判断外，投资者向合伙企业、普通合伙人支付款项时备注“投资款”或“借款”，以及投资者收到的款项备注为“收益”或“利息”，均有可能影响裁判机构判断法律关系。

另外，投资者定期取得固定收益的安排也可能被裁判机构界定为民间借贷关系。实践中，投资者签署合伙协议后，合伙企业通常向投资者出具《财务通知书》，载明投资者在特定时间将取得的收益分配情况，且该等收益自投资者出资后当月或次月即按照《财务通知书》所载明的金额向投资者分配。但是，合伙企业向投资者

分配的收益来源于合伙企业对外投资和经营等活动，在合伙企业实际投资并取得收益之前，合伙企业向投资者分配收益，即存在与合伙企业实际经营情况不符的情况。因此，合伙企业严格按《财务通知书》向投资者支付固定收益，也有可能被认定为借贷关系。

3. 投资者参与经营管理情况

投资者参与经营管理情况通常表现为参与任何合伙企业投资决议、对合伙企业经营管理提出建议、以及查阅合伙企业财务会计账簿等财务资料等。如投资者参与该等经营管理活动，则是履行作为合伙企业有限合伙人的职务，属于合伙/投资关系的行为表现；如投资者不参与任何合伙企业经营管理活动，而仅收取固定收益，则可能被认定为借贷关系。深圳前海合作区人民法院(2015)深前海法商初字第165号民事判决书⁶认为“对投资项目的实际经营管理权或参与经营管理权的判别是解决真假投资与借贷的关键”，并考虑到该案投资者不参与执行合伙事务，而将案件认定为借贷关系。

4. 普通合伙人、第三方提供的增信/担保措施情况

实务中，普通合伙人、第三方提供的担保措施情况可能作为裁判机构认定民间借贷关系的

6. 深圳前海合作区人民法院，晏德军与深圳前海华瑞基金投资管理有限公司、深圳华瑞聚富一号投资基金企业(有限合伙)、马瑞华合伙协议纠纷一案民事判决书，(2015)深前海法商初字第165号。



因素之一。上海市第二中级人民法院在(2017)沪02民终1878号⁷民事判决书中,考虑到普通合伙人未在基金业协会登记为基金管理人、合伙企业未在基金业协会备案的情况,普通合伙人和第三人多次以补充协议、承诺书方式向投资者承诺还本付息的行为,使得法律关系更符合民间借贷关系。该种观点认为普通合伙人和第三方设置的多项担保措施使投资者的收益取得了担保保障,使得投资者不实际承担投资风险,进而将法律关系认定为民间借贷关系。

7.上海市第二中级人民法院,上海融泓股权投资基金管理有限公司、上海亚华湖剧院经营发展股份有限公司等与顾蓓君借款合同纠纷二审民事判决书,(2017)沪02民终1878号。

第二部分\ 在认定为合伙/投资的法律关系的前提下,裁判机构是否支持投资者追索投资款项和支付收益,以及要求担保方承担增信/担保责任的主张?

(一) 投资者主张返还投资款和支付收益

通常情况下,由于合伙协议不保证投资本金不受亏损,也不保障最低收益,如投资者到期未取得本金和收益,应视为属于投资风险,投资者无权主张合伙企业返还投资款和支付收益。

但是,投资者仍可能通过追究普通合伙人违约责任的方式,取得相应赔偿。普通合伙人作为合伙企业执行事务合伙人、私募基金管理人时,分别需要承担合伙协议义务和私募监管规定的义务。如普通合伙人未履行合伙协议义务、私募监管规定的义务而致使合伙协议的合同目的无法实现,裁判机构可能支持投资者要求解除合伙协议,以及主张普通合伙人承担违约责任等请求,则投资者得以间接实现收回投资款的诉求。司法实践中,下列情况可能对裁判机构支持投资者主张普通合伙人承担违约责任产生影响:

(1) 投资者是否经工商登记为合伙企业的有限合伙人

在普通合伙人作为执行事务合伙人的情况下,普通合伙人需要承担执行事务合伙人的相应义务。根据《合伙企业法》第六十六条⁸和《中华人民共和国合伙企业登记管理办法》第六条⁹,有限合伙人姓名和出资数额属于合伙企业的登记事项。而根据《合伙企业法》第十三条¹⁰以及《合伙企业登记管理办法》第十八条¹¹,执行事务合伙人应在有限合伙人姓名和出资数额变更事项发生后十五日内,在工商登记部门申请相应的变更登记。通常,合伙协议也会约定类似条款。因此,在签订合伙协议后,普通合伙人应积极办理投资者作为合伙企业有限合伙人的工商登

记。

投资者签订合伙协议的目的在于成为合伙企业的有限合伙人并享有合伙企业收益,如普通合伙人未办理该等变更登记,则裁判机构可能认为普通合伙人未履行合伙协议约定义务,而根据《合同法》第九十四条¹²认定因普通合伙人的违约行为致使合伙协议的合同目的无法实现,进而判决解除合伙协议,并由普通合伙人向投资者承担违约责任。根据《合同法》第九十七条¹³,投资者可能主张恢复原状和赔偿损失,即返还投资款和支付投资款收益等。

相应的,如普通合伙人履行了办理有限合伙人工商变更登记的义务,则减少了裁判机构认定普通合伙人违约责任的风险。此外,根据昆明市五华区人民法院在(2017)云0102民初1825号民事判决书中的观点¹⁴,根据《合伙企业

8.《中华人民共和国合伙企业法》

第六十六条 有限合伙企业登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或者名称及认缴的出资数额。

9.《中华人民共和国合伙企业登记管理办法》

第六条 合伙企业的登记事项应当包括:

(一)名称;(二)主要经营场所;(三)执行事务合伙人;(四)经营范围;(五)合伙企业类型;(六)合伙人姓名或者名称及住所、承担责任方式、认缴或者实际缴付的出资数额、缴付期限、出资方式 and 评估方式。合伙协议约定合伙期限的,登记事项还应当包括合伙期限。

执行事务合伙人是法人或者其他组织的,登记事项还应当包括法人或者其他组织委派的代表(以下简称委派代表)。

10.《中华人民共和国合伙企业法》

第十三条 合伙企业登记事项发生变更的,执行合伙事务的合伙人应当自作出变更决定或者发生变更事由之日起十五日内,向企业登记机关申请办理变更登记。

11.《中华人民共和国合伙企业登记管理办法》

第十八条 合伙企业登记事项发生变更的,执行合伙事务的合伙人应当自作出变更决定或者发生变更事由之日起15日内,向原企业登记机关申请变更登记。

12.《中华人民共和国合同法》

第九十四条 有下列情形之一的,当事人可以解除合同:

(一)因不可抗力致使不能实现合同目的;
(二)在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;
(三)当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;
(四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的;
(五)法律规定的其他情形。

13.《中华人民共和国合同法》

第九十七条 合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。

14.云南省昆明市五华区人民法院,王良平与云南道恒中天股权投资基金管理有限公司、昆明俊道投资中心合同纠纷一审民事判决书,(2017)云0102民初1825号。

法》第二十条¹⁵，合伙企业取得的收益和其他财产均属于合伙企业财产，故投资者经工商变更登记为合伙企业有限合伙人后，投资者不得在合伙企业清算前主张分割合伙企业财产，包括合伙企业对投资者返还投资款。因此，普通合伙人为投资者办理工商变更登记，可降低其承担相应责任的风险。

(2) 普通合伙人是否在基金业协会办理登记、备案手续

在普通合伙人作为私募基金管理人的情况下，根据《私募投资基金监督管理暂行办法》第七条¹⁶，普通合伙人应当在基金业协会办理登记手续，成为私募基金管理人。普通合伙人登记为私募基金管理人后，基金管理人应根据《私募投资基金监督管理暂行办法》第八条¹⁷，在基金业协会办理基金备案手续。如普通合伙人未登记为私募基金管理人，或基金管理人未办理基金备案手续，均违反私募监管规定，可能受到行政处罚。同时，普通合伙人未办理该等登记、备案手续可能构成合伙协议约定的违约情形，而导致合伙协议的合同目的无法实现，裁判机构可能据此支持投资者根据《合同法》第九十四条¹⁸、第九十七条¹⁹提出的解除合伙协议，并由普通合伙人返还投资款等主张。

相应的，如普通合伙人履行了相关义务，则不承担向投资者返还投资本金及相关收益的义

务。昆明市五华区人民法院在(2017)云0102民初1825号民事判决书中认为，普通合伙人在基金业协会办理的登记手续，合伙企业也在基金业协会办理了基金备案手续，尽到了基金管理人的义务。投资者不能按期收回投资款及投资收益，是投资者自身投资行为所应承担的相应风险，故对投资者主张合伙企业返还投资款并支付收益的主张不予支持。

(3) 合伙企业是否实际投资了具体项目

鉴于合伙企业的收益来源于对外投资，合伙协议通常约定在合伙企业设立后，合伙企业将以募集资金实际投资某具体项目。在普通合伙人作为执行事务合伙人的情况下，应由普通合伙人履行对外投资职责，如因普通合伙人原因使得合伙企业未实际对外投资，则合伙企业实际无法向投资者分配收益。此时投资者向裁判机构主张解除合伙协议并返还投资款，裁判

15.《中华人民共和国合伙企业法》

第二十条 合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产，均为合伙企业的财产。

16.《私募投资基金监督管理暂行办法》

第七条 各类私募基金管理人应当根据基金业协会的规定，向基金业协会申请登记，报送以下基本信息：(一)工商登记和营业执照正副本复印件；(二)公司章程或者合伙协议；(三)主要股东或者合伙人名单；(四)高级管理人员的基本情况；(五)基金业协会规定的其他信息。

基金业协会应当在私募基金管理人登记材料齐备后的20个工作日内，通过网站公告私募基金管理人名单及其基本情况的方式，为私募基金管理人办结登记手续。

17.《私募投资基金监督管理暂行办法》

第八条 各类私募基金募集完毕，私募基金管理人应当根据基金业协会的规定，办理基金备案手续，报送以下基本信息：

(一)主要投资方向及根据主要投资方向注明的基金类别；(二)基金合同、公司章程或者合伙协议。资金募集过程中向投资者提供基金招募说明书的，应当报送基金招募说明书。以公司、合伙企业形式设立的私募基金，还应当报送工商登记和营业执照正副本复印件；(三)采取委托管理方式的，应当报送委托管理协议。委托托管机构托管基金财产的，还应当报送托管协议；(四)基金业协会规定的其他信息。基金业协会应当在私募基金备案材料齐备后的20个工作日内，通过网站公告私募基金名单及其基本情况的方式，为私募基金办结备案手续。

18.《中华人民共和国合同法》

第九十四条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

(一)因不可抗力致使不能实现合同目的；(二)在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；(三)当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；(四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；(五)法律规定的其他情形。

19.《中华人民共和国合同法》

第九十七条 合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

机构可能认为因普通合伙人的违约行为导致合同目的无法实现,而判决解除合伙协议并由普通合伙人向投资者返还投资款。相应的,如普通合伙人根据合伙协议对具体项目实施了投资行为,而因具体项目原因无法向投资者分配收益,裁判机构可能认为投资者无权主张返还投资本金和支付收益,该观点在南京市六合区人民法院(2017)苏0116民初1860号民事判决书²⁰即得到了肯定。

(二) 投资者主张担保方承担增信/担保责任

在合伙/投资关系中,增信/担保措施的效力将因不同的增信/担保形式与提供主体而受到不同影响。

1. 保本保收益承诺

《合伙企业法》第三十三条第二款确立了“风险共担原则”,即合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。根据“风险共担原则”,有限合伙型私募基金中,如合伙协议或相关文件中约定投资者不承担合伙企业亏损,享有保底收益的条款,则裁判机构可能认为该情形属于《合同法》第五十二条规定的“违反法律、行政法规的强制性规定”的无效情形,而认定该条款无效。在山东省济南市中级人民法院在(2014)济商初字第140号民事判决书中²¹,即认为保底收益条款违反了

《合伙企业法》关于风险共担的规定,属于无效条款。

除违反“风险共担原则”外,有限合伙型私募基金中的保本保收益承诺还违反《私募投资基金监督管理暂行办法》第十五条²²,即私募基金管理人不得向投资者承诺投资本金不受损失或者承诺最低收益。但《私募投资基金监督管理暂行办法》的立法层级为部门规章,违反其第十五条并不属于违反《合同法》五十二条²³规定的法律、行政法规强制性规定,并不当然致使保本保收益承诺无效。司法实践中,上海市浦东新区人民法院在处理一宗契约型基金纠纷²⁴就违反《私募投资基金监督管理暂行办法》第十五条确立的观点可供参考,该判决明确认定《私募投资基金监督管理暂行办法》第十五条属于管理性规定而非效力性强制性规定,基金管理人作出的承诺不因违反《私募投资基金监督管理暂行办法》第十五条而无效。

2. 预约受让/回购合伙份额

预约受让/回购合伙份额指签订合伙协议

20. 江苏省南京市六合区人民法院,原告陆健与被告聚隆公司、第三人上海牧粮公司合伙协议纠纷一案民事判决书,(2017)苏0116民初1860号。

21. 山东省济南市中级人民法院,韩旭东与于传伟等股权转让纠纷一案民事判决书,(2014)济商初字第140号。

22. 《私募投资基金监督管理暂行办法》

第十五条 私募基金管理人、私募基金销售机构不得向投资者承诺投资本金不受损失或者承诺最低收益。

23. 《中华人民共和国合同法》

第五十二条有下列情形之一的,合同无效:

(一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;

(二) 恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;

(三) 以合法形式掩盖非法目的;

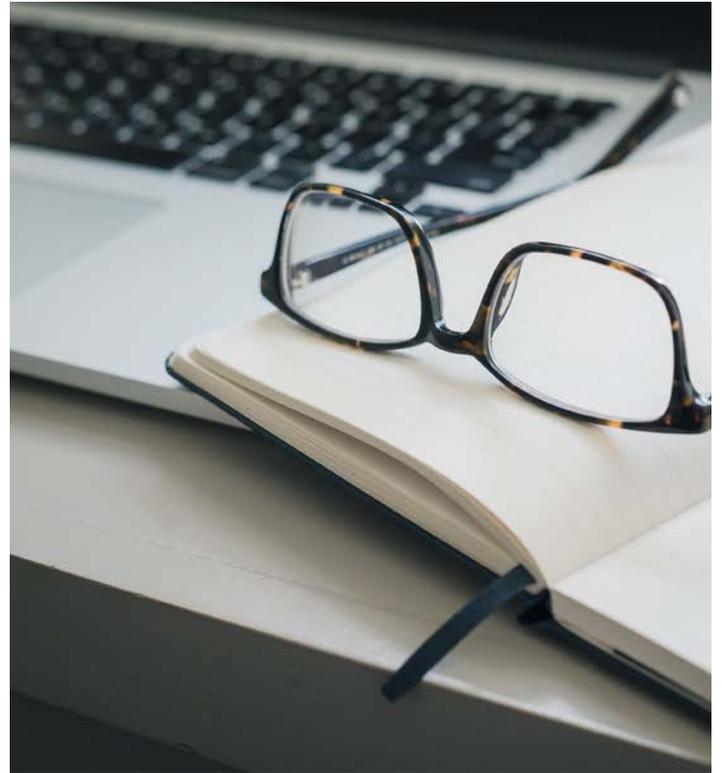
(四) 损害社会公共利益;

(五) 违反法律、行政法规的强制性规定。

24. 上海市浦东新区人民法院,俞培泓与上海浙嘉投资有限公司保证合同纠纷案,(2015)浦民一(民)初字第43690号。

时,普通合伙人或第三方与投资者签订《预约受让协议》/《回购协议》,约定在合伙协议约定的投资者投资期满时,投资者未取得投资款和约定收益的,投资者有权要求普通合伙人或第三方根据《预约受让协议》/《回购协议》约定的预约受让/回购价格,受让投资者持有的合伙企业份额。其中,预约受让/回购价格通常为投资者向合伙企业支付的投资款和按“业绩比较基准”计算收益总和。因此,《预约受让协议》/《回购协议》实际是由普通合伙人或第三方以其自有资金作为担保,在预约受让事件触发时,受让投资者所持合伙企业份额。

就普通合伙人提供的预约受让/回购份额安排效力而言,如前所述,《私募投资基金监督管理暂行办法》禁止私募基金管理人作出保本保收益承诺的规定并非法律、行政法规强制性规定,违反该等规定的承诺并不当然无效。此外,尽管如前所述《合伙企业法》确立了风险共担原则,但普通合伙人向投资者提供的预约受让/回购保障措施并不必然无效。北京市朝阳区人民法院在(2014)朝民初字第14525号民事判决书²⁵即认定普通合伙人溢价收购投资者合伙企业份额的约定属于各方真实意思表示,不违反法律、行政法规强制性规定,即使普通合伙人为吸引投资者而签订溢价收购投资者持有的合伙企业份额的协议,也只分担了投资者部分风险,不



能改变投资者仍然承担合伙企业投资风险的事实,普通合伙人溢价收购合伙企业份额的约定有效。

就第三方提供的预约受让份额的保障措施而言,由于第三方并非合伙企业合伙人,不受《合伙企业法》的约束,同时《私募投资基金监督管理暂行办法》仅禁止私募基金管理人作出保本保收益承诺,未限制其他主体作出相关承诺,因此,第三方提供的预约受让份额保障措施通常被认为不违反法律、行政法规强制性规定,应有效。

25.北京市朝阳区人民法院,贺开宇与宝金国际投资有限公司合伙企业财产份额转让纠纷一审民事判决书,(2014)朝民初字第14525号。

3. 差额补足

差额补足指投资者与普通合伙人/第三方之间,以协议或单方承诺函形式约定,在投资期限届满时,投资者未取得投资款和约定收益的,有权要求普通合伙人或第三方根据《差额补足协议》/《差额补足承诺函》约定,向投资者补足差额,即向投资者支付投资款和约定收益的总和减去合伙企业已向投资者支付的款项。

针对普通合伙人提供的差额补足担保,实践中部分裁判机构可能依据前述《合伙企业法》第三十三条第二款确立的“风险共担原则”而认定差额补足条款无效。如在济南市中级人民法院(2014)济商初字第140号民事判决书中,即认为补足差额的条款因违反风险共担原则而无效,投资者无权主张普通合伙人支付约定收益。

但是,合伙企业以外的第三方提供差额补足担保不受《合伙企业法》风险共担原则影响,裁判机构通常秉持意思自治的原则,在约定的差额补足条件成就时,支持投资者提出的差额补足请求。根据上海市浦东新区人民法院在(2015)浦民一(民)初字第43690号民事判决书²⁶,差额补足承诺函不违反法律、行政法规强制性规定,应为有效,裁判机构支持投资人根据约定计算得出的差额。

4. 保证责任

根据《中华人民共和国担保法》第六条²⁷,保

证指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。有限合伙型私募基金中,即由普通合伙人或第三方以签订保证合同或出具承诺函的形式,就合伙企业根据约定向投资者支付投资本金并分配收益提供保证责任。

普通合伙人出具的保证承诺与差额补足条款的效果类似,均是对投资者本金和约定收益作出了直接的补偿承诺。因此,普通合伙人的保证也可能因违反《合伙企业法》风险共担原则而被裁判机构认定为无效条款。至于第三方提供的保证责任,根据北京市第一中级人民法院在(2017)京01民终5812号民事判决书的裁判观点²⁸,如第三方保证责任文件中的保证范围明确包括投资者的投资本金和预期收益,则第三方应履行担保承诺,对合伙企业向投资者返还投资本金和收益承担保证责任。

第三部分\ 在认定为民间借贷法律关系的前提下,裁判机构是否支持投资者追索借款,以及要求担保方承担增信

26.上海市浦东新区人民法院,俞培泓与上海浙嘉投资有限公司保证合同纠纷案,(2015)浦民一(民)初字第43690号。

27.《中华人民共和国担保法》

第六条 本法所称保证,是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。

28.北京市第一中级人民法院,杨卓舒、卓达房地产集团有限公司等与汪萍合同纠纷二审民事判决书,(2017)京01民终5812号。

/担保责任的主张?

(一) 投资者主张返还借款和支付利息

如投资者与合伙企业/普通合伙人之间的法律关系被认定为民间借贷关系,则投资者作为贷款人,有权主张合伙企业/普通合伙人返还本金并支付利息。裁判机构决定是否支持投资者主张时,主要考量投资者是否依约支付了借款本金,以及投资者主张的利息是否超过《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》第二十六条²⁹规定的24%³⁰。

(二) 投资者主张担保方承担增信/担保责任

就民间借贷关系下的担保措施而言,差额补足的担保人在合伙企业无法偿还借款本金和收益时,对投资人承担差额补足责任,无较大争议;保证人是对借款提供保证,由保证人根据约定的保证范围直接向投资者承担保证责任,亦无较大争议;而预约受让/回购措施能否得到裁判机构支持则存在一定争议。

预约受让/回购协议约定的义务人责任形式为预约受让/回购情形触发时,义务人以约定价格对投资人所持合伙企业份额进行受让/回购,而非偿还借款本金和利息,即预约受让/回购和民间借贷的权利义务履行方式和履行标的有所

差别。因此,在法律关系被认定为民间借贷关系的情况下,预约受让/回购措施可能缺少适用的前提条件。

第四部分 结语

裁判机构在审理案件中通常综合约定情况、履行情况等多项因素判断案件法律关系,并决定是否支持投资者对合伙企业、普通合伙人、第三方提出的主张。从担保措施被裁判机构认可的角度而言,由普通合伙人以外的第三方向投资者提供预约受让、差额补足等方式可避开私募基金监管规定和《合伙企业法》的相关限制性规定,更有可能被裁判机构认可其有效性。

29.《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》第二十六条 借贷双方约定的利率未超过年利率24%,出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的,人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%,超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的,人民法院应予支持。
30.四川省成都市武侯区人民法院,原告古某某与被告成都易安泽资产管理中心(有限合伙)、四川方诺资产管理有限公司、德阳金麒麟有色金属有限公司民间借贷纠纷一案一审民事判决书,(2014)武侯民初字第3406号。



赖继红
合伙人
资本市场部
深圳办公室
+86 755 3325 6898
lajihong@zhonglun.com



严俊涛
合伙人
房地产和基础设施部
深圳办公室
ericyan@zhonglun.com

探析集体经营性建设用地的 资产证券化之路

丨 以北上广三地试点区域为视角

作者：路竞祎、李旭东、董天赐（实习生）



自证监会和住房城乡建设部在《关于推进住房租赁资产证券化相关工作的通知》（证监发〔2018〕30号）中提出支持利用集体建设用地建设租赁住房试点城市的住房租赁项目开展资产证券化以来，以集体经营性建设用地上建设的物业开展CMBS、类REITs便受到市场关注。

2019年8月26日，十三届全国人大常委会第十二次会议审议通过了《土地管理法》、《城市房地产管理法》修正案，自2020年1月1日起施行。修正案的颁布破除了集体经营性建设用地入市法律障碍，为以集体经营性建设用地上建设的物业开展CMBS、类REITs业务奠定了法律基础。

以经营性物业开展CMBS、类REITs业务，一是要关注底层资产入池阶段是否符合相关法律要求，二是要关注项目退出阶段（含底层资产处置）是否存在法律障碍。考虑到《土地管理法》修改后，未来关于集体经营性建设用地使用权流转的具体制度设计和安排将建立在现有试点经验的基础之上，本文选取了北京、上海、广东三地试点区域的集体经营性建设用地入市流转政策，从入池和退出两个关键时点，考察集体经营性建设用地上经营性物业开展证券化业务可能涉及的法律问题。文章的内容由三部分构成：

第一部分概述：集体经营性建设用地使用权流转的法律政策。

第二部分重点分析：集体经营性建设用地上经营性物业需满足什么条件才能作为合格的底层资产？该部分的分析从以下几个角度展开：

- 1.集体经营性建设用地使用权人取得集体经营性建设用地的方式是什么？**
- 2.集体经营性建设用地使用权流转应满足哪些条件？**
- 3.集体经营性建设用地使用权流转应履行哪些流转程序？**
- 4.集体经营性建设用地使用权人是否支付了相关的成本、费用？**
- 5.集体经营性建设用地使用权人享有的土地使用权是否存在权利限制？**

第三部分分析：在退出阶段，集体经营性建设用地使用权的性质是否会对退出（含底层资产处置）造成障碍？

第一部分\ 集体经营性建设用地使用权流转 的法律政策概述

2015年2月27日之前,集体经营性建设用地使用权流转处于政策鼓励与地方试点阶段。但早期的流转政策与《土地管理法》、《城市房地产管理法》等上位法的内容相冲突,集体经营性建设用地使用权流转的法律依据并不充分。

2015年2月27日,全国人大常委会通过了《关于授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县(市、区)行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》(人大常会字〔2015〕1号)(以下简称“《授权决定》”),授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县(市、区)行政区域,¹暂时调整实施《中华人民共和国土地管理法》《中华人民共和国城市房地产管理法》关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地管理制度的有关规定,²标志着集体经营性建设用地入市正式启动并进入实质性推进阶段。³

2015年2月27日之后,各试点地区相继颁布了集体经营性建设用地使用权入市试点办法,围绕集体经营性建设用地使用权首次和再次流转的主体、程序、条件、方式、期限等问题进行了积极有益地探索。

2019年8月26日,在总结各地试点经验的基

础上,由全国人大常委会通过的《土地管理法》修正案,删去了原法第43条关于从事非农业建设使用土地的,必须使用国有土地或将集体土地征为国有土地的规定;修改了原法第63条,允许土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途,并经依法登记的集体经营性建设用地,可在通过民主决策程序、签订书面合同的基础上,以出让、出租等方式交由单位或者个人使用。通过出让等方式取得的集体经营性建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押,但法律、法规另有规定或书面合同另有约定的除外。授权国务院制定集体经营性建设用地使用权流转的具体办法。⁴此外,《城市房地产管理法》第9条关于城市规划区内的集体土地必须先征收为国有后才能出让的规定,新增了“法律另有规定的除外”,以衔接《土地管理法》的修改,扫清了集体经营性建设用地入市的法律障碍。

1.三十三个试点县(市、区)名单:北京市大兴区、天津市蓟县、河北省定州市、山西省泽州县、内蒙古自治区和林格尔县、辽宁省海城市、吉林省长春市九台区、黑龙江省安达市、上海市松江区、江苏省常州市武进区、浙江省义乌市、浙江省德清县、安徽省金寨县、福建省晋江市、江西省余江县、山东省禹城市、河南省长垣县、湖北省宣城市、湖南省浏阳市、广东省佛山市南海区、广西壮族自治区北流市、海南省文昌市、重庆市大足区、四川省郫县、四川省泸县、贵州省湄潭县、云南省大理市、西藏自治区曲水县、陕西省西安市高陵区、甘肃省陇西县、青海省湟源县、宁夏回族自治区平罗县、新疆维吾尔自治区伊宁市。

2.在集体建设用地使用权出让方面,调整《土地管理法》第四十三条第一款、第六十三条、《城市房地产管理法》第九条的规定。在宅基地审批权限调整方面,调整《土地管理法》第四十四条第三款、第四款及第六十二条第三款的规定。在征收集体土地补偿的规定方面,调整《土地管理法》第四十七条第一款至第四款、第六款的规定。

3.全国人民代表大会常务委员会分别在2017年11月4日与2018年12月29日两次延长法律调整的期间,试点期限延至2019年12月31日。《全国人民代表大会常务委员会关于延长授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县(市、区)行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》(2018年12月29日第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过)。

4.参考自然资源部:全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》的决定, http://www.mnr.gov.cn/dt/ywzb/201908/t20190827_2462247.html, 最后访问:2019年8月31日。

《土地管理法》仅在法律层面就集体经营性建设用地使用权入市作出了原则性规定，就集体经营性建设用地使用权入市流转的具体规则仍有待国务院进一步制定，⁵而各地区的试点政策无疑是未来具体流转规则的蓝本，梳理和总结试点区域的政策细则就显得尤为重要。本文的分析，将在结合《北京市农村集体经营性建设用地入市试点办法》(京政函〔2016〕1号)(以下简称“《北京大兴试点规定》”)、《上海市松江区农村集体经营性建设用地入市管理办法》(沪松府规〔2018〕6号)(以下简称“《上海松江试点规定》”)、《佛山市南海区农村集体经营性建设用地入市管理试行办法》(南府〔2015〕50号)(以下简称“《佛山南海试点规定》”)及其配套文件的基础上展开分析。

第二部分\ 集体经营性建设用地上经营性物业满足什么条件才能作为CMBS、类REITs业务合格的底层资产?

从目前的法律规定来看，与国有建设用地相比，集体经营性建设用地上经营性物业作为CMBS、类REITs业务合格的底层资产，其可行性需要重点关注以下方面：

2.1 集体经营性建设用地使用权人取得集体经营性建设用地的方式是什么?

集体经营性建设用地流转的方式、次数将影响证券化的模式。根据《土地管理法》，集体经营性建设用地使用权的流转方式包括：(1)首次流转：通过出让、租赁等方式取得集体经营性建设用地使用权；(2)二次流转(含多次流转，下同)：集体经营性建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押。

2.1.1 集体经营性建设用地使用权人开展证券化交易将属于二次流转

一般而言，如果在首次流转中，集体经营性建设用地所有权人以出让的方式将使用权出让给受让方，受让方享有的集体经营性建设用地使用权和国有建设用地使用权类似，可以转让、抵押。在此情形下，可以参考国有建设用地上的物业开展CMBS、类REITs业务的模式进行操作。

如果在首次流转中，集体经营性建设用地所有权人将土地使用权租赁给承租方，租赁取得的集体经营性建设用地使用权可以通过设立抵押进行操作。根据《国务院办公厅关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的指导意见》(国办发〔2019〕34号)的规定，以租赁方

5.自然资源部法规司司长魏莉华介绍，自然资源部将根据第63条的授权规定，起草《集体经营性建设用地出让转让管理条例》送审稿，提请国务院审议；《土地管理法实施条例》的全面修订工作也将于近期展开。参考中国民商法律网：“《中华人民共和国土地管理法》修正案解读|实录”，<https://mp.weixin.qq.com/s/ssPkG7116x3LtvYzXB-KIA>，最后访问：2019年8月31日。

式取得的建设用地使用权,承租人在按规定支付土地租金并完成开发建设后,根据租赁合同约定,其地上建筑物、其他附着物连同土地可以依法一并抵押;已依法入市的农村集体经营性建设用地使用权转让、出租、抵押可参照执行。因此,在首次流转中通过租赁取得集体经营性建设用地使用权的使用权人,在满足上述规定的情况下,其地上建筑物、其他附着物连同集体经营性建设土地使用权也可以进行抵押。在此情况下,可以参考国有建设地上的物业开展CMBS、类REITs业务的模式进行操作。试点区域的浙江省义乌市与湖州市德清县,均明确规定以租赁方式取得的集体经营性建设用地使用权可在不超过租金支付期限的范围内抵押,⁶佛山市试点政策也有类似规定。⁷

2.1.2集体经营性建设用地所有权人能否通过证券化交易进行集体经营性建设用地使用权首次流转?

集体经营性建设用地所有权人(集体经济组织)能否通过抵押方式开展CMBS交易?《土地管理法》并没有明确规定首次流转是否可以采用抵押方式,《佛山南海试点规定》在首次流转中增加了抵押方式,如果集体经营性建设用地所有权人可以将土地使用权(而不是土地所有权)抵押融资,那么集体经营性建设用地所有权人通过抵押方式开展CMBS交易理论上是可行的。

如果集体经营性建设用地所有权人在其所有的土地上已经建造了经营性物业,此时将经营性物业和土地使用权一起出让至另一家公司,再进行CMBS或类REITs交易时应遵循二次流转的相关规定。

2.2集体经营性建设用地使用权流转应满足哪些条件?

“流转条件”可分为实体性条件与程序性条件,这一部分我们仅分析流转的实体性条件。综合所选试点区域的政策要求,集体经营性建设用地的入市(首次)流转需满足权属、规划、政策等方面的条件,而二次流转主要是需要满足首次流转合同约定的条件。在区分首次流转与二次流转的基础上,我们将集体经营性建设用地使用权抵押融资单独进行分析,考察在证券化业务中物业抵押的可行性。

2.2.1满足相应条件的集体经营性建设用地方可入市流转

根据试点地区公布的政策文件,并非所有的土地利用总体规划和城乡规划确定为工矿仓储、商服等经营性用途的存量农村集体建设用

6.《德清县农村集体经营性建设用地入市管理办法(试行)》(德政发〔2015〕30号)第22条:以租赁方式取得的集体经营性建设用地使用权抵押的,其抵押最高期限不得超过租金支付期限,抵押登记证应当注明租赁土地的租赁期限和租金交纳情况。

《义乌市农村集体经营性建设用地入市管理办法(试行)》(义土改办〔2017〕1号)第20条:以租赁方式取得的农村集体经营性建设用地使用权抵押的,其抵押最高期限不得超过租金支付期限,抵押登记证应当注明租赁土地的租赁期限和租金交纳情况。

7.《佛山市南海区农村集体经营性建设用地抵押融资管理暂行办法》(南府〔2016〕40号)第5条:在符合规划、用途管制、依法取得的前提下,以出让、租赁、作价出资(入股)、转让方式入市的和具备入市条件的农村集体经营性建设用地使用权可以办理抵押贷款,但有下列情形之一的,不得抵押:……



地(即“集体经营性建设用地”)均可入市流转。依据《上海松江试点规定》第8条,可以入市流转的集体经营性建设用地需要完成农村产权制度改革及集体建设用地所有权确权登记,持有集体建设用地所有权证,土地权属清晰、无争议;符合控制性详细规划或村庄规划;符合国家和本市产业政策、环保政策,符合农村集体经营性建设用地入市政策,具备开发条件;无违法用地行为、无司法机关依法裁定查封或其他形式限定土地权利的情形;法律法规规定的其他条件。《北京大兴试点规定》第32条的要求与之类似。在此基础上《佛山南海试点规定》第16条另从价

格设定的角度要求出让、租赁的起始价(起始租金)原则上不得低于基准地价(基准租金)的70%。此外,由于佛山南海的试点政策允许集体经营性建设用地以抵押方式入市,而抵押并不会直接改变使用权的归属,因此还规定以抵押登记的集体经营性建设用地使用权出让的,需取得抵押权人的书面同意。

总结上述三地的政策,集体经营性建设用地入市流转需满足:权属清晰、权证齐备;符合规划、政策要求;无违法用地、无司法争议等条件。

2.2.2 二次流转(主要以集体经营性建设用

地使用权转让为例)的关键是满足首次流转合同约定的

集体经营性建设用地二次流转的方式包括转让、互换、出资、赠与或者抵押的方式。试点地区规定主要对集体经营性建设用地使用权转让做出了较为详细的规定。

《北京大兴试点规定》第59条规定,集体经营性建设用地使用权转让需满足一定的开发条件:按照土地使用合同约定进行投资开发,属于房屋建设工程的,完成开发投资总额的百分之二十五以上;属于成片开发土地的,形成建设用地条件⁸。

《北京大兴试点规定》第59条还规定,集体经营性建设用地使用权转让时,原集体土地使用合同和登记文件中所载明的权利、义务随之转移;《佛山南海试点规定》第25条也有类似规定。《上海松江试点规定》第26条明确受让人可依法和按照出让合同约定转让建设用地使用权。《佛山南海试点规定》第28条要求转让、出租农村集体经营性建设用地使用权必须缴纳再次流转合同约定的价款、取得权属证明、并满足首次流转合同约定的其他条件。

集体经营性建设用地使用权的再次流转以首次流转合同及其约定的条件为核心,因此,试点区域对首次流转合同的内容和形式都有严格要求。如《北京大兴试点规定》第52条、《上海松

江试点规定》第17条要求合同必须以书面形式签订,报政府部门备案,并提供了由政府部门制定的示范合同文本;《佛山南海试点规定》第14条强制要求首次流转合同中明确约定再次流转的条款,并以此作为办理不动产登记的前提条件。

2.2.3抵押融资的条件与首次流转的条件相似

抵押与出让、出租等流转方式不同,其并不必然导致集体经营性建设用地使用权归属于其他主体,其主要目的在于为集体经济组织或使用权人的经济活动融通资金,是支持其他流转方式的重要手段。《上海市松江区农村集体经营性建设用地使用权抵押贷款试行管理办法》(以下简称“《上海松江抵押办法》”)第4条要求开展集体经营性建设用地使用权抵押的地块需已完成土地所有权和使用权的确权、登记、颁证等工作;第10条规定了不得设定抵押的几种情形,包括权属不明或有争议,依法被查封、扣押、监管的,属于农村公益事业及公共设施用地性质的,法律、行政法规规定的其他形式。《佛山市南海区农村集体经营性建设用地抵押融资管理试行办法》(南府〔2016〕40号)(以下简称“《佛山南海抵押办法》”)第5条的要求更为严格,将不符

8.《北京大兴试点规定》第59条。

合规划、擅自改变用途、申请人被列入失信被执行人名单等也作为禁止抵押的条件；此外，作为二次流转的一种方式，第7条规定抵押也需要满足首次流转合同的约定，否则需要本村（居）集体经济组织表决同意。特别需要指出的是，《佛山南海抵押办法》还规定了农村集体经营性建设用地地上物业租金收益权开展质押的相关条件。

概言之，所选试点区域抵押融资的条件与首次流转的条件具有很大的相似性，可能需要同时满足首次流转和二次流转的要求，这与抵押在部分试点区域可以成为首次流转的方式有关，也是试点期间增强金融机构信心、鼓励其积极参与集体经营性建设用地使用权入市流转的政策选择。

2.3 集体经营性建设用地使用权流转应履行哪些流转程序？

满足“流转程序”的要求是集体经营性建设用地流转的条件之一，我们对比了集体经营性建设用地使用权首次流转与二次流转中程序要求的不同，注意到首次流转需经历复杂严格的流转程序，而对二次流转程序各试点区域规定差异较大。

2.3.1 首次流转需经历复杂严格的流转程序

集体经营性建设用地使用权的入市，关涉

农民集体的重大利益，其首次流转程序往往复杂且严格。

首先，农村集体经济组织的民主决策是首次流转的前提条件。《北京大兴试点规定》第3条第4项强调“尊重各方意愿”；《上海松江试点规定》第12条也将“村民自愿”作为基本原则，出让方案需经集体经济组织成员或成员代表会议三分之二以上同意。北京大兴、佛山南海均有民主表决的要求。⁹

在具体的入市过程中，试点地区往往根据统筹层级成立具有法人资格的联营公司，以集体经济组织的授权代理人身份作为入市实施主体，如北京大兴的镇级土地联营公司（股份合作社）、¹⁰浙江义乌的村股份经济合作社（经济合作社）或镇街资产管理公司等。¹¹

在入市主体多元化的态势下，需要关注农民集体内部个别意见分歧对集体建设用地使用权流转交易的影响，及土地所有权人代表、代理身份的衍生是否于法有据。¹²以北京大兴镇级统筹的模式为例，在镇级资产管理委员会的牵头下，各村召开集体经济组织成员大会，通过民主表决全权委托镇级土地联营公司代表各集体经

9.《北京市农村集体经营性建设用地入市试点民主决策程序及实施主体组建运行管理暂行办法》（京集试组〔2016〕1号）第9条、第11条；《佛山南海试点规定》第7条。

10.《北京大兴试点规定》第13条。

11.《义乌市农村集体经营性建设用地入市管理办法（试行）》第10、11、12条。

12.参考高珊、吕美晔、金高峰、曹明霞：“农村集体经营性建设用地流转市场困境及启示——以江苏省调查为例”，《农业经济》2016年第1期，第84-86页。

济组织行使所有权,借助“多个事项,一次授权”减少协商成本,推动入市交易的进程。¹³

其次,首次流转方案必须经过多级政府部门的审批。《上海松江试点规定》第12条要求出让方案经镇人民政府(街道办事处)审核,报区人民政府批准;《北京大兴试点规定》第32、33条规定入市方案需经镇级初审、部门联审、区政府审批后方可组织开展入市交易活动,禁止未通过审批的土地入市;《佛山南海试点规定》要求职能部门预先出具审批意见,交村(居)党组织审查后,由镇(街道)联席会议从规划、用地、产业准入、环保、集体表决等方面进行严格审核。

其次,首次流转方案必须经过多级政府部门的审批。《上海松江试点规定》第12条要求出让方案经镇人民政府(街道办事处)审核,报区人民政府批准;《北京大兴试点规定》第32、33条规定入市方案需经镇级初审、部门联审、区政府审批后方可组织开展入市交易活动,禁止未通过审批的土地入市;《佛山南海试点规定》要求职能部门预先出具审批意见,交村(居)党组织审查后,由镇(街道)联席会议从规划、用地、产业准入、环保、集体表决等方面进行严格审核。¹⁴

最后,原则上应以公开交易的方式进入市场。《北京大兴试点规定》第49条规定公示后只有一个意向用地者的,方可采取协议方式供地。《佛山南海试点规定》第41条要求集体经营性建

设用地使用权的出让、租赁原则上应采用招拍挂及现场竞价的公开交易方式,特殊情况需要采取协议方式的,需要取得相应审批。

2.3.2 二次流转的特殊审批程序

《北京大兴试点规定》第63条规定,集体经营性建设用地使用权人转让、出租土地使用权的,由其拟订集体经营性建设用地转让、出租方案,并报经区政府同意。大兴区政府应在批准文件下达后10天内,将相关结果上报市国土、发展改革、规划、财政、农村和建设等主管部门备案。

《佛山南海试点规定》第26条规定首次流转合同中允许再次流转的约定是集体经营性建设用地使用权进行二次流转的前提,否则须经村(居)集体经济组织表决确定;此外,任何国有资产占主导成分的企业均需经历职能部门、上级主管部门、镇级联席会议方能入市转让土地使用权。¹⁵《佛山南海试点规定》第43条规定,村(居)集体企业和国有资产占主导成分的公司、企业的农村集体经营性建设用地使用权转让,必须公开交易。

抵押融资也不例外,《佛山南海抵押办法》第7条要求村集体经济组织抵押自有、经批准

13.《大兴区农村集体经营性建设用地入市试点入市实施主体及组织运行管理暂行办法》(京兴政农发〔2017〕13号)。

14.《佛山南海试点规定》附件二。

15.《佛山南海试点规定》附件三。

拨用取得的农村集体经营性建设用地使用权的,应制定使用权抵押方案,经村党组织审查同意后,报镇集体资产交易立项审核联席会议审核,审核同意的交由集体经济组织表决同意后方可实施。

2.4集体经营性建设用地使用权人是否支付了相关的成本、费用?

使用权人为获取集体经营性建设用地使用权须支付一定的对价,在使用权流转的过程中会产生土地增值调节金等税费。结合试点政策我们发现,上述“成本费用”的缴付与否直接影响到使用权的取得与流转,是建设用地使用权流转的一个隐性实体条件。

2.4.1使用权人的成本包含合同价款、土地增值调节金、税费等

集体经营性建设用地使用权人为获取建设用地使用权需按照流转合同的约定支付一定的价款,包含出让转让的成交价、租金等,《上海松江试点规定》第21条还要求土地价格需经市场评估,由集体经济组织表决同意,不得低于所在级别基准地价的70%。首次流转与二次流转的过程中,建设用地使用权的流出方需向政府缴纳土地增值收益调节金,综合考虑土地用途、土地等级、交易方式等因素确定调节金的征收比例。¹⁶此外,还应按照国家相关政

策的要求,比照国有建设用地流转政策缴纳营业税(增值税)、土地增值税、契税等相关税费。

17

2.4.2费用支付与否直接影响使用权的取得和流转

所选试点区域多将相关费用的支付与否与使用权的取得、流转相衔接。《佛山市南海区农村集体经营性建设用地产权登记管理试行办法》(南府〔2017〕47号)(以下简称“《佛山南海登记办法》”)第12条第2款第5项要求土地使用权的首次登记需缴纳完土地增值收益金和相关税费;第17条规定届满续期时不动产登记证的重新办理也以缴纳合同价款、土地增值金及税费为条件。以租赁形式取得集体经营性建设用地使用权的,第12条第1款规定其使用权的登记需完全缴纳租金;租赁取得使用权后,第33条要求该土地使用权及地上建筑物所有权欲办理抵押登记,也须全额缴纳合同租金。未按期缴纳土地增值金还将影响建设工程规划许可手续、建筑工程施工许可手续的办理,¹⁸并可能面临行政机关的责罚。¹⁹《北京大兴试点规定》《上海松江试点规定》的要求与之类似,均将相关费用的支付与不动产初始登记、变更

16.《上海市松江区农村集体经营性建设用地土地增值收益调节金征收使用管理实施细则》第6条。

17.《佛山市南海区农村集体经营性建设用地土地增值收益调节金与税费征收使用管理试行办法》(南府函〔2015〕149号)第13条。

18.《佛山市南海区农村集体经营性建设用地及房屋开发经营监管试行办法》(征求意见稿)第16条。

19.《佛山市南海区关于加强农村集体经营性建设用地入市监管的指导意见》(南府办〔2016〕40号)第3条第1款第6项。



登记及政府部门的强制措施相挂钩。²⁰

总结上述政策，合同价款、相关税费的足额缴纳是集体经营性建设用地使用权办理不动产登记、建设规划与施工许可手续、及以抵押等方式再次流转的前提条件。

2.5 集体经营性建设用地使用权人享有的土地使用权是否存在权利限制？

“权利限制”包含使用权限制（如土地用途与期限限制）、处置权限制（如抵押与转让限制）等，权利限制的存在将直接影响到集体经营性建设用地上物业证券化业务的开展。下文主要分析对处置权的一些限制性规定。

2.5.1 集体经营性建设用地使用权的转让限制

《上海松江试点规定》第26条禁止工业用地产业项目类和研发总部产业项目类的整体或分割转让；对营利性教育、医疗、养老等设施用地不得分割转让，整体转让需事先征得出让人和协调机构的同意。《佛山市南海区农村集体经营性建设用地及房屋开发经营监管暂行办法》（征求意见稿）第3条规定房地产开发企业利用农村集体经营性建设用地进行基础设施建设、房屋建设后，除经申请认定为产业载体项目外，只可整体转让房屋；即使是产业载体项目，《佛山市南海区农村集体经营性建设用地产业载体项目管理暂行办法》（南府〔2016〕43号）第16条规定了分拆销售的比例，并规定了转让的限制条件。《佛山市南海区利用农村集体建设用地建设租赁住房管理暂行办法》（南府〔2018〕22号）第24条规定，未经区人民政府批准，建设运营主体不得转让集体租赁住房用地使用权；如果建设运营主体进行合并重组或股权转让涉及集体租赁住房产权整体转让的，经镇人民政府（街道办事处）审核，报区人民政府审批，可整体转让集体租赁住房用地使用权和房屋所有权。

2.5.2 在认可抵押的情况下对抵押担保范围有例外限制

20.《北京市农村集体经营性建设用地入市试点不动产登记办法（试行）》（京集试组〔2016〕5号）第2章第2节第1条、第3节第1条；《上海松江试点规定》第24条、第27条；《上海市松江区农村集体经营性建设用地土地增值收益调节金征收使用管理实施条例》第11条、第12条。

依据《农村集体经营性建设用地使用权抵押贷款管理暂行办法》(银监发〔2016〕26号)(以下简称“《抵押贷款管理办法》”),在试点时限内全部试点地区,对符合规划、用途管制、依法取得要求的存量农村集体经营性建设用地可办理抵押贷款。集体经营性建设用地使用权的抵押得到了普遍承认,所选试点区域均制定了单独的抵押贷款规则。²¹但或许是出于特殊目的的考量,《上海松江试点规定》第25条明确要求集体建设用地使用权抵押时所担保的主债权仅限于开发建设该出让地块的贷款,且不得超过合同约定的土地出让价款总额,在事实上限制了集体经营性建设用地使用权抵押的范围。

2.5.3 特定情形下土地所有权人享有收回土地的权利

《土地管理法》第66条允许农村集体经济组织收回土地使用权,²²所有权人行使收回权将直接导致集体经营性建设用地退出流转市场,收回权的存在即是对使用权人权利的限制。所选试点区域中,《上海松江试点规定》第28条规定对期限届满后未成功续期的,集体经济组织可直接收回;《北京大兴试点规定》第79条将不按约定支付土地价款或租金设定为收回情形;《佛山南海试点规定》第21条增设了双方协商一致提前收回的渠道。

2.6 小结

总之,在项目入池阶段,需要关注集体经营性建设用地使用权的来源及流转方式;通过区分首次流转与二次流转,可以注意到二者在流转的实体性条件、程序性条件方面均存在差异;费用支付与否直接影响使用权的取得和流转,是一项潜在的实体性条件;对集体经营性建设用地使用权转让、抵押也存在一些特殊限制条件。

第三部分 在退出阶段,集体经营性建设用地使用权的性质是否会对退出(含底层资产处置)造成障碍?

在CMBS、类REITs业务的退出方式中,可能涉及项目公司股权的转让或者对底层资产的处置,因此需要关注集体经营性建设用地使用权的性质是否会对退出(含底层资产处置)造成障碍?

3.1 集体经营性建设用地使用权人能否处置土地使用权?

21.《关于创新开展农村集体经营性建设用地入市试点融资的意见》京银监发〔2015〕242号、《上海市松江区农村集体经营性建设用地使用权抵押贷款试行管理办法》沪松府规〔2018〕6号、《佛山市南海区农村集体经营性建设用地抵押融资管理试行办法》南府〔2016〕40号。

22.《土地管理法》第66条:有下列情形之一的,农村集体经济组织报经原批准用地的人民政府批准,可以收回土地使用权:

(一)为乡(镇)村公共设施和公益事业建设,需要使用土地的;
(二)不按批准用途使用土地的;
(三)因撤销、迁移等原因而停止使用土地的。

依照前款第(一)项规定收回农民集体所有的土地的,对土地使用权人应当给予适当补偿。
收回集体经营性建设用地使用权,依照双方签订的书面合同办理,法律、行政法规另有规定的除外。



在所选取的试点区域内,集体经营性建设用地使用权人在获得集体经营性建设用地使用权后均可以二次流转的方式处置土地使用权及其上建筑物。《佛山南海试点规定》第11条还特别强调了对使用权人依法使用、转让、出租、抵押建设用地使用权的保护,要求任何集体经济组织、单位或个人均不得非法剥夺和侵害。集体经营性建设使用权人以出租、抵押及各种形式的转让处置其建设用地使用权的,需满足相应的实体性及程序性条件,符合试点区域在使用权、处置权方面的限制性要求,相关内容前文已述及,此处不再赘述。

3.2集体经营性建设用地抵押权人能否处置土地使用权?

3.2.1抵押权人有权处分抵押物并就处分所得优先受偿

依照抵押担保的基本理论,在债务人不履行债务时,抵押权人有权依法处分抵押物,并对处分所得享有优先受偿权。以农村集体经营性建设用地使用权作为抵押物的,该规则同样适用,《佛山南海试点规定》第30条、《上海松江抵押办法》第11条等均有规定。

为增强金融机构参与抵押融资的信心,试点区域尝试构建了多层次的风险防控体系,如《佛山南海抵押办法》第14条规定以公开交易

方式出让转让或法院裁定拍卖的,可委托区镇公共资源交易中心公开交易;对连续两次公开交易不成功的抵押物,第15条提出可以由金融机构申请集体土地整备中心收购或托管;对不能履行债务且抵押财产难以变现的,融资人可依据第4条申请纳入当地中小企业融资风险补偿专项基金进行适当补偿,从而提升了抵押物处置变现的可能性。

3.2.2 抵押物的处置受相应处置方式下流转政策的限制

依照所选地区的政策规定,抵押物的处置可采用协商一致后以协议或公开交易的途径向外转让或出让(以抵押形式入市时)、协商一致后直接折价抵偿、由人民法院拍卖变卖、由土地整备中心收购等选项。上述选项涉及到出让、转让、公开交易、协议交易等流转方式或途径,均需满足相应的实体性条件,符合相应的程序性要求,相关内容前文已述及,不再赘述。

为保护农民集体利益,相关法律规定了土地所有权人的优先购买权。《抵押贷款管理办法》第21条规定,土地所有权人在同等条件下享有使用权优先购买权。《上海松江试点规定》第25条规定,实现抵押权时,土地所有权人在同等条件下享有优先购买权。值得注意的是,以维护农民集体利益为基准点,所有权人优先权还存在于土地流转价格过低、²³转让限制转

让的土地的情形。²⁴

抵押权人的范围构成集体经营性建设用地使用权抵押的隐性限制。可能是出于维护试点政策稳定的需要,所选试点区域均将抵押权人限制为金融机构。值得关注的是,近期发布的《国务院办公厅关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的指导意见》(国办发〔2019〕34号)在明确依法入市的农村集体经营性建设用地使用权转让、出租、抵押可参照本意见执行的同时,已将抵押权人的限制放宽至所有自然人、企业。²⁵

3.3 项目公司(集体经营性建设用地使用权人)的股东能否处置项目公司股权?

除以使用权人、抵押权人的身份直接处置集体经营性建设用地使用权外,以开发利用集体经营性建设用地的项目公司(使用权人)的股东身份处置其股权时,是否会带来间接处置集体经营性建设用地使用权的效果,并受到相应政策的限制,这一问题也需要予以关注。

当通过股权收购的方式获得项目公司(使

23.《上海市松江区农村集体经营性建设用地土地增值收益调节金征收使用管理实施细则》第9条第1款:本区农村集体经营性建设用地入市执行《上海市松江区农村集体经营性建设用地基准地价》,农村集体经营性建设用地入市、再转让价格低于基准地价80%的,土地所有权人有优先购买权。

24.《上海松江试点规定》第26条第1款第2项:营利性教育、医疗、养老等设施用地应由受让人整体持有,不得分割转让;确需整体转让的,应事先经出让人和协调机构同意,或由出让人按照出让合同约定的价格和方式优先回购。

25.《国务院办公厅关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的指导意见》(国办发〔2019〕34号)第13条:放宽对抵押权人的限制。自然人、企业均可作为抵押权人申请以建设用地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权办理不动产抵押相关手续,涉及企业之间债权债务合同的须符合有关法律法规的规定。

用权人)的控制权时,依照《公司法》第105条等的规定,其在事实上取得了处置项目公司资产的权利,即可通过股东会决议的方式处分项目公司掌握的集体经营性建设用地使用权。所选试点地区对这一间接导致建设用地使用权流转的方式也有所关注,《上海松江试点规定》第26条第1项要求工业用地产业项目类和研发总部产业项目类建设用地使用权不得整体或分割转让,建设用地使用权人出资结构、项目公司股权结构不得改变,确需改变应事先经出让人和协商机构同意,或由出让人按照出让合同约定的价格和方式优先回购。

3.4小结

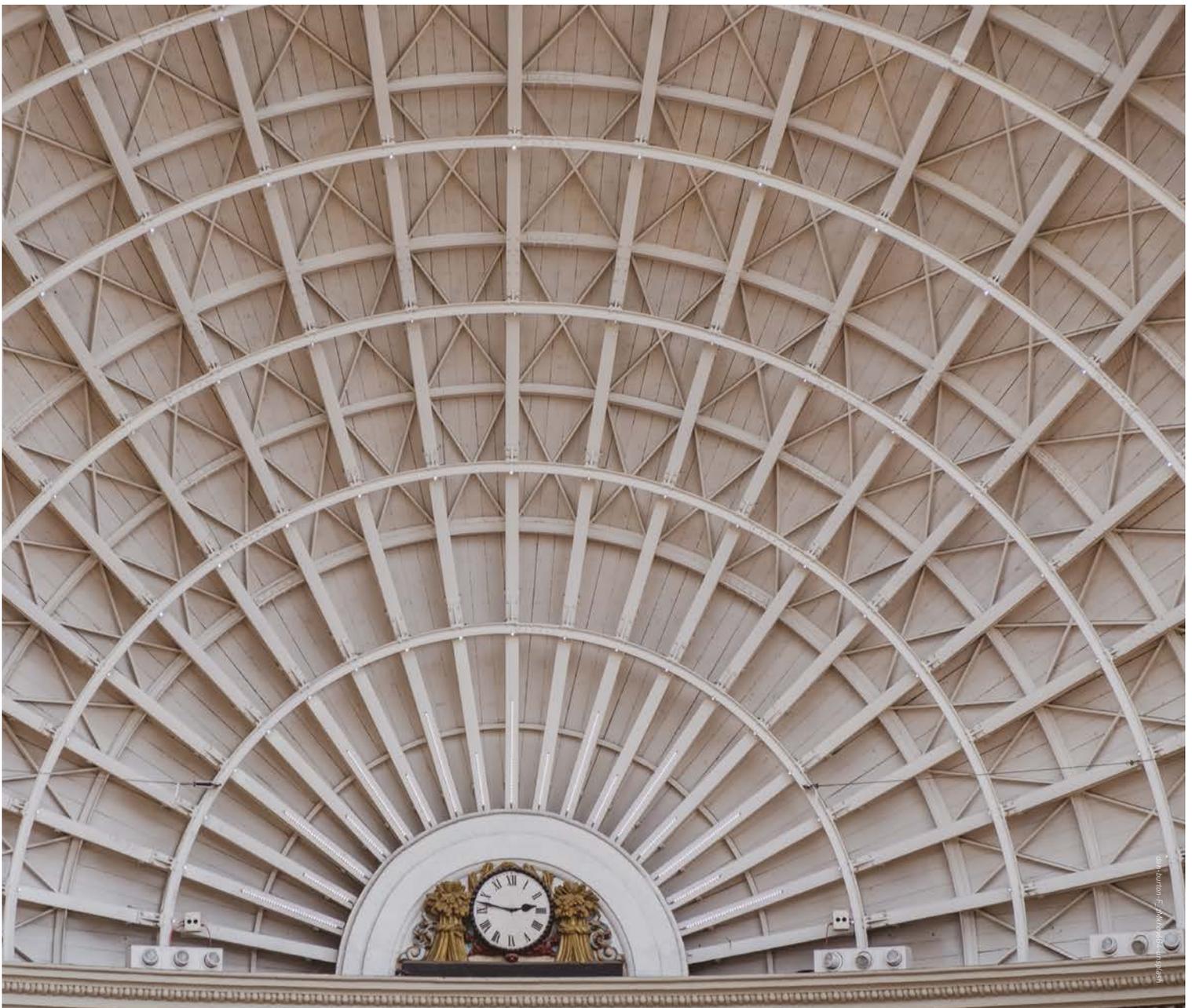
总之,在项目退出阶段,若涉及到基础资产的转让,根据集体经营性建设用地使用权流转的方式和途径,使用权人、抵押权人均需满足相应的实体性及程序性条件,符合试点区域在使用权、处置权方面的限制性要求后,方可处置其使用权或实现其抵押权。而对由于股权转让行为将造成集体土地使用权流转的效果,应特别关注对项目公司(使用权人)的股权处置进行限制的法律规定和合同约定。☐



路竞祎
合伙人
金融部
北京办公室
+86 10 5957 2157
lujingyi@zhonglun.com

土地招拍挂出让设置竞买人限制条件的路径及风险分析

作者：许强、李佳新、穆笛



第一部分\ 土地招拍挂违规设置限制条件的 规制——通过案例的风险提示

为了改变长期以来占据土地供应主导形式的划拨及协议出让模式带来的低效率、土地资源低价流失以及地方政府权力寻租等问题,自进入21世纪以来我国在进一步深化土地有偿供应制度,逐步建立土地储备、闲置土地处置等配套制度的基础上,完善了以招标采购挂牌(简称“招拍挂”)作为具体形式的土地公开出让制度,在土地供应领域全面引入市场机制提升资源配置的效率。而如何保证招拍挂制度的公平、公正和透明度,成为确保这一机制有效运行的关键。

但同时,从实际角度出发,土地作为经济社会发展的重要生产要素,其供应分配往往与区域性的规划定位和产业导向密切相关,地方政府在进行土地公开出让时难免存在一定的顾虑。这种顾虑的背后可能是受让人缺乏开发资质、经营能力、资金实力而导致土地供应后不能及时得到充分开发建设甚至土地闲置的担忧,也可能是片区内未来的开发建设在房地产开发商的逐利本能的驱使下与片区规划和产业定位发生脱节的风险。在此背景下,我们发现我国近几年各地土地出让公告中仍大量存在对参与竞买主体设置限制条件的情况,而其中包含大量

商品住房、商业服务业等经营性用地¹。

而在国家层面对土地出让合规性审查的政策口径日益收紧的情况下,土地招拍挂出让中设置限制性条件违反公平、公正的问题也得到自然资源部(原国土资源部)和地方政府层面的查处和整改,笔者从公开途径中,检索到以下案例:

--我国东南沿海某地因一处商业地块在出让时在公告中要求竞买人具有大型国际知名连锁家具及家居零售商场开发建设经验,而被当地媒体指出“量身定制”给某跨国家具家居连锁企业。随后当地国土资源主管部门发出补充公告,取消原出让公告中的竞买人项目开发经验的要求。

相关链接:

http://m.sohu.com/a/206954896_161207

--我国东南某省会面积达2800亩的地块出让,在公告中对竞买人设置资质、项目业绩等苛刻条件,而通过新闻媒体曝光存在“内定”情况后,被原国土资源部下令整改,当地国土主管部门负责人员被约谈,该地块的出让也被责令暂停交易。

1.笔者从公开途径检索了若干直辖市和省会城市近期的土地出让公告,发现在商品住宅、商业服务业用地的出让公告中仍存在对受让人的资质、注册资本、业界排名、既有经营成果等提出要求的实例,此处不予一一列举。

相关链接：

<http://news.focus.cn/b-j/2013-03-29/905033.html>

<http://www.nbd.com.cn/articles/2010-03-26/271576.html>

--我国东部沿海某省，亦曾就某公共服务设施用地对竞买人资格设置注册地址及经营范围限制，因满足条件的潜在竞买人仅1家，因而被举报违规，之后由出让人修改出让公告。

相关链接：

<http://house.china.com.cn/commercial/view/605698-2.htm>

--我国华北某省在全省范围内开展违规出让土地问题清理专项行动，其中某市开展“一问责八清理”活动，对近两年出让土地进行清理，在政府会议中公开的成果，其中包括对招拍挂过程中设置排他性前置条件的土地11宗进行清理。但具体采用何种整改措施并未公开。

相关链接：

<http://www.hebei.gov.cn/hebei/11937442/10757006/10757077/13533707/index.html>

<http://www.hebei.gov.cn/hebei/11937442/10757006/10757077/13403175/index.html>

[dex.html](#)

以上案例，尽管查处和整改的过程及整改的后果可能存在差异，但无法否认的是，对土地出让的事中事后审查的力度已得到加强，对于出让人、潜在竞买人均提出更高的合规性审查要求，以避免由于合规性瑕疵问题对土地出让进程带来不确定性，对项目投资开发建设带来不必要的风险。

第二部分\ 土地招拍挂出让制度下设置竞买人限制条件的合规性考察

我国法律法规及政策角度上，对土地出让设置竞买人限制条件问题的处理，从一定程度上也反映出了上述两种不同视角的交叉。

我国现行《城市房地产管理法》在第十二条中规定出让人在设置土地出让方案时，可设置“出让地块的规划及其他条件”，将方案报批后实施。

原国土资源部《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（国土资源部令第39号，2007年施行，简称“《招拍挂规定》”）中，也规定了招拍挂公告中可包括“投标人、竞买人的资格要求”（第九条）。

从以上规定上看,土地招拍挂出让中,作为出让人的地方国土资源主管部门可在一定程度上对出让地块及竞买人、投标人设置条件、提出一定资格要求。但就具体条件/要求的具体范围,却并未进一步规定。

但同时,为避免土地出让中设置的限制条件在客观上起到排除市场竞争的效果,《招拍挂规定》中在第十一条第二款规定了“出让人在招标采购挂牌出让公告中不得设定影响公平、公

正竞争的限制条件。”

由于国家层面的规定对如何认定“影响公平、公正”缺乏统一标准,违规设置限制条件的法律后果亦未得到明确,各地方政府及职能部门先后出台了规范性文件对这一事项进一步细化和明确。

以下就我国部分地方政府出台的规范性文件中对于这一原则的阐释进行摘选和列举,从规则层面着手进行考察。

地区	相关规定 (摘选)
青海省	<p>青海省人民政府在2014年出台的《关于进一步加强经营性建设用地招标采购挂牌出让管理的意见》(青政[2014]79号)中明确“禁止‘量身定制’”,规定“禁止违规设定前置条件。在经营性建设用地出让中,各地不得违反规定,在出让方案、出让公告以及相关出让文件中,设定准入许可、竞买人资质限定等影响公平公正竞争的限制条件,以及其他具有排他性的前置条件。土地出让公告发布后,不得在竞买须知或其他相关文件中加设排他性条款。”</p>
福建省	<p>福建省国土资源厅于2017年印发《关于进一步规范经营性土地使用权拍卖挂牌出让工作的通知》,其中明确“严禁设置排他性条件”。此前2014年,该厅已发布《关于建立实施经营性房地产用地出让公告审查制度的通知》(闽国土资综[2014]169号),就商品住宅及其他经营性用地通过挂牌方式出让等情形要求报上级国土资源管理部门审查土地出让公告方案。</p> <p>《通知》中明确,以下情形属于“违规设定竞买前置条件”:①竞买人既有经营业绩要求;②竞买人既有建筑规模业绩要求;③竞买人行业排名要求;④引进特定品牌要求;⑤竞买人特定企业性质要求;⑥其他排他性要求。与此同时,明确了以下情形不属于“违规设定前置或后置条件”:①要求竞买人必须为法人或其他组织;②需缴纳保证金;③竞得后在本地注册项目公司;④竞得后在本地纳税达到一定数额;⑤建设目标标准及规模、业态要求;⑥投入产出及集约节约用地要求;⑦其他法律法规规章或上位政策规定允许的条件。</p>

地区	相关规定（摘选）
浙江省宁波市	浙江省宁波市在2016年印发的《宁波市人民政府关于加强土地出让管理工作的通知》(甬政发[2016]6号)则明确规定“(土地出让方案)不得以事先的会议纪要、签订的投资或招商协议等为依据量身定制”，“对包含商品住宅用地的出让土地不得设置任何前置条件，其他各类经营性用地出让严禁违法违规设定准入要求、竞买人资质等具有排他性或唯一性的影响公平、公正竞争的前置条件。对包含商品住宅用途的出让土地不得设置规划条件以外的开发建设要求，其他各类经营性用地可根据经济转型、产业升级、节约集约要求设置产业类型、投入产出、生产技术等开发建设要求。”
河北省保定市	河北省保定市在2016年印发的《保定市人民政府关于进一步规范和加强主城区土地出让管理工作的意见》(保政发[2016]28号)中规定“对商服、居住等经营性用地出让，不得设置具有排他性和唯一性的影响公平、公正竞争的前置条件”，“各级各有关部门不得通过会议纪要、招商谈判、协商协议等形式，在经营性土地出让前确定开发业主、用地面积、土地价格等事项。”
云南省昆明市	云南省昆明市则在今年印发的《昆明市人民政府关于进一步规范和加强土地出让管理的规定》(昆政发[2019]8号)也作出了类似的规定，并明确“工业、商业综合体、高档酒店、高端商务办公等项目用地，在不排斥多个市场竞争主体、确保公平公正前提下，可结合产业特点、规划建设、管理营运等要求合理设置土地出让条件。其他项目一律不得违规设定以下排他性条件”，就“其他项目”违规设置排他条件，规定中列举了“注册资金、开发资质、经营业绩、资产规模；持有或已建成项目规模或标准；行业排名；特定准入证明文件或者资格审查文件；企业性质；其他限制条件。”

结合以上规定，以及第一部分所述案例，我们初步归纳出以下原则：

--对于拟出让地块设置的条件，包括规划指标、未来拟建设项目的定位、投资强度、业态等要求，由于该等条件适用于所有潜在竞买人，通常不会被认为起到影响公平、公正竞争的作

用而被允许；

--而对于竞买人(投标人)而言，除要求不得存在违法违规记录等消极条件外，原则上不应设置任何其他条件进行限制，尤其对于商品住宅、商业服务业等经营性用地；

--对于政策特别扶持的特定产业或领域

(总部经济、城市更新、轨道交通综合开发等), 出于宏观经济建设的需求, 通过土地供应政策提供倾向性支持, 出让人可适当对竞买人提出区别于一般经营性用地的更高要求。

第三部分\ 进一步考察违规设置竞买人限制条件的处理机制

1. 通过行政手段的事中事后监督

目前, 我国部分地方层面就土地出让程序中违规设置影响公平、公正的限制条件行为通过出台政策进一步规范, 而该等政策文件中对于违规设置限制条件的处理, 大多并未作出具体规定。明确违规行为处理机制的个别文件中, 责任追究也主要体现为对相关负责人的行政责任追究。

根据上文福建省层面的《关于进一步规范经营性土地使用权拍卖挂牌出让工作的通知》、《关于建立实施经营性房地产用地出让公告审查制度的通知》等文件中的规定, 违规设置土地出让条件的, 土地出让公告将无法通过上级部门的审查并会得到整改的反馈意见, 如果在土地使用权拍卖挂牌出让中恶意排斥竞争等不正当行为的, 省国土资源主管部门将提请相关部门严厉追究主管部门及有关人员的责任。而根

据上文列举的河北省保定市、云南省昆明市层面的规定, 对于违规土地出让行为的追责也体现为对负责人的问责形式。

也有例外, 例如宁波市层面则明确规定了撤销公告、限期整改的事前纠错机制。《宁波市人民政府关于加强土地出让管理工作的通知》, “市国土资源局……对发现‘设置竞买条件’等违法违规出让土地的, 要及时责令撤销公告, 限期整改到位。”

除此以外我们发现, 若干地方政府根据上级党政机关巡视整改要求曾提出整改方案², 其中包括针对土地出让违规设置限制条件(涉嫌“定向出让”)的行为进行的整改。但该等整改方案中并未体现具体整改措施, 而是仅仅停留在设置整改机制(安排负责机构及领导、制定政策)的层面。

另外, 如我们在第一部分检索的实例, 除了地方政府层面的自我审查之外, 第三人(例如因土地出让设置限制条件而无法参与竞买的主体)在实践中还有可能通过向上级政府部门的投诉或举报, 或通过媒体曝光, 推动违规设置限制条件的土地出让行为得到整改。

2. 湖北省荆门市沙洋县 (http://www.shayang.gov.cn/syzwgk/syzfxgkzl/syzfw-j/201510/t20151015_729299.shtml)、浙江省嘉兴市海宁市 (<http://www.zjsjw.gov.cn/ch112/system/2015/11/20/019941572.shtml>)、安徽省六安市霍邱县 (<http://www.ahjjc.gov.cn/p/73034.html>) 等, 以上公开信息最后网页访问时间为2019年10月17日。

2. 利害关系人诉诸行政诉讼主张土地出让违法

除地方政府层面的主动处理机制以及利害关系人通过行政投诉举报推动的查处和整改之外,作为事后处理机制,利害关系人还有可能通过行政诉讼手段就土地出让结果存在违法情形、损害其合法权益为由请求人民法院确认违法、撤销具体行政行为³。然而在实践中,利害关系人采用行政诉讼形式寻求救济的实例却并不多见。我们从公开案例中检索到的由于土地出让违规设置限制条件,而被起诉确认违法案例则更为罕见⁴。

与此同时在若干相关案例中,法院仅通过形式审查判断土地出让公告中设置的限制条件是否会导致排除竞争的结果发生,进而认定所设置的条件是否影响公平、公正。例如,郴州市中级人民法院在(2014)郴行终字第49号二审行政判决书中,即以要求竞买人事先与地方政府签订学校捐献协议的土地出让公告要求“是对不特定竞买人共同设定”为由,未认定该要求属于影响公平、公正的情形。

再例如,广东省高级人民法院(2012)粤高法审监行再字第8号再审行政判决书中,人民法院对土地出让公告中要求竞买主体为本地(镇)注册登记,且注册资金不少于4000万元,且属于生产塑料制品的独立企业法人的要求,认为

该等限制条件符合工业用地出让设置竞买人资格条件的政策,而且被告举证证明符合该要求的主体存在三个以上为由,认为并不属于“设定影响公平、公正竞争的限制条件”。深圳市宝安区人民法院(2013)深宝法行初字第222号一审行政判决书中的认定也同样以限制条件的设置符合当地招商引资政策文件、存在多个符合条件的潜在竞买主体为理由未认定所设置条件“影响公平、公正”。

尽管实践中利害关系人通过诉讼手段主张特定土地出让行为存在设置违反公平公正竞争的限制条件而要求法院确认违法或撤销,并得到支持的案例十分少见,考虑到部分地方政府在政策文件中对“违规设置限制条件”具体规定的详细程度不同、不同地方司法机关对如何认定“影响公平、公正”的司法裁量尺度不一,如果在司法实践中因违规设置限制条件的土地出让行为通过行政诉讼被确认违法的,理论上仍存在被依法判决撤销具体行政行为的可能性⁵。

3. 最高人民法院行政审判庭在《关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复》([2010]行他字第191号)中明确“土地行政主管部门通过拍卖出让国有建设用地使用权,与竞得人签署成交确认书的行为,属于具体行政行为。当事人不服提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理。”

4. 例如,由重庆市第五中级人民法院作出的(2014)渝五中法行终字第00166号二审行政判决书中,由于涉案土地出让人违规将原本属于后置审批手续的市场准入作为前置性资格审查条件进行设置,被法院确认违法。

5. 主张撤销具体行政行为(土地出让结果)的,还应注意是否涉及《行政诉讼法》第七十四条规定的“确认违法,但不撤销行政行为”的情形。包括“撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的”“程序轻微违法,但对原告权利不产生实际影响”的情形。该等规定从内容上仍存在较为原则性,司法实践中对人民法院的自由裁量空间的赋予程度较高。

第四部分\ 延伸：土地出让设置限制条件的合 规路径考察

如前文所述，由于我国国家层面并未对“不得违规设置影响公平、公正竞争的限制条件”这一原则制定具体、可操作性的认定标准，在实践操作中对于土地出让所设置限制条件的合规性审查较多依赖于地方政府的政策口径。又如上文中所述，对于具有特定经济形态，例如工业、

商业综合体、高端商务办公等项目的土地供应，从产业发展、管理运营、规划设计等内在需求，从地方规范性文件的政策口径上已认可设置一定的限制条件(当然，不得导致排他性、唯一性的结果)的操作模式。实际上，我国各地在涉及特定产业发展扶持、城市低效用地开发利用等领域也制定了不同程度的土地供应特殊政策，以下就部分特殊政策进行举例和梳理，就土地出让设置限制条件的合规路径进行实证考察。

特定领域	相关地方层面土地供应政策（摘选）
城市更新/低效用地再开发(涉及历史风貌保护项目)	<p>上海市规划和国土资源管理局关于印发《上海市城市更新规划土地实施细则》的通知(沪规土资详[2017]693号)</p> <p>“第三十四条 风貌保护项目的土地供应支持政策。经认定的历史风貌保护实施项目，所用土地可以按照保护更新模式，采取带方案招拍挂、定向挂牌、存量补地价等差别化土地供应方式，带保护保留建筑出让。”</p> <p>南京市人民政府办公厅关于深入推进城镇低效用地再开发工作实施意见(试行)(宁政办发[2019]30号)</p> <p>“旧城改造地块和涉及历史建筑、工业遗存保护的项目，可以采取带保护方案公开招拍挂、定向挂牌、组合出让等差别化土地供应方式。”</p>
城市轨道交通综合开发	<p>杭州市人民政府办公厅关于印发杭州市城市轨道交通地上地下空间综合开发土地供应实施办法的通知(杭政办函[2018]82号)</p> <p>“三、新建地铁场站需实施综合开发利用的，分别采取以下方式供地……(三)不具备单独规划建设条件的经营性地上空间，可带技术能力要求、建筑设计方案、场站施工方案等条件以招标拍卖挂牌(以下简称招拍挂)方式公开出让。土地供应时，可将轨道交通线路建设及运营的技术能力纳入竞买人(投标人)资格要求。”</p> <p>广州市人民政府办公厅关于印发广州市轨道交通场站综合体建设及周边土地综合开发实施细则(试行)的通知(穗府办规[2017]3号)</p>

特定领域	相关地方层面土地供应政策（摘选）
	<p>第二十一条 轨道交通场站综合体土地供应可结合地块实际,按照“一体规划、同步建设、统一供应”的思路,根据投资类别分为三种模式……(三)社会投资类。适用于具备较好开发条件的站点或车辆基地,采取带轨道交通站场综合体概念方案公开出让方式。出让方案须包括轨道交通设施建设。轨道交通投资建设主体对该类土地提出的开发时序、技术措施等涉及轨道交通设施保护和施工影响的要求,应当作为土地出让的必要条件。</p> <p>第二十二条 轨道交通场站综合体建设用地区和周边土地综合开发用地可视情况联动供应,统一建设开发,由土地使用权取得者负责轨道交通设施建设及综合开发。</p>
总部经济	<p>深圳市人民政府关于印发《总部项目遴选及用地供应管理办法》的通知(深府规[2018]1号)</p> <p>“项目牵头单位(行业主管部门)……拟定总部项目遴选方案及产业发展监管协议,设置竞买资格条件,报市遴选小组办公室汇总。总部项目遴选方案应当包括以下内容:……(三)实缴注册资本、控股母公司总资产、上年度的产值规模(营业收入)及行程地方财力、次年或者特定年期内产值规模(营业收入)及形成地方财力承诺额等”“(公示期满后)总部项目遴选方案、产业发展监管协议连同竞买资格条件一并转区政府组织用地出让”“资格审查应当以经市遴选小组审定的遴选方案、产业发展监管协议及竞买资格条件为依据。”</p>
高精尖产业	<p>北京市东城区人民政府印发《中关村东城园构建高精尖产业用地管理办法》的通知(东政发[2018]45号)</p> <p>“五、供地前置条件(一)申请主体收入应能计入中关村东城园。(二)申请企业必须达到单位面积营业收入、人均营业收入、单位面积全口径税收、单位面积区级税收……万元GDP能耗等中关村东城园产业准入量化指标要求。”</p>
旅游产业	<p>桂林市人民政府关于印发《桂林市旅游产业用地管理办法(试行)》的通知(市政规[2019]4号)</p> <p>“第二十三条 将旅游产业类型、产业标准、环保设施建设、建筑材料使用、建筑风格协调等要求作为土地供应前置条件的,市、县两级自然资源主管部门应当与提出前置条件的部门协商,书面明确相关内容(设置土地供应前置条件的理由或必要性、具体内容及条件履约监管主体、监管措施、违约处理方式等)。”</p>

除上文中部分列举的特定产业形态及特定领域的土地供应地方政策从产业发展、运营管理的角度允许设置一定的限制条件之外,国家和地方层面还从开发建设及运营管理的连贯性要求出发,就项目前期投资开发(包括但不限于涉及的土地整理、基础设施建设等)主体与后续二级开发主体的遴选,提供了将前期投资开发主体的选择与后续项目用地供应中的招拍挂一并进行的政策空间⁶。而且就部分产业用地而言,我国正在逐步推广弹性出让、先租后让/租让结合的土地供应模式,在该模式下,将土地租赁与后续出让中的招拍挂程序一并实施亦属常见的操作模式。⁷该等特殊政策下的操作模式,也在一定程度上使得参与项目前期投资建设的主体在取得项目用地时具备了天然的优势地位。

6.原国土资源部办公厅印发的《产业用地政策实施工作指引》(国土资厅发[2016]38号)中明确“下列情形可通过竞争方式确定项目投资主体和用地者的环节合并实施:(一)采用政府和社会资本合作方式实施项目建设时,相关用地需要有偿使用的;(二)通过招标方式确定新建铁路项目投资主体和土地综合开发权中标人的;(三)政府将收回和征收的历史遗留损毁土地复垦并用于旅游项目建设的。”《贵阳市加快城市“三变”改革推进棚户区城中村改造实施方案(试行)》(筑府发[2017]29号)则明确“土地使用权一次性招标方案”,规定“对纳入省、市棚户区城中村改造计划的项目,经市人民政府批准,可将棚户区城中村改造项目及拟改造项目土地的使用权通过一次性招拍挂方式确定”。

7.国家层面,原国土资源部、发展改革委等六部门《关于支持新产业新业态发展促进大众创业万众创新用地的意见》(国土资规[2015]5号)中明确“以先租后让等方式供应土地涉及招拍挂挂牌的,招拍挂挂牌程序也可在租赁供应时实施,租赁期满符合条件的可转为出让土地。”地方层面,《合肥市人民政府关于印发合肥市加强土地管理进一步做好节约集约用地工作意见的通知》(合政[2014]31号)中规定“租后让的,应先确定租赁期(5年)、建设周期、税收、就业等相关条件,经市土地管理委员会批准,一次性履行招拍挂程序。”



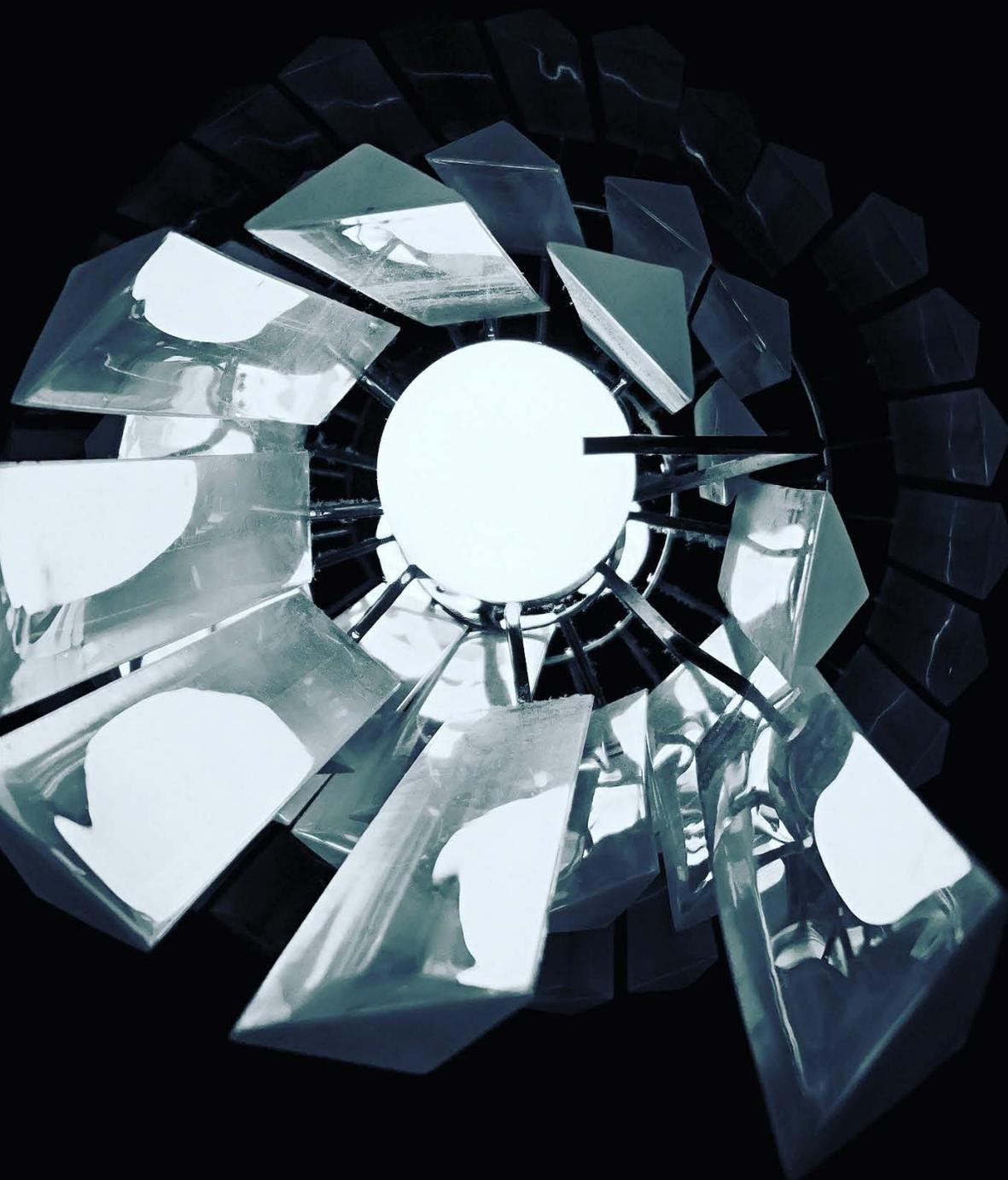
穆聃
合伙人
房地产和基础设施部
北京办公室
+86 10 5957 2160
musong@zhonglun.com



李佳新
非权益合伙人
房地产和基础设施部
北京办公室
+86 10 5957 2139
lijiaxin@zhonglun.com



中伦研究院出品



laurent-b_pA5RUGRPvg-unsplash

特别声明:以上所刊登的文章仅代表作者本人观点,不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权,不得转载或使用该等文章中的任何内容,含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨,欢迎与本所联系。

www.zhonglun.com.cn