

NEWSLETTER 中 伦 律 师 事 务 所 深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

一文读懂集体土地入市的实践操作 001 /

——以新修订的《土地管理法》、《城市房地产管理法》及此前全国33个试点区域改革经验为基础

预料不到的技术效果 011 /
在医药化学专利创造性判定中的适用

标准化票据=票据ABN? 020 /
标准化票据的法律解析

如何规范国有企业员工持股平台 029 /

外商投资安全审查2.0时代即将到来? 037 /

一文读懂集体土地入市 的实践操作

——以新修订的《土地管理法》、《城市房地产管理法》
及此前全国33个试点区域改革经验为基础

作者：乔文骏、周喆豪、吴轶



image by thomasfrougalt-unsplash

2019年8月26日，第十三届全国人大常委会第十二次会议表决通过关于修改《中华人民共和国土地管理法》（“《土地管理法》”）、《中华人民共和国城市房地产管理法》（“《城市房地产管理法》”）的决定，修订后的两部法律将于2020年1月1日起施行。总体而言，本次修订在总结此前全国范围内33个试点区域农村土地制度改革经验的基础上，将党中央的有关决策和试点成功经验上升为法律。其中，允许集体经营性建设用地入市可以说是此次土地管理法修改的最大亮点之一，其从根本上扫除了原有集体建设用地需依法转为国有土地后才可作为经营性建设用地入市出让的法律障碍。

具体而言，新修订的《土地管理法》删除了从事非农业建设必须使用国有土地或者将原集体土地征为国有的规定，增加规定了集体经营性建设用地在满足一定条件的情况下，可以通过出让、出租等方式交由农村集体经济组织以外的单位或个人直接使用，同时使用者在取得集体经营性建设用地之后还可以通过转让、互换、出资或抵押等方式进行再次转让或融资。此外，由于《土地管理法》的上述调整，本次修订也对《城市房地产管理法》中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一并作出修改。

根据本次修订的《土地管理法》，集体经营性建设用地的出租，集体建设用地使用权的出让及其最高年限、转让、互换、出资、赠与、抵押等，参照同类用途的国有建设用地执行，具体细则办法将由国务院制定。考虑到本次修订前，农村土地制度改革已有的33个试点地区已经从法

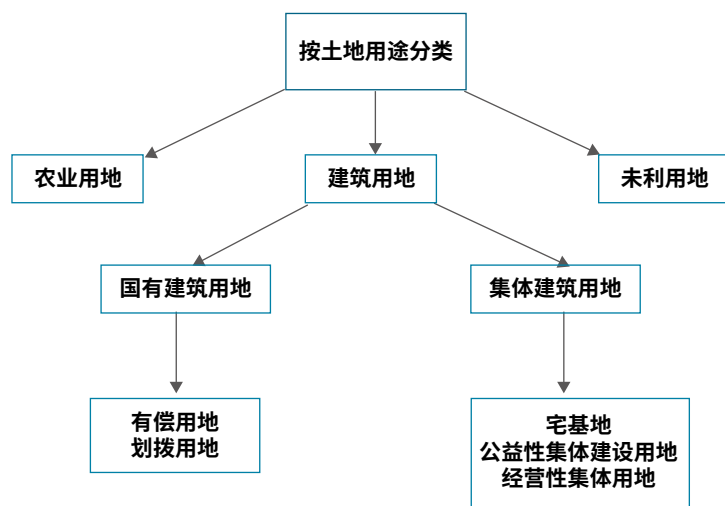
规和实践的角度进行了有益探索，我们有理由相信与本次《土地管理法》修订所衔接的配套规定将充分考虑和借鉴此前各个试点地区的成功经验¹。因此，本文在此次修订的《土地管理法》、《城市房地产管理法》及此前全国33个试点区域改革政策和实践经验的基础之上抛砖引玉，针对集体经营性建设用地入市所可能会涉及的模式、条件、流程等重要问题予以讨论。

第一部分\ 集体建设用地和集体经营性建设 用地的概念划分

根据相关法律法规所确定的原则，从土地用途的角度，农村集体建设用地可以分为三大类，即：宅基地、公益性公共设施用地和经营性

1.我们此前已从实践和司法规定的角度对33个试点地区农村土地制度改革的实践经验进行了全面的总结和分析，本文后附了一些具有代表性地区的实践经验汇总，供参阅。

用地(如下表所示)。集体经营性建设用地仅作为集体建设用地的一种,不能与集体建设用地混同。应当注意的是,本次《土地管理法》修订所针对允许入市的地块仅限于集体经营性建设用地,并没有放开宅基地以及集体所有的公益性公共设施用地全面入市的路径。



十七届三中全会《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》对“农村集体经营性建设用地”这一概念表述为:“在土地利用规划确定的城镇建设用地范围外,经批准占用农村集体土地建设非公益性项目,允许农民依法通过多种方式参与开发经营并保障农民合法权益。逐步建立城乡统一的建设用地市场,对依法取得的农村集体经营性建设用地,必须通过统一有形的土地市场、以公开规范的方式转让土地使用权,在符合规划的前提下与国有土地

享有平等权益。”而根据《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)的规定,农村集体经营性建设用地是指存量农村集体建设用地中,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土地。本次修订的《土地管理法》将“集体经营性建设用地”正式写入法律,既排除了宅基地的直接入市(但是,我们认为,现有的法律表述允许宅基地和集体公益性建设用地可以在农民自愿前提下,依法通过有偿收回的方式转变为集体经营性建设用地入市),也再次强调了集体所有建设用地入市不能用于自有自用住宅用途这一原则。

第二部分\ 集体土地流转与集体经营性建设用地入市的概念划分

值得注意的是,在本次《土地管理法》修订之前经常提及的集体土地流转这一概念,我们认为应当与本次修订所提出的集体经营性建设用地入市有所区别。集体土地流转是一个较为广义上的概念,虽包括了集体经营性建设用地入市,但同时亦包括了宅基地流转、集体土地经营权的转让、转包和互换等多种流转模式。而集体经营性建设用地入市限于在符合一定前置程

序和条件的情况下,土地所有权人可以通过出让、出租等方式将集体经营性建设用地交由单位或者个人使用,不再需要先征收为国有后才能出让。

第三部分\ 集体经营性建设用地入市的主体——“谁来入市”

(1) 土地所有权人

毋庸置疑,入市的法定主体是集体经营性建设用地的所有权人。根据相关法律法规所确立的原则,集体经营性建设用地的所有权主要存在三种情形,分别为乡镇农民集体所有、村农民集体所有及村民小组农民集体所有;相对应的入市主体即为乡镇农民集体、村农民集体和村民小组农民集体。

为保障农民集体对集体经营性建设用地的合法权益,本次《土地管理法》的修订特别强调了集体经营性建设用地在入市前须取得本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意。因此,如何确定相关的决策流程,如何通过制度设计切实保障农民成员的知情权、参与权和表决权就变得至关重要。

以北京市大兴区、天津市蓟州区等试点地区的经验为例,多数试点地区都明确了土地属于镇农民集体所有的,由镇农村集体经济组织具体代表集体行使所有权;属于村集体农民集体所有的,由村集体经济组织具体代表集体行使所有权;属于村内两个以上农村集体经济组织的,由村内各该农村集体经济组织具体代表集体行使所有权。并且入市程序基本都会要求到会成员占应到会成员的三分之二以上,且通过人数达到应到会成员的三分之二以上方有效;集体经营性建设用地属镇乡集体经济组织的,入市事项须经镇乡党政层面决定。



(2) 土地使用权人

新修订的《土地管理法》也明确了对于已经入市的集体经营性建设用地,允许其使用权人以转让、互换、出资、赠与或者抵押等方式再次入市流转。因此,对于该等再次入市的模式而言,其入市主体即为已经取得集体经营性建设用地使用权的使用权人。

第四部分 集体经营性建设用地入市的前置条件和用途管制——“哪些地允许入市”

(1) 集体经营性建设用地入市的前置条件

根据本次修订的《土地管理法》,拟通过出让、出租等方式入市的集体经营性建设用地须至少满足以下前置条件:

-拟入市的土地应当是经过土地利用总体规划、城乡规划所确定为工业、商业等经营性用途(我们理解亦包括仓储物流、办公、租赁用房等用途),且需在每年的土地利用年度计划中作出安排。具体而言,针对用途不符合上述规定的集体土地,要实现入市的目的,必须遵循《土地管理法》及《城乡规划法》等法律法规中关于规划修改的规定(包括通过评估、听证等流程,且经原审批机关批准通过),在完成相关规划修改之后,方

能改变土地用途,在取得用地规划条件之后入市。而自2019年起,全国范围内已开始推行建立“多规合一”的国土空间规划体系,各地不再新编和报批主体功能区规划、土地利用总体规划、城镇体系规划、城市(镇)总体规划;已批准的规划期至2020年后的省级国土规划、城镇体系规划、主体功能区规划,城市(镇)总体规划要将既有规划成果融入新编制的同级国土空间规划中。因此,在新修订的《土地管理法》于2020年1月1日实施后,拟入市集体经营性建设用地的用途将主要参照新编制的国土空间规划(或在国土空间规划未重新编制的情况下参照原有的相关规划依据)。

-拟入市的集体经营性建设用地应经依法登记。在2010年《关于加快推进农村集体土地确权登记发证工作的通知》颁布后,对集体土地的登记发证工作已经在逐步推进之中。但是,应当看到的是,受全国各地条件的限制,农村集体土地确权登记发证工作总体滞后,有的地区登记发证率还很低,已颁证的农村集体土地所有权大部分只确权登记到行政村农民集体一级,没有确认到每一个具有所有权的农民集体。因此,对于拟入市的集体经营性建设用地而言,需要尽快完成不动产登记发证工作。

-拟入市的集体经营性建设用地通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用,应当签订

书面合同。合同中应当载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土地用途、规划条件和双方其他权利义务。

-集体经营性建设用地出让、出租等，应当经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意。如我们此前所分析的，会议组织形式和议事程序都有待于进一步明确和细化。

(2) 集体经营性建设用地入市的用途管制

虽然本次《土地管理法》修订仅允许工业、商业等经营性用途的集体经营性建设用地入市，并未明确涉及住宅类用途，但我们相信其势必会对我国目前土地供给情况带来影响和改变。特别是对于**工业厂房项目、仓储物流项目、商业及办公楼等项目**，相应的土地供应模式可以说是拓宽了，部分开发商可根据其拟开发建设业态的内在商业需要选择集体经营性建设用地替代国有土地，不仅可以适当降低拿地成本，在一定程度上也可缓解目前部分用途土地供给紧缺的现状。

此外，在本次《土地管理法》修订前，原国土资源部会同住建部于2017年8月确定了首批13个城市试点开展利用集体建设用地建设租赁住房，随后，自然资源部、住房和城乡建设部亦于今年年初联合公布《关于福州等5个城市利用集

体建设用地建设租赁住房试点实施方案意见的函》，原则同意福州、南昌、青岛、海口、贵阳5个城市利用集体建设用地建设租赁住房试点实施方案。因此，我们认为集体经营性建设用地入市用作租赁住房用途这一操作在现有的政策框架下依然会延续，有关全国范围内的配套规定相信也会尽快出台。

第五部分\

集体经营性建设用地入市的具体程序——“如何入市”

(1) 定价方式

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出，在符合规划和用途管制前提下，允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实行与国有土地同等入市、同权同价。而此前很多试点地区均提出了**与国有建设用地“同等入市、同权同价”的原则**。因此，我们相信今后集体经营性建设用地入市将会参照同等用途和地理位置的国有土地相应定价。不过，在**协议出让的情况下，协议出让的条件是否可以在基准地价的基础上上下浮动，仍有待于进一步明确和细化**。比如佛山市南海区就规定“原则上不得低于基准地价(基准租金)的70%；因特殊原因低于70%的，需要提供相应证明材料。”

(2) 交易平台

此前多个试点地区均明确农村集体经营性建设用地须和国有土地一样，通过当地公开的土地交易中心、公共资源交易中心等平台入市交易，成交后相关的成交确认书、合同应还经相关的国土资源部门书面鉴证盖章或备案。因此，结合本次集体经营性建设用地入市的契机，若能与国有建设用地使用同一交易平台入市或者搭建独立的集体经营性建设用地入市交易平台，将能有效避免集体建设用地的自发、无序流转，从而进一步避免集体和农民的利益受到损害。

(3) 入市方式

依照此前广西、重庆、四川等试点经验，农村集体经营性建设用地出让方式均参照国有建设用地的出让方式，经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的均应当以招标、拍卖或者挂牌方式公开。而本次修订的《土地管理法》也提出了集体建设用地使用权的出让参照同类用途的国有建设用地执行。因此，我们有理由相信集体经营性建设用地最终也会参照国有经营性用地主要以公开招拍挂作为出让和入市的方式，但不排除在符合一定条件的情况下采用协议方式出让。此外，若采取出租、抵押等方式入市的，我们理解也应当充分考虑采取协议方式的客观必要性。

(4) 后续处分方式

根据本次修订的《土地管理法》，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、行政法规另有规定或者土地所有权人、土地使用权人签订的书面合同另有约定的除外。**因此，在参与入市交易之时，投资人应充分注意合同中对于集体经营性建设用地使用权后续处置的约定，以及对于使用权人自身资质的约定。**

第六部分\ 收益分配——“入市收益归谁”

毋庸置疑，集体经营性建设用地入市后会带来巨大收益，收益如何分配关系到“农民利益不受损”这项法律原则和底线。集体经营性建设用地入市的收益分配应当主要处理和理顺三个层次的关系，即“国家与集体之间怎么分、不同集体之间怎么分以及集体与个体之间怎么分”。根据我们对此前33个试点区域操作模式的汇总，很多地方都提出了土地增值收益调节金的模式，也就是说在“谁所有、谁收益”的原则下，政府根据其此前公共基础的投入征收一定比例的土地增值收益调节金(可根据土地用途、地理区域等设定不同比例)，其后再由集体经济组织留存一定比例(根据不同类型的集体经济组织制



定不同的留存比例), 剩余部分在农村集体经济成员之间公平分配。而在土地增值税法也在同步改革的情况下, 是否采取税费结合的方式仍有待于相关政府部门的进一步明确。

第七部分 “小产权房”问题

关于普遍关注的农民集体以外的个人或单位购买小产权房问题, 本次《土地管理法》修订并未直接提及。我们理解, 就商办类的小产权房而言, 有希望按新修订的《土地管理法》通过合法程序转为合法; 但是住宅小产权房还是无法转正, 购买合同本身的法律效力也存在一定瑕疵。

整体而言, 此次《土地管理法》的修改, 在集体经营性建设用地入市等方面取得重大突破,

对促进农业生产的持续增长, 实现农民生活的持续改善、维护社会和谐稳定、促进资源永续利用和农业可持续发展有着重要意义。我们注意到, 2019年5月5日的《中共中央国务院关于建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系的意见》中, 提出了“建立集体经营性建设用地入市制度”并对一些入市制度所涉及的具体内容进行了阐述。我们理解, 针对该等意见提出的改革方向, 仍有一些问题亟待解决, 例如: **如何推进集体经营性建设用地使用权和地上建筑物所有权房地一体、分割转让? 是否允许就地入市或异地调整入市? 如何推动城中村、城边村、村级工业园等可连片开发区域土地入市? 如何将废弃的集体公益性用地转化为集体经营性建设用地?**我们相信相关入市制度的法律法规及配套规定今后仍有进一步修订调整的空间。

如前所述, 我们以此前33个试点区域改革经验以及本次修订的《土地管理法》及《城市房地产管理法》为基础, 对于集体经营性建设用地入市实践中可能涉及的主要问题予以探讨和展望, 相信在国家相关部门出台相应的规定后, 会对值得重点关注的问题进一步明确和细化。**希望通过集体经营性建设用地入市, 在全国各地以“乡村综合体”等形式为载体探索出丰富的新产业业态, 从文化旅游、亲子度假、运动、养老健康、餐饮等多个方面为房地产企业及投资者转**

变经营模式、拓展开发市场提供新的机遇。

附:有代表性的几个试点地区历史上主要集体经营性建设用地入市实践经验总结²

2.主要针对试点区域历史上曾经已颁布的规定予以整理,考虑到试点期限以及新修订土地管理法的出台,各地相关规定可能存在失效、续期,更新的可能。

试点地区	整体特点	历史上的主要经验成果
浙江省德清县	农村集体经营性建设用地的全国首宗入市和首笔抵押,部分试点经验已被自然资源部吸纳	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 村级经济组织全面完成股份制改革 ➢ 乡镇集体土地由乡镇资产经营公司等全资下属公司或其代理人实施入市,村集体由村股份经济合作社实施入市,村民小组可委托村股份经济合作社等代理人实施入市 ➢ 全县存量集体经营性建设用地梳理登记 ➢ 与国有土地统一纳入县公共资源交易中心管理 ➢ 与国有土地“同权同价” ➢ 城乡统一的建设用地基准地价和租金体系 ➢ 城乡统一的交易规则 ➢ 城乡统一的登记管理
北京市大兴区	镇级统筹模式,允许与国企共同联合开发集体租赁住房,建立土地增值收益调节金制度	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 可用于符合首都功能定位的商业、旅游、服务业等二、三产业,可用于发展养老产业 ➢ 镇域内各村集体经济组织以入股的方式成立具有独立法人资格的镇级土地股份合作社或联营公司,按各自持股参与分配集体经营性建设用地入市土地增值收益 ➢ 集体经营性建设用地与国有建设用地“同等入市、同权同价” ➢ 农村集体经济组织以土地使用权入股、联营的方式,与国有企业联合开发建设;但前提是集体经济组织在新成立企业的持股比例不得低于51%,且应有保底分红收益 ➢ 集体租赁住房可作为公租房房源,面向公租房备案家庭或用于产业园区配套公租房 ➢ 集体土地公租房土地使用权证按项目整体核发,房屋所有权证按幢核发,均不予分割办理单元产权证
上海市松江区	与国有建设用地使用权“同权、同价”,建立建设项目竣工土地复核验收工作制度	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 允许工矿仓储、商服等经营性用途 ➢ 集体经营性建设用地可由集体土地所有权人自行或委托土地储备机构实施前期开发,达到土地供应条件 ➢ 实行与国有建设用地同等入市制度,在全市统一的土地交易市场内进行 ➢ 出让合同报松江区规划土地局备案 ➢ 与国有建设用地使用权“同地、同权、同价、同责”,协议出让最低价不得低于出让地块所在级别基准地价的70% ➢ 基准地价修正体系 ➢ 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比例结构、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调 ➢ 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,或由受让人按照出让合同约定的价格和方式优先回购

试点地区	整体特点	历史上的主要经验成果
天津市蓟州区	规定了收益部分的村集体提留比例	<ul style="list-style-type: none"> ➢入市程序要求到会成员占应到会成员的三分之二以上,且通过人数达到应到会成员的三分之二以上方有效;集体经营性建设用地属镇乡集体经济组织的,入市事项须经镇乡党政联席会议或镇乡长办公会议集体研究决定 ➢入市须通过天津土地交易中心,合同经区国土资源分局鉴证 ➢用地入市收益,归农村集体经济组织所有,属村内其他集体经济组织入市的,应将不低于净收益的10%作为村集体提留,归村集体所有,用于村内基础设施、公益福利事业支出;其余可在该集体经济组织成员之间公平分配
广东省佛山市南海区	广东省整体起步早,制度体系较为完备,规定细致,可操作性强,有独立的交易中心和集体土地前期整備中心,经认定产业载体项目允许分割登记	<ul style="list-style-type: none"> ➢允许出让、租赁、作价出资(入股)、转让、出租和抵押 ➢宅基地、农用地不得入市 ➢区人民政府批准农村集体经营性建设用地年度供应计划 ➢出让、租赁的原则上需要在交易中心公开交易,交易中心为合同鉴证 ➢公开出让、租赁的起始价(起始租金)、协议出让价(协议租金)或作价出资(入股)价格,原则上不得低于农村集体经营性建设用地基准地价(基准租金)的70% ➢提出产业载体项目,出让农村集体经营性建设用地以商服、工矿仓储用途进行开发,竣工验收后,经认定为产业载体项目的,可按审定的房屋基本单元进行分割登记、分拆销售 ➢公共设施用地预留满足城乡公共基础设施和公共服务设施的用地需求
安徽省金寨县 重庆市大足区	异地调整入市	<ul style="list-style-type: none"> ➢农村零星、分散的集体经营性建设用地,允许在一定条件下异地调整入市
山西省泽州县	历史违法集体建设用地可退地补办占地手续后入市	<ul style="list-style-type: none"> ➢对存在违法用地行为的农村集体经营性建设用地,应缴纳罚款并退回土地,申请县人民政府补办占地手续,补办使用权人为代表其所有权的农民集体经济组织,用途为经营性建设用地 ➢取得用地批复后可依据相关规定入市



乔文骏
合伙人
房地产和基础设施部
上海办公室
+86 21 6061 3688
anthonyqiao@zhonglun.com

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

作者：张鹏



世界主要国家的专利法律制度中均将取得预料不到的技术效果作为医药化学领域专利创造性的判断标准，并且在法律实践中获得了广泛的适用。例如，我国《专利审查指南》第二部分第四章的规定，发明取得了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，对所属技术领域的技术人员来说，事先无法预测或者推理出来。当发明产生了预料不到的技术效果时，一方面说明发明具有显著的进步，同时也反映出发明的技术方案是非显而易见的，具有突出的实质性特点，该发明具备创造性。可见，根据现行《专利审查指南》的规定，具有预料不到的技术效果，是具备创造性充分但不必要条件。

第一部分\ 比较法视野下的“预料不到的技术效果”：辅助判断标准还是主要判断标准？

1. 欧洲“预料不到的技术效果”的认定

欧洲专利局《专利审查指南》将“预料不到的技术效果”作为创造性判断的辅助审查标准。欧洲专利局《专利审查指南》中规定：预料不到的技术效果可以作为是否具有创造性的考虑因素。但是，如果考虑到现有技术，对于所属技术领域的技术人员来说，获得落入权利要求范围内的某些特征已经是显而易见的，例如由于缺乏可选替代要素而造成一种“独木桥”的情形，这时预料不到的技术效果仅仅是一种奖励式的效果，它并不赋予所要求保护的主体以创造性¹。简言之，就是预料不到的技术效果可以作为发

明具有创造性的考虑因素，但前提是带来这种预料不到的技术效果的特征的选择不是一种必然的趋势。在欧洲专利局《专利审查指南》中对于该情形给出了一个实例，即由于缺乏可选替代要素而造成一种“独木桥”的情形。

在预料不到的技术效果的判断中，将哪些技术效果加以认定对于创造性的判断是至关重要的。欧洲专利局申诉委员会在决定中指出，该涉案专利的权利要求1保护一种阻燃剂聚酯组合物，所述组合物在具有好的拉伸强度、破裂伸长和热稳定性的同时还表现出好的抗白化性质(blooming)。申诉人争辩，基于对比文件2的教导，解决白化问题已经是显而易见的，因此其他物理性质的提高，不能被认为是具有创造性的依据。

¹ Guidelines for examination, in the EPO, 2005, Part C, IV-28, 9.10.3.

但是申诉委员会不赞成这种观点，欧洲专利局申诉委员会认为，判断哪个技术效果是关键，哪个仅仅是偶然的 (so-called “bonus effect”)，实际的方法是在所提供的情形下考虑这些效果相关的技术和应用上的重要性。尽管解决白化问题相对于现有技术是显而易见的，但是申诉委员会无法接受任何其他物理性质 (例如拉伸强度、破裂伸长和热稳定性) 的提高不构成意想不到技术效果的考虑因素。因为从所述组合物的整体性能来看，拉伸强度、破裂伸长和热稳定性至少和抗白化性质同等重要，因此任何上述性质的提高不能被认为仅仅是一种偶然而不加以考虑。本领域的技术人员应该全面考虑所有的技术效果，衡量它们在相关的技术和应用上的重要性，不能基于细枝末节的或者根本不相关的技术效果来确定发明所解决的技术问题，这就违背了对于预料不到的技术效果进行限制的初衷。²

2. 美国“预料不到的技术效果”的认定

在美国专利法律实践中，“预料不到的技术效果”并非非显而易见性的“辅助”判断标准，而是医药化学领域的“主要”判断标准。涉及新的化学组合物的发明通常涉及到该化学组合物的产品权利要求，也涉及到制造或者使用该化学组合物的方法权利要求，“预料不到的技术效

果”在化学组合物的产品权利要求的创造性判断中尤其重要。在阿丹姆一案³中，美国最高法院以获得预料不到的技术效果为由，维持了一项包含已有组分的电池的专利权利要求有效。本案中，最高法院主要考虑到，已有组分所具有的公知缺点阻碍了获得涉案专利技术方案的可行性，从而对现有技术作出轻微组分改变但是具有预料不到的技术效果的发明而言，其具备非显而易见性。此外，在曼德尔诉华莱士一案⁴中，美国最高法院仍然认为具有预料不到的技术效果的专利权利要求具备非显而易见性，同时认为，鉴于尿素的防锈性能是公知的，将尿素用于解决防锈的技术问题对于本领域普通技术人员而言并未取得预料不到的技术效果，因此涉案专利权利要求不具备非显而易见性。

从举证证明的角度而言，类似结构的化合物被推定具有类似的技术效果，专利申请人或者专利权人对预料不到的技术效果负有举证责任。美国巡回上诉法院在哈斯诉亨齐系列案件⁵中确立了对具有类似结构的化合物非显而易见性的判断规则，也被称为哈斯-亨齐规则 (Hass Henze Doctrine)。在哈斯1案⁶、哈斯2案⁷中，上

2. T227/899号判例 [EB/OL], 参见 <http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t890227eu1.htm> (2019年9月6日最后访问)。

3. *United States v. Adams*, 383 U.S. 39, 148 USPQ 479 (1966).

4. *Mandel v. Wallace*, 335 U.S. 291, 79 USPQ 220 (1948).

5. *In re Hass*, 141 F.2d 122, 60 USPQ 544 (CCPA 1944), *In re Hass*, 141 F.2d 177, 129, 60 USPQ 548 (CCPA 1944), *In re Hass*, 141 F.2d 130, 60 USPQ 552 (CCPA 1944).

6. *In re Hass*, 141 F.2d 122, 60 USPQ 544 (CCPA 1944).

7. *In re Hass*, 141 F.2d 177, 129, 60 USPQ 548 (CCPA 1944).

诉法院认定,由于权利要求1同系列化合物(同系物)中的一种是现有技术中已经公开的并且是权利要求1所明确排除的,同时,与已经被现有技术公开的此种化合物相比,权利要求1中的其他同系列化合物并没有表现出任何实质上或者明显的特性方面的差异,因此权利要求1不具备非显而易见性。哈斯3案⁸肯定了将现有技术中的相邻的同系列化合物作为对比文件对某专利申请的驳回。上诉法院指出,没有充足的证据证明现有技术中的化合物不具备与涉案专利相同的特性,或者可以被用于与涉案专利相同的用途。在亨齐案⁹中更加明确了专利申请人或者专利权人对预料不到的技术效果负有举证责任。本案中,专利审查员认为用于抗痉挛的低毒性乙内酰胺不具备非显而易见性,所引用的对比文件是芮格勒和亨齐所发表论文中公开的涉案专利化合物的下邻同系物。权利人在复审程序中提交了表明涉案专利申请作为抗痉挛药物具有无毒性和有效性的试验数据。专利复审部门认为,上述试验数据不足以证明涉案专利申请符合哈斯案提出的标准。联邦巡回上诉法院支持了专利复审部门的观点,并且进一步明确,哈斯案所明确的规则是不具备专利创造性的推定。亦即,同系列化合物通常具有相同或者相近的物理特性和化学特性,因此,同系列化合物作为对比文件通常可以破坏涉案专利的非显而易

见性,需要专利申请人或者专利权人承担推翻上述推定的举证责任,证明涉案专利具有预料不到的技术效果从而反映出其具有与已经公开的同系列化合物完全不同的特性。同时,现有技术中的同系列物没有使用涉案专利所声称的技术特性或者没有用于与涉案专利相同的技术目的,并不影响上述不具有非显而易见性的结论。

在此后的以联邦巡回上诉法院的全席判决迪利恩案为代表的法律实践中¹⁰,美国进一步明确推定现有技术中存在的、与涉案专利结构相似的化合物具有类似的特性,从而可以破坏涉案专利的非显而易见性,除非专利权人或者专利申请人有证据证明涉案专利或者专利申请存在预料不到的技术效果。在最高法院KSR案之后,进一步明确了基于与现有技术化合物的结构近似性而产生的类似化学组合物具有类似化学特性,具有表面证据的推定作用,可以通过取得预料不到的技术效果推翻上述表面证据。根据帕佩施标准¹¹,专利权人或者专利申请人应当举证证明,现有技术中的化合物不具备该技术效果并且涉案专利或者涉案专利申请中的化合物具备该技术效果,这样才能满足“预料不到的技术效果”的要求。

8. In re Hass, 141 F.2d 130, 60 USPQ 552(CCPA 1944).

9. In re Henze, 181 F.2d 196,85 USPQ261(CCPA 1950).

10. In re Dillien, 919 F.2d 688, 16 USPQ2d 1897(Fed. Cir. 1990)(en banc), cert. denied. In re Papesch, 315 F.2d 381, 137 USPQ 43(CCPA 1963), In re Mills, 281 F.2d 218,126 USPQ 57(CCPA).

11. Papesch doctrine, In re Papesch, 315 F.2d 381, 137 USPQ 43(CCPA 1963).

第二部分\ 预料不到的技术效果的法律定位

本文建议,在《专利审查指南》修改完善过程中将“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,而非所有领域专利创造性判断均适用的辅助标准。亦即,在医药化学领域适用“三步法”判断创造性时,在第三步判断要求保护的发明对于本领域普通技术人员来说是否显而易见,本领域普通技术人员是否有动机改进现有技术并获得要求保护的发明的判断中,对于医药化学领域而言下相对于现有技术没有取得预料不到的技术效果,可以作为现有技术存在技术启示的一种情形¹²。亦即,如果对比文件公开了与涉案专利(或者专利申请)类似结构的组合物、化合物,那么通常认定其具有相类似的特性,其在该对比文件中所起的作用与其在要求保护的发明中所起的作用相同,除非证明涉案专利(或者专利申请)与类似结构的组合物、化合物相比具有预料不到的技术效果。主要理由如下:

一是从创新活动的角度而言,由于化学反应所具有的难以预测性和难以推导性,新合成的化合物通常会在结构上与现有化合物非常类似,但是具有非常大的性能差异¹³。从而对于医药化学领域的本领域普通技术人员而言,如果

有动机合成类似组分的化合物,那么通常其可以做到这一点。从这一技术创新规律出发,对于医药化学领域的发明创造的费显而易见性判断而言,关键是判断本领域普通技术人员是否有动机去合成类似组分的化合物,而“动机”的判断很大程度上有赖于是否具有“预料不到的技术效果”。也就是说,对于医药化学领域的发明创造来说,如果其技术效果难以预料(符合化学反应所具有的难以预测性和难以推导性),那么本领域普通技术人员通常也没有动机去合成类似组分的化合物,从而其具备创造性。

二是从法律实践的角度而言,同时,由于医药化学领域的创新特点,技术效果角度的考量更加容易实现,所以预料不到的技术效果这一标准在该领域获得了广泛的适用,已经成为医药化学领域专利创造性判断的主要标准。根据国家知识产权局专利局复审和无效审理部2007-2019年作出的审查决定进行统计分析,共有420份无效宣告请求审查决定、1260份复请求审查决定使用了该审查标准,同时这些审查决定多数出自医药化学领域,在医药化学领域获得了比较广泛的适用。¹⁴在上述审查决定中,

12.《专利审查指南》列举了三种现有技术存在技术启示的情形:区别特征是公知常识,区别特征是与最接近的现有技术相关的技术手段并且该技术手段在该其他部分所起的作用与该区别特征在要求保护的发明中为解决重新确定的技术问题所起的作用相同,区别特征是另一份对比文件中披露的相关技术手段并且该技术手段在该对比文件中所起的作用与该区别特征在要求保护的发明中为解决重新确定的技术问题所起的作用相同。

13.“医药化学是一个具有较高难以预测性的领域”,参见Pfizer Inc. v. Teva Pharms., USA, Inc., 482 F.Supp.2d 390,413(D.N.J.2007), aff'd in part & rev'd in part, 518 F.3d 1353(Fed. Cir. 2008)。

14.统计来源:国家知识产权局专利局复审和无效审理部网站, http://reexam-app.cnipa.gov.cn/reexam_out1110/searchIndex.jsp#【EB/OL】, 2019年9月6日最后访问。



诸多决定已经将“预料不到的技术效果”作为医药化学领域权利要求创造性的必要条件，从而突破了“预料不到的技术效果”作为辅助审查标准的充分但非必要条件的定位，已经事实上成为主要审查标准。例如，在第39765号无效宣告请求审查决定中，在判断发明名称为“乳液聚合中的苯乙烯酚乙氧基化物”的专利权利要求创造性时，专利复审无效审理部门指出，“在判断一项权利要求是否具备创造性时，如果该权利要求与最接近现有技术的区别特征是本领域的惯用手段，且其引入并未产生任何预料不到的技术效果，则该权利要求不具备创造性。”具体到该案件，专利复审无效审理部门认为，权利要

求1中通式(I)的苯基上不带有甲基，这仅仅是对苯乙烯酚乙氧基化物结构上微小的调整，本领域技术人员根据本领域的普通技术知识，可以选择所述苯基上是否带有甲基，并且该结构的微小变化没有给本专利的技术方案带来任何预料不到的技术效果，因此，本领域技术人员在证据1的基础上结合本领域惯用手段从而得到权利要求1的技术方案是显而易见的，权利要求1的技术方案不具有突出的实质性特点和显著的进步，不具备专利法第22条第3款规定的创造性。¹⁵

15. 参见国家知识产权局专利局复审和无效审理部第39765号无效宣告请求审查决定。

第二部分\ 预料不到的技术效果的认定标准

对于预料不到技术效果的认定而言,包含两个步骤:首先,相对于最接近的现有技术而言存在特定的技术效果;其次,上述特定的技术效果达到预想不到的程度。在第一个步骤的判断中,需要检索到涉案专利的最接近的现有技术,然后分析涉案专利与最接近的现有技术之间的区别技术特征,最后分析上述区别技术特征使得涉案专利的技术方案具备哪些技术效果。亦即,涉案专利相对于最接近的现有技术而言存在的技术效果应当是由于涉案专利与最接近的现有技术之间的区别技术特征直接导致的。并且,带来这种预料不到的技术效果的特征的选择不是一种必然的趋势。在第二个步骤的判断中,需要判断涉案专利相对于最接近的现有技术而言存在的技术效果所达到的程度,上述技术效果需要达到预想不到的程度。所谓“预想不到的程度”,是指上述技术效果不是通过合理逻辑推导出来的。

例如,在“氨氯地平对映体的拆分”发明专利无效纠纷一案中,涉案专利权利要求1为,“一种从混合物中分离出氨氯地平的(R)-(+)-和(S)-(-)-异构体的方法。其特征在于:包含下述反应,即在手性助剂六氘代二甲基亚砜(DMSO-d6)或

含DMSO-d6的有机溶剂中,异构体的混合物同拆分手性试剂D-或L-酒石酸反应,结合一个DMSO-d6的(S)-(-)-氨氯地平的D-酒石酸盐,或结合一个DMSO-d6的(R)-(+)-氨氯地平的L-酒石酸盐而分别沉淀,其中氨氯地平与酒石酸的摩尔比约等于0.25。”权利要求2为,“根据权利要求1所述的方法,其特征在于:在DMSO-d6/氨氯地平 ≥ 1 (摩尔比)条件下,所述用含DMSO-d6的有机溶剂是可以使含DMSO-d6配合物发生沉淀差异的溶剂,这些溶剂是水、亚砷类、酮类、酰胺类、酯类、氯代烃以及烃类化合物。”无效宣告请求人以涉案专利不具备创造性为由提出无效宣告请求,并提交95192238.6号发明专利申请公开说明书作为对比文件。该对比文件公开了由阿罗地平(即氨氯地平)混合物中分离其左旋和右旋异构体的方法,与本专利权利要求1的技术方案相比,二者的区别点在于手性助剂不同,本专利是DMSO-d6,对比文件是DMSO。对比文件还公开了所使用的助溶剂是水或酮、醇、醚、酰胺、酯、氯代烃、腈或烃。对比文件共有11个实施例,其中实施例9与本专利实施例1的试验条件相同,光学纯度 $> 99.5\%$,收率为67%;实施例10与本专利实施例4的试验条件相同,光学纯度分别是99.5%和98%,收率为31%。

专利无效案件审理部门认为,权利要求2是权利要求1的从属权利要求,所附加的技术特征

为将DMSO-d6与氨氯地平的摩尔比限定为 ≥ 1 ，并且限定了溶剂的种类，其解决的技术问题是提高了氨氯地平对映体的光学纯度和收率。对比文件没有记载使用DMSO-d6进行拆分的技术内容，也没有记载用于拆分氨氯地平的DMSO-d6的用量，更加没有给出采用DMSO-d6替换DMSO作为手性助剂可以提高拆分对映体的光学纯度的启示。本领域公知的是，现有技术中DMSO-d6的用途主要在于核磁共振分析领域。对比文件的各实施例中，光学纯度多数在97%到98.5%之间，仅实施例9的光学纯度为 $> 99.5\%$ ，而本专利的光学纯度多在99.5%以上，从总体上看，本专利的技术方案是有利于提高光学纯度的，因而具有预料不到的技术效果，因此权利要求2具有创造性。

一审法院和二审法院均认为，将本专利权利要求与对比文件相比，二者的区别特征仅在于所使用的手性助剂不同，本专利权利要求1使用DMSO-d6或者含有DMSO-d6的溶剂，而对比文件使用DMSO或者含有DMSO的溶剂。DMSO-d6是与DMSO具有相同化学性质的化合物，在对比文件所公开的使用DMSO作为手性助剂拆分氨氯地平对映体的情况下，本领域技术人员容易想到与之性质相近的DMSO-d6也能用于拆分氨氯地平对映体，并替代DMSO从而得到本专利权利要求1的技术方案。虽然DMSO-d6主

要用于核磁共振领域且价格昂贵，在本专利申请日之前也未公开此种替换，但从现有证据来看，并不存在进行这种替换的障碍。本案的关键在于用DMSO-d6代替DMSO对于拆分氨氯地平对映体是否存在预料不到的技术效果。……预料不到的技术效果通常需要用试验数据来证明，……本案中，对于氨氯地平对映体的拆分，其主要的效果体现在光学纯度和收率，而其中尤以光学纯度为最主要的效果指标。……对比文件实施例9和10的光学纯度均为99.5%，而本专利权利要求1和4对应的光学纯度分别为99.9%和99.2%，对比文件实施例9的收率为67%，而本专利实施例1的收率为68%。由此可见，将DMSO-d6代替DMSO后，这种替换对其收率并没有显著提高，光学纯度也基本相同，本专利部分实施例的光学纯度还低于对比文件，因此，本专利权利要求相对于对比文件来说，部分实施例的光学纯度有一定的提高，但该种进步并没有产生新的性能，不是一种“质”的变化，且没有证据证明其所提高的量超出人们预期的想象，因此本专利相对于对比文件并未取得预料不到的技术效果。专利权人主张该领域的数值提高的空间非常有限，但其未提交有关证据证明，对其关于本专利权利要求的技术方案具有预料不到的技术效果的上诉主张不予支持。

专利无效案件审理部门不服上述二审判

决,向最高人民法院提起申诉。其主要申诉理由在于,权利要求2所要求保护的技术方案提高了光学纯度,杂质含量从0.5%降低到0.1%,减少为五分之一。并且该技术方案系长期服用的药品,长期服用的杂质会对人体具有不良反应,上述杂质含量的降低产生了预料不到的技术效果。所以,权利要求2具备突出的实质性特点和显著的进步。最高人民法院撤销一、二审判决并发回一审法院重新审理。¹⁶

对于权利要求2所要求保护的技术方案需要从光学纯度本身和杂质含量两个角度分析其在光学纯度提高方面的技术效果是否能够达到“预料不到的技术效果”的高度。一方面,权利要求2所要求保护的技术方案将光学纯度从现有技术的99.5%提高到99.9%,在现有技术中的光学纯度已经达到99.5%这么高的程度的情况下,在如此高的基础上再做提高是非常困难的,因此就光学纯度的提高而言,涉案专利的技术效果能够达到“预料不到的技术效果”的高度。另一方面,“光学纯度从现有技术的99.5%提高到99.9%”意味着“杂质含量从0.5%降低到0.1%”,因此杂质含量减少为五分之一。需要进一步考虑到的是,该技术方案系长期服用的药品,长期服用的杂质会对人体具有不良反应,上述杂质含量的降低产生了预料不到的技术效果。可见,就杂质含量的降低而言,涉案专利的

技术效果能够达到“预料不到的技术效果”的高度。

从另一个角度而言,该案中涉案专利使用DMSO-d6代替DMSO后,本领域技术人员根据同位素化学性质接近的基本理论,合理逻辑推导出的结果是涉案专利的光学纯度和杂质含量应当与现有技术基本相同。然而,根据涉案专利说明书的记载,在现有技术中的光学纯度已经达到99.5%这么高的程度的情况下涉案专利进一步提高到99.9%,杂质含量减少为五分之一,已经超出了上述合理逻辑推导的结论范畴。同时,需要强调的是,涉案专利取得了预料不到的技术效果这一点,需要专利权人予以明确主张和证明说明。¹⁶

16. 参见国家知识产权局专利复审委员会第7955号无效宣告请求审查决定以及北京市第一中级人民法院(2006)一中行初字第810号行政判决书、北京市第一中级人民法院(2006)一中行初字第849号行政判决书、北京市高级人民法院(2007)高行终字第68号行政判决书、北京市高级人民法院(2007)高行终字第70号行政判决书、最高人民法院(2010)行提字第1号行政裁定书和最高人民法院(2010)行提字第2号行政裁定书。



张鹏
非权益合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2068
zhangpeng@zhonglun.com

标准化票据=票据ABN? 标准化票据的法律解析

作者：路竞伟、张丽娜、赵祎



8月15日，上海票据交易所股份有限公司（以下简称“上海票据交易所”）发布了《关于申报创设2019年第1期标准化票据的公告》（以下简称“《创设公告》”），市场普遍认为这是对票据ABS的重大利好。

根据《创设公告》，标准化票据是指由存托机构归集承兑人等核心信用要素相似、期限相近的票据，组建基础资产池，进行现金流重组后，以入池票据的兑付现金流为偿付支持而创设的面向银行间市场的等分化、可交易的受益凭证。存托机构由上海票据交易所担任；标准化票据在银行间市场清算所股份有限公司（以下简称“上海清算所”）登记托管，在票据市场或银行间债券市场交易流通。2019年第1期标准化票据（以下简称“首期标准化票据”）在票据市场交易流通。

笔者并未找到创设标准化票据更具体的法律规定，但《创设公告》已经说明“经中国人民银行同意”，说明上海票据交易所创设标准化票据得到了人民银行的认可。从定义上来看，标准化票据“组建基础资产池，进行现金流重组后，以入池票据的兑付现金流为偿付支持”，具有资产证券化的部分特征，属于一种“受益凭证”。那么，标准化票据与和资产支持票据（非金融企业作为发起机构，为实现融资目的，采用结构化方式，通过发行载体发行的，由基础资产所产生的现金流作为收益支持的，按约定以还本付息等

方式支付收益的证券化融资工具）、企业资产证券化（普遍模式为：由管理人设立资产支持专项计划，向投资者募集资金，去购买原始权益人的基础资产）存在哪些什么区别呢？本文将三者进行比较并对标准化票据的法律属性进行分析，以期市场对标准化票据有进一步的讨论。

从整个交易安排来看，标准化票据具有以下一些法律特征，下文对此进行更详细的分析：

1. 标准化票据没有使用特殊目的载体，至少从存托机构只设立标准化票据产品托管账户以及整个交易安排来看，未明确规定特殊目的载体的存在。

2. 委托机构与存托机构并未构成信托法律关系（财产权信托），投资者与存托机构也未构成信托法律关系（资金信托）。

3. 存托机构接受了委托机构、投资者的双方委托履行相应职能。

4. 投资者完成全额认购义务后，按认购份额享有对标准化票据基础资产的所有权，并委托存托机构代为持有基础资产。

5. 标准化票据的“受益凭证”可能更适理解解为投资者共有票据池的一种权利证明。

第一部分\ 标准化票据与资产支持票据、企业 资产证券化的对比

从《标准化票据业务协议》来看，标准化票据采用了以下结构(图1)：

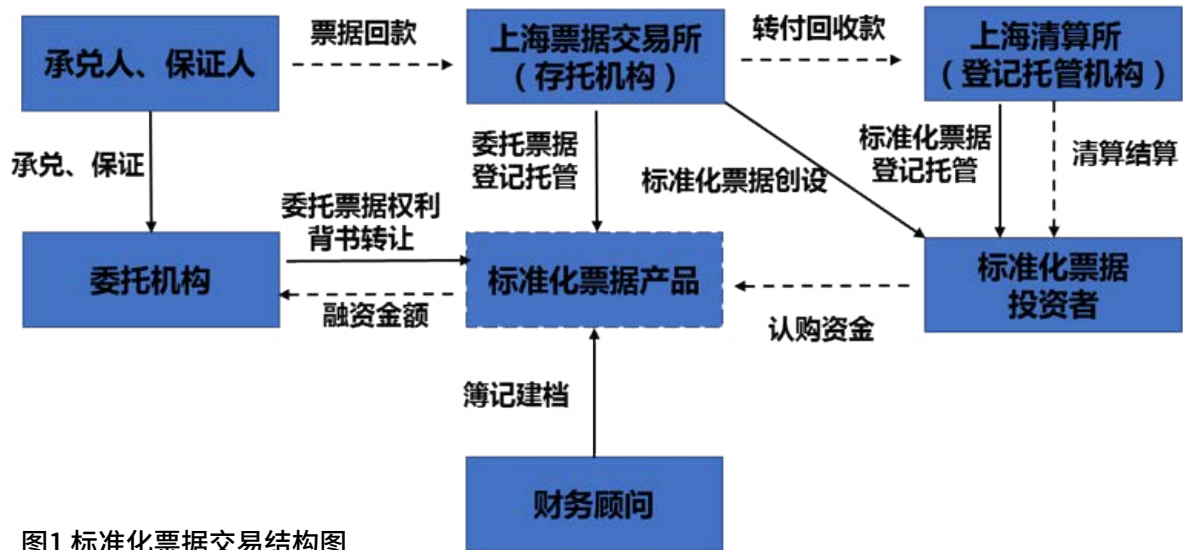


图1 标准化票据交易结构图

和典型的信托型资产支持票据(图2)、企业资产证券化结构(图3)相比，三种交易模式的主要区别(表1)如下：

	标准化票据	企业资产证券化	信托型资产支持票据
是否使用SPV	不使用,但设立了标准化票据产品托管账户	使用	使用
资产持有人与存托机构(管理人、受托人)的关系	委托+票据权利转让	基础资产买卖	信托
投资者与存托机构(管理人、受托人)的关系	委托	委托(信托?)	信托
基础资产与资产持有人的破产隔离	有可能实现	有可能实现	有可能实现

	标准化票据	企业资产证券化	信托型资产支持票据
产品登记托管、清算结算	上海清算所	中证登	上海清算所
基础资产服务管理	上海票据交易所	一般由原始权益人提供	一般由发起机构提供
基础资产登记托管	上海票据交易所	有资金托管	有资金托管
是否可以有结构化安排	否	是	是

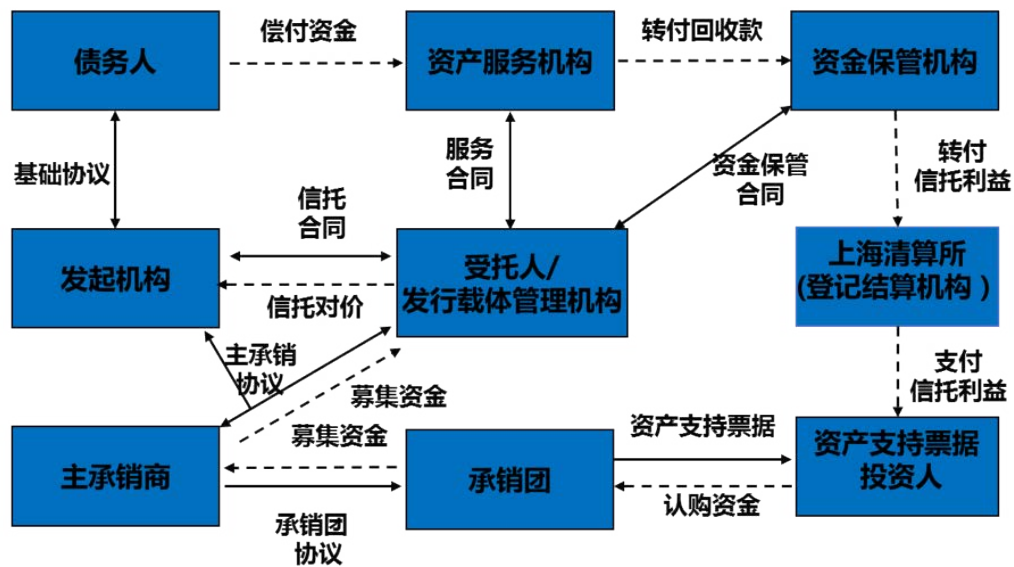


图2 信托型资产支持票据交易结构图

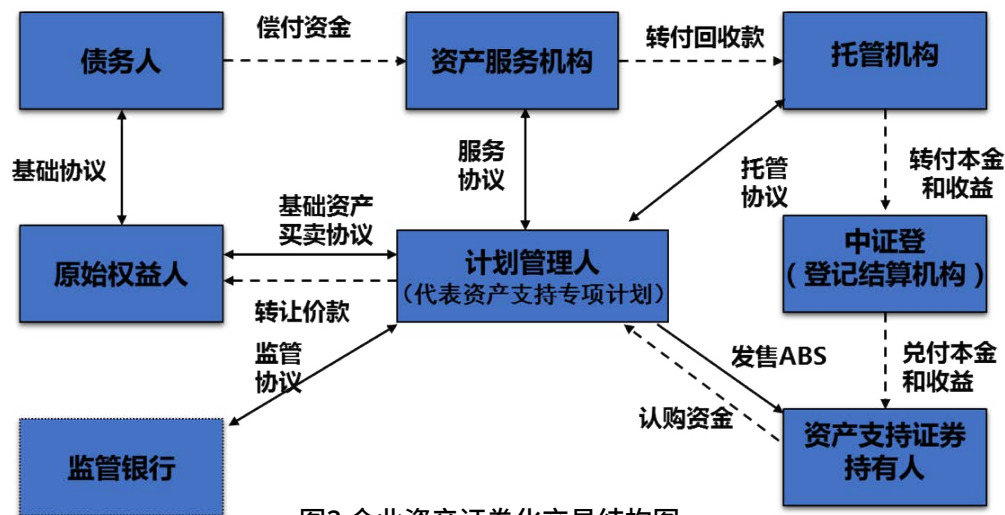


图3 企业资产证券化交易结构图

第二部分\ 标准化票据的法律难点解析

(一) 是否使用了特定目的载体？

根据《标准化票据业务协议》所述标准化票据交易结构及上海票据交易所的性质，笔者认为，标准化票据并未使用特殊目的载体。

首先，标准化票据的定义中并无特定目的载体的安排。

其次，委托机构与存托机构签署的《标准化票据业务协议》中并无设立信托的意思表示，而在目前国内法框架内，除非利用《信托法》规定的信托以及具有特别法规的规定¹，并不能创设一种特殊目的载体。为了管理作为基础资产的票据，存托机构为标准化票据开立了一个标准化票据产品托管账户，用于托管票据资产，这可能借鉴了《票据交易管理办法》中“非法人参与类参与者”开立托管账户的安排，但标准化票据本身并不属于该办法规定的“非法人参与类参与者”。

第三，上海票据交易所是由中国人民银行批准设立的全国统一的票据交易平台，是我国金融市场的重要基础设施，具备票据报价交易、登记托管、清算结算、信息服务等功能²。如果上海票据交易所担任特殊目的载体的管理人，则与其基本职能可能无法匹配，因为根据《信托法》及《证券公司及基金管理公司子公司资产证

券化业务管理规定》，受托人（或管理人）对信托财产、专项计划财产具有严格的管理责任。当然，从存托机构在标准化票据中履行的职责来看，和上海票据交易所本身职能具有高度的重合性，并且由于基础资产的特殊性，上海票据交易所实际可以履行很多受托人的管理职责。

第四，从委托机构与存托机构、存托机构与投资者的法律关系来看（详见下文分析），标准化票据并未通过一个明确的特殊目的载体来实现资产端与资金端的连接。

(二) 标准化票据的委托机构与存托机构构成何种法律关系？

根据《标准化票据业务协议》约定，存托机构根据《票据法》、《票据交易管理办法》等规定，为标准化票据提供产品创设、基础资产管理、交易、清算结算、信息等服务。具体来看分为以下职责：

1. 产品创设阶段：接受基础资产申报并锁定基础资产；筛选基础资产；创设标准化票据；设立产品托管账户；接受票据资产转让；划转募集资金；办理公告事宜。

1. 比如《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》第四条 证券公司、基金管理公司子公司通过设立特殊目的载体开展资产证券化业务适用本规定。
前款所称特殊目的载体，是指证券公司、基金管理公司子公司为开展资产证券化业务专门设立的资产支持专项计划（以下简称专项计划）或者中国证监会认可的其他特殊目的载体。
又如，《非金融企业资产支持票据指引》第三条 发行载体可以为特定目的信托、特定目的公司或交易商协会认可的其他特定目的载体（以下统称特定目的载体），也可以为发起机构。根据该指引规定，可以推论信托、公司、有限合伙企业都可以作为特殊目的载体，而这些特殊目的载体除了依据特别法规被称为“特殊目的载体”外，还应遵守《信托法》、《公司法》、《有限合伙企业法》等相关法律规定。
2. 参见：上海票据交易所官网介绍。

2.产品存续期:基础资产管理(委托票据到期时,存托机构根据其与投资者相关协议约定,代为行使提示付款权和追索权;存托机构不得擅自进行背书转让、质押等操作);

3.委托票据的交易、清算结算、信息服务。

委托机构与存托机构之间的服务内容,主要集中在产品创设阶段;在产品存续期间,存托机构更多是为投资者的利益提供服务。

在产品创设阶段,与信托结构安排³相比,虽然基础资产委托机构被定义为“将合法持有的符合要求的票据作为基础资产委托给存托机构开展标准化票据业务的机构”,存托机构按照委托机构的意愿处理了诸多事务,也接受了基础资产,甚至基础资产都叫做“委托票据”,但其与信托存在很大差异,主要体现在以下几个方面:

(1) 信托财产的归属。根据《信托法》规定,信托财产独立于委托人、受托人的固有财产。当委托人是唯一受益人时,信托终止,信托财产作为其遗产或者清算财产;委托人不是唯一受益人的,信托存续,信托财产不作为其遗产或者清算财产。进一步而言,在存在多个受益人时,信托财产也不属于受益人。受益人自信托生效之日起享有信托受益权。而根据《标准化票据业务协议》约定,存托机构在中国票据交易系统设立的标准化票据产品托管账户中的基础资产归该

标准化票据全体投资者所有,与存托机构固有财产相区别,投资者委托存托机构通过设立的标准化票据产品托管账户代为持有基础资产。

(2) 投资者并非信托关系中的受益人。根据信托原理,存在确定的受益人是信托的一个构成要素。根据《信托法》规定,受益人或者受益人范围不能确定的,信托无效。从《标准化票据业务协议》全文来看,委托机构与存托机构并未有通过该协议设立信托的意思表示,因为欠缺了很多信托要素,包括为信托设定信托受益人或受益人范围。反而,存托机构与投资者的权利义务关系需要投资者的授权、并且需要依据存托机构与投资者的协议,投资者完成全额认购义务后,按认购份额享有对标准化票据基础资产的所有权,并委托存托机构代为持有基础资产。

如果委托机构与存托机构不构成信托法律关系,那么应当如何界定双方的法律关系?笔者认为,委托机构与存托机构可以界定为委托合同关系。委托合同是委托人和受托人约定,由受托人处理委托人事务的合同。在标准化票据业务中,存托机构接受委托机构的委托,处理基础资产申报、基础资产筛选、创设标准化票据、办理公告等事务。

同时,根据《合同法》第四百零二条,受托人

3. 《信托法》第二条 本法所称信托,是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权委托给受托人,由受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或者特定目的,进行管理或者处分的行为。



以自己的名义,在委托人的授权范围内与第三人订立的合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人,但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。在标准化票据业务中,存托机构将与投资者签署相关协议,并且对委托机构与存托机构之间的委托关系投资者是知情的,《标准化票据业务协议》部分内容将直接约束委托机构和投资者。

(三) 标准化票据的委托机构与投资者构成何种法律关系?

如上所述,由于投资者知晓委托机构与存托机构之间的委托关系,该等委托关系直接约束委托机构和投资者,即实质上构成委托机构向投资者转让委托票据,并取得融资资金的法律关系,该等委托票据归全体投资者共有。投资者完成全额认购义务后,按认购份额享有对标准化票据基础资产的所有权。

由于投资者按份享有对基础资产的所有权,根据最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第14条规定,对被执行人与其他人共有的财产,人民法院可以查封、扣押、冻结;经债权人认可,其他共有人可

以协议分割共有财产。因此,对单个投资者资产的强制执行,可能及于整个基础资产池。

(四) 标准化票据的存托机构与投资者构成何种法律关系?

在簿记建档结束后,上海票据交易所与投资者于申购日签署《标准化票据认购协议》,约定双方的权利义务,明确获得配售的投资者的获配金额和需缴纳的认购款金额、缴款日期、划款账户等。

根据《创设公告》及《标准化票据业务协议》及相关协议,投资者与存托机构之间的权利义务概述如下:

1. 投资者委托存托机构代为持有基础资产。投资者委托存托机构通过设立的标准化票据产品托管账户代为持有基础资产,委托机构向存托机构背书转让委托票据的权属,在存托机构设立的标准化票据产品托管账户中的基础资产归全体投资者所有,与存托机构固有财产相区别。

2. 投资者同意存托机构代为放弃委托票据项下对委托机构的追索权。自当期标准化票据正式设立之日起,经所有投资者同意,存托机构承诺放弃委托票据项下对委托机构的追索权,但委托机构同时为票据承兑人、贴现人或保证人的除外。

3. 投资者委托存托机构代为行使提示付款权和追索权。

4. 存托机构设立标准化票据产品资金专用账户,投资者将所有认购款项划入标准化票据产品资金专用账户,由存托机构支付给委托机构;票据回收款等资金存放于资金专用账户归属于投资者所有。

5. 存托机构不承担任何与产品相关的兑付责任、担保责任。

综上,笔者认为,投资者与存托机构之间的法律关系应为委托法律关系,即投资者委托存托机构将认购资金投资于基础资产,并代为持有基础资产并行使相关权利。因为基础资产归全体投资者所有,所以存托机构的下述职责视为受投资者委托履行更为适宜:

1. 产品创设阶段:设立产品托管账户;接受票据资产转让;划转募集资金。

2. 产品存续期:基础资产管理(委托票据到期时,存托机构根据其于投资者相关协议约定,代为行使提示付款权和追索权;存托机构不得擅自进行背书转让、质押等操作)。

3. 委托票据的交易、清算结算、信息等服务。

(五) 基础资产与委托机构能否实现破产隔离?

委托机构将委托票据背书转让给存托机构

设立的标准化票据产品托管账户,投资者向存托机构缴纳认购资金,存托机构将该等认购资金扣除相应款项后计算出融资金额划转给委托机构,全体投资者放弃基础资产项下对基础资产委托机构的追索权,但基础资产委托机构同时为基础资产承兑人、贴现人或保证人的除外。

《票据法》第二十七条、第三十条规定,持票人可以将汇票权利转让给他人行使,持票人的该等转让应当背书并交付汇票;汇票以背书转让时,必须记载被背书人名称。《标准化票据业务协议》约定,委托机构应根据存托机构要求及时、完整、有效地办理委托票据背书转让等相关事宜。因此,基础资产理论上可以与委托机构实现破产隔离。但在实务中,基础资产委托机构可能同时为基础资产承兑人、贴现人或保证人,此时委托机构破产可能影响票据承兑、保证责任的承担。☞



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



张丽娜
非权益合伙人
金融部
北京办公室
+86 10 5957 2296
zhanglina@zhonglun.com

如何规范国有企业 员工持股平台

作者：容融、林一翎



在国有企业混改的过程中，为进一步规范股权结构，便于引入资金方以及筹备挂牌上市等原因，常常涉及对企业原有员工内部持股结构进行规范的问题。尤其是成立时间较早的大中型国企，其员工持股平台在成立之初通常有一定的法律瑕疵，因此，在规范的过程中不可避免的涉及对员工持股的股权权属的确认以及对持股员工的规范化，上述持股平台的规范过程通常是国企混改中的难点，也常常给企业的混改项目或上市造成一定的困难和障碍。本文中，我们结合过往项目经验，针对早期国有企业员工持股平台问题产生的原因、相关法律法规规定、员工持股规范过程中出现的法律问题进行分析，给国企混改涉及该部分的专题提供相关的经验和建议。

第一部分\ 早期员工持股平台问题产生的背景及原因

在80年代末90年代初，全国各地先后推行国有企业股份制改革，随后也陆续探索员工内部持股的试点。

1994年，原外经贸委和原国家体改委颁布的《外经贸股份有限公司内部职工持股试点暂行办法》确立了职工持股会的组织形式。民政部、原外经贸部、原国家体改委和国家工商局于1997年10月6日颁布《关于外经贸试点企业内部职工持股会登记管理问题的暂行规定》，正式确立了职工持股会的社团法人资格。

根据上述法律法规的规定，当时开展相关的持股平台的企业，在广东地区多为外贸企业。

早期实施的员工内部持股方案，受限于当年的法律法规相对有限，以及市场对于公司治理制度的初步摸索，部分员工出资凭证的形式，多为公司内部记账凭证、会议纪要、以及上级单位的批复等。出资凭证对应的内容，根据当时的历史背景，部分也存在不明确之处。因此，从现今的法律制度角度下审视早期员工持股问题，在出资证明方面通常显得相对薄弱。

其次，在员工持股制度建立后，经过多年的发展，不可避免地涉及员工的增减、公司的重组整合，部分职工持股机构的管理机构，并未能及时跟进新员工入股、旧员工退股、分红等问题，包括债权债务、转让等法律关系相互交织，相当庞杂，形成错综复杂的法律关系。

再次，关于职工股的继承权，根据《国务院对〈外经贸股份有限公司内部职工持股试点暂

行办法》的批复》(国函〔1994〕54号)¹、《国务院国有资产监督管理委员会、财政部、中国证券监督管理委员会关于印发〈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)²等法律法规的规定,持有内部职工股的前提是职工与公司存在劳动合同关系。内部职工股具有职工福利的性质,公司外部人员不能购买内部职工股。相应地,职工持股会的章程也通常明确规定,职工死亡后公司需要回购其股权。鉴于此,职工股股权的继承权在员工持股平台中基本上比较难实现。

最后,对于员工持股问题,随着时间的推移,查明事实及梳理其发生之时所适用的法律依据的难度越来越大,且现任的公司领导层对过往的历史情况了解相对有限,易于导致早期持股平台成为难以解决的历史遗留问题。

第二部分\ 关于员工持股的主要法律法规和 政策依据

随着员工持股制度的试点建立至近年的加快发展,国家和部分地方分别出台了有关规范员工持股的若干规定。本文以国家及广东地区为例,整理关于员工持股的主要法律法规和政策依据如下:

2.1 《国务院对〈外经贸股份有限公司内部职工持股试点暂行办法〉的批复》(国函〔1994〕54号);

2.2 《国家工商行政管理局关于工会所办企业如何核定经济性质问题的答复》(工商企字〔2000〕第298号);

2.3 《中国证监会关于职工持股会及工会能否作为上市公司股东的复函》(法律部〔2000〕24号);

2.4 《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);

2.5 《国务院国有资产监督管理委员会关于规范国有企业职工持股、投资的意见》(国资发改革〔2008〕139号);

2.6 《关于实施〈关于规范国有企业职工持股、投资的意见〉有关问题的通知》(国资发改革〔2009〕49号);

2.7 《关于上市公司实施员工持股计划试点的指导意见》(〔2014〕33号);

2.8 《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);

2.9 《财政部、科技部、国资委关于印发〈国

1.《外经贸股份有限公司内部职工持股试点暂行办法》第八条规定:“下列人员不得购买和持有本公司向内部职工发行的股份:(一)公司以外法人股东单位(包括发起人单位)的职工;……”
2.《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》第三条第(一)款规定:“员工范围。参与持股人员应为在关键岗位工作并对公司经营业绩和持续发展有直接或较大影响的科研人员、经营管理人员和业务骨干,且与本公司签订了劳动合同。……”

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)；

2.10 《国务院国有资产监督管理委员会、财政部、中国证券监督管理委员会关于印发<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)；

2.11 《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)；

2.12 《关于试点创新企业实施员工持股计划和期权激励的指引》(中国证券监督管理委员会公告〔2018〕17号)；

2.13 《财政部、科技部、国资委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)；

2.14 《上市公司股权激励管理办法》(2018年修正)；

2.15 广东省部分相关规定：

(1) 《广东省企业股份制试点联审小组关于企业股份制试点工作若干问题的意见》(1992)；

(2) 《广东省企业股份制试点联审小组关于对股份制企业重新审核登记的通知》(1992)；

(3) 《关于印发<广东省国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的实施细则>的通知》(粤国资资本〔2017〕2号)；

(4) 《广州市人民政府关于市属国有企业发展混合所有制经济的实施意见》(穗府〔2018〕11号)。

第三部分\ 关于规范员工内部持股的主要法律问题

在我们过往的项目实践中,关于员工内部持股的清理中遇到的较为典型的问题主要包括股权出资款的确认以及因持股结构瑕疵,导致需要予以规范的情况,主要涉及如下法律问题：

3.1 以应付工资作为员工的出资款,并由职工持股会代为持有,出资形式是否合法的法律问题。

部分职工持股会(如以工会的名义)在成立早期作为标的公司的发起人或直接作为公司的股东,并以股东公司(在发起设立情形下)或标的公司对员工的应付工资,作为向标的公司的注册资本出资,持股会或持股平台据此成为了标的公司的股东之一。但上述用于证明员工支付标的公司注册资本来源的证明文件,通常相对薄弱或存在法律瑕疵。

关于支付凭证的问题。在我们处理的一个项目中,证明支付标的公司出资款来源于前述

应付工资结余的材料仅有当年《记账凭证》，该《记账凭证》摘要为“职工量化股转入工会委员会账”，款项由“应付工资”科目转至“其他应付款-其他”科目。对于上述出资的形式，存在一个关键的法律问题，即上述出资的形式是否能证明职工已通过应付工资进行出资？此外，上述的会计处理也缺乏应付工资权益具体量化至员工个人的决策程序文件，合法性证明文件尚不充分。

关于出资款性质认定的法律问题。根据《国家工商行政管理局关于工会所办企业如何核定经济性质问题的答复》（工商企字[2000]第298号），“以全民所有制企业、事业单位中工会使用的财产投资设立的企业，且该财产属于企业、事业单位提供的，该企业经济性质应核定为国有企业；工会经费包括会员缴纳的会费、企业按国家规定拨提的工会经费、工会所属事业收入，以及工会接受捐赠及外国援助的其他收入等形成的资产，属于工会资产，以该资产投资设立的企业，其经济性质应核定为集体企业；企业和工会共同投资设立的企业，其经济性质应核定为联营企业或按《公司法》和《公司登记管理条例》登记为公司。”根据上述规定，如工会使用应付工资投资企业，在确认应付工资不属于国有企业或事业单位财产的，则该部分出资权益应认定为非国有资产。



至于应付工资是否属于国有企业或事业单位财产，我们理解可根据当时确认该笔款项为应付工资的上级部门批准文件、公司权力机构决策文件、职工代表大会决议文件，并根据当时有效的法律法规及公司《章程》予以综合认定。

3.2 持股会代为持有的员工股，是否可量化至个人的法律问题

部分项目中，职工持股会对标的公司的股东权益由两部分组成，一是代表具体职工个人持有标的公司的股份（“已量化股份”）；二是未

量化至具体职工个人的股,包括以工会经费出资用于日后激励员工的股份,以及职工持股会成立后,历年来因员工发生退休、离职、死亡等情况未及时处理退股手续由持股会代持权益的股份。

对此,在前述确认持股会持有的股份不属于国有资产的前提下,可参考持股会的《章程》及相关决议,员工持有的出资凭证、相关协议等,从员工缴纳出资的事实证据和程序证据,以及员工和持股会双方是否达成代持的合意,代持是否违反法律和行政法规的禁止性规定方面,对相关股份是否可量化至个人予以综合分析。

3.3 领导层持股的问题

关于领导层持股的法律问题,主要是涉及两方面,一是如何认定员工的范围,二是上级企业员工是否持有下级企业的股权。

关于员工范围的认定。根据《国务院国有资产监督管理委员会、财政部、中国证券监督管理委员会关于印发〈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)第三条规定:“员工范围。参与持股人员应为在关键岗位工作并对公司经营业绩和持续发展有直接或较大影响的科研人员、经营管理人员和业务骨干,且与本公司签订

了劳动合同。党中央、国务院和地方党委、政府及其部门、机构任命的国有企业领导人员不得持股。外部董事、监事(含职工代表监事)不参与员工持股。如直系亲属多人在同一企业时,只能一人持股”根据上述规定,在持股平台中如存在党中央、国务院和地方党委、政府及其部门、机构任命的国有企业领导人员持股,或外部董事、监事(含职工代表监事)持股的情况,则应根据上述规定进行规范清理。

其次,关于上级企业员工持有下级企业股权的情况。根据《国务院国有资产监督管理委员会关于规范国有企业职工持股、投资的意见》(国资发改革[2008]139号)规定,“(四)严格控制职工持股企业范围。职工入股原则限于持有本企业股权。国有企业集团公司及其各级子企业改制,经国资监管机构或集团公司批准,职工可投资参与本企业改制,确有必要的,也可持有上一级改制企业股权,但不得直接或间接持有本企业所出资各级子企业、参股企业及本集团公司所出资其他企业股权。科研、设计、高新技术企业科技人员确因特殊情况需要持有子企业股权的,须经同级国资监管机构批准,且不得作为该子企业的国有股东代表。……”在我们处理的项目中,曾有早期上级企业的高管参与发起设立下级公司的情况,形成上级企业(即股东公司)员工实际持有下级企业(即标的公司或标的

公司下属子公司) 股权的情况。随着《国务院国有资产监督管理委员会关于规范国有企业职工持股、投资的意见》(国资发改革[2008]139号)等规定的出台,上述持股结构已不符合最新法规政策的要求。在此情形下,应根据职工意愿选择或转让股权或辞去职务,以符合上述规定的要求。

第四部分\ 关于规范员工持股平台的法律建议

在进行相关的项目中,我们有如下的法律建议供参考:

4.1 开展法律尽调,查明事实。对于员工内部持股的清理,关键还是要根据相关的证据,确认出资的来源、出资的性质、已经过的相关决策和审批流程等。尤其是对于员工的原始出资凭证需要进行一个全面的查核,同时也应结合相关专业机构的意见,例如会计师出具的审计报告等,以确认对出资问题的结论意见是否一致。

4.2 结合事实准确适用法律。在查明事实的基础上,适用有关法律,确认出资所有权的归属。同时,对于出资程序存在法律瑕疵的,需

考虑是否有相关合法途径对程序进行补足。一方面合法厘清国有资产与员工个人资产的界限,防止国有资产流失,另一方面也对各员工依法享有的股份权属予以准确界定。

4.3 根据企业的实际情况,规范员工持股平台的相关制度。鉴于各企业的文化、发展历程、内部治理规则存在差异,在规范员工持股平台项目中,需在准确认定原有职工股权属的基础上,根据企业的具体情况,修改或制定新的员工持股平台相关制度,例如持股平台的合伙协议、标的企业的持股方案以及股权激励办法等。

4.4 与国资监管部门充分沟通。对于个别特殊问题,在查明事实依据准确适用法律的基础上,如仍有因法律规定相对空白等未明确之处,应及时与国资监管部门沟通,征询主管部门的意见。

结论

综上,员工持股平台因历史情况、企业文化背景、法律法规的演变等原因,情况千差万别。在国企混改大潮中,对于员工持股平台的规范,应当在严格遵守国有资产管理有关法律法规,保证国有资产不流失的前提下,依法确认股份

权属,修改、制定新的员工持股平台相关制度,以妥善解决历史问题,促进国企更好地迎接新形势下的各种机遇和挑战。☞



容融
合伙人
公司一部
广州办公室
+86 20 2826 1669
rongrong@zhonglun.com

外商投资安全审查 2.0时代即将到来？

作者：余昕刚、蒋蕙匡、徐洁、马子翔



【编者按：近日，永辉超市收购中百集团交易一波三折——刚披露获得反垄断审查批准又报需接受外商投资安全审查。这是今年4月国家发改委宣布接替商务部负责外商投资安全审查窗口职责后首次公开报道的涉及国家安全审查的并购案件。在当前国际政治和贸易局势错综复杂、中国政府持续鼓励外商投资的大背景下，哪些交易可能需要进行安全审查？哪些行业会受到重点关注？对交易时间表的影响如何？本文希望借此为外国投资者和中国合作方做一些梳理和提示。】

2019年8月23日，在永辉超市（601933，SH）要约收购中百集团（000759，SZ）交易刚刚披露已获得国家市场监督管理总局经营者集中审查批准仅两日之后，交易双方宣布永辉超市于8月21日收到国家发展和改革委员会（“国家发改委”）通知要求进行外商投资安全审查¹，这意味着该交易公布近半年后仍然无法确定是否以及何时能够完成。据悉，这是交易双方首次披露该交易需要受制于外商投资安全审查，也是国家发改委在今年4月接替商务部主管外商投资安全审查窗口职能后获得首次公开报道的涉及国家安全审查的并购案件。

在近些年中国持续放松外资准入限制与国际“接轨”的同时，除去常态化的反垄断审查，对外商投资的安全审查正成为中国监管外资并购活动的又一抓手²。中国将于2020年1月1日实施的《外商投资法》第35条明确规定：国家建立外商投资安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。此外，《外商投资法》第40条也明确规定我国可以根据实际情况对其他国家在投资方面歧视性的限制、禁止措施采取相应的对等措施，这意味着安全审查机制也可能成为中国应对国际投资、贸易冲突有效的反制手段。有鉴于此，我们在下文对中国现行外商投资安全审查制度进行梳理，对外国投资者及中国合作方关注的安全审查对象、监管部门、审查时限、后果影响等问题进行探讨。

1. 来源：永辉超市8月23日公布的“关于收到国家发展和改革委员会关于外商投资安全审查通知的公告”，载于：<http://static.cninfo.com.cn/finalpage/2019-08-23/1206554780.PDF>。
2. 例如，美国于2018年8月13日签署《外国投资风险审查现代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act, “FIRRMA”），赋予美国外资投资委员会（The Committee on Foreign Investment in the United States, “CFIUS”）更广泛的安全审查权力；欧盟也于2019年2月通过《欧盟统一外资安全审查框架建议》，确立外商投资审查机制。

Q1 : \ 哪些类型的并购目标会受制于外商投资安全审查?

根据《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(“《**国务院安全审查通知**》”),受制于安全审查的外商投资并购对象可以分为两类,一是关系国防安全的境内企业,只要外国投资者直接或间接获得该等企业的资产或股权,即触发安全审查要求;二

于印发自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法的通知》(“《**自贸区安全审查通知**》”),在全国标准的基础上,自贸区将“重要文化、重要信息技术产品和服务”也纳入审查范围。

此外,《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》(“《**商务部安全审查规定**》”)第9条做了一个类似兜底的规定:“对于外国投资者并购境内企业,应从交易的实质内容和实际影响来判断并购交易是否属于并购安全审查的范围”。已于2015年实施的《国家安全法》

	类型A 涉及国防安全	类型B 非涉及国防安全
具体类型	<ul style="list-style-type: none"> ◆产品 - 军工及军工配套企业 ◆地点 - 位于重点、敏感军事设施周边 ◆关系国防安全的其他单位 (上述内容全国与自贸区规定相同。) 	<ul style="list-style-type: none"> ◆重要 农产品 ◆重要 能源和资源 ◆重要 基础设施 ◆重要 运输服务 ◆关键 技术 ◆重大 装备制造 ◆关系国家安全的其他行业 (上述内容全国与自贸区规定相同。) ◆重要 文化、重要信息技术产品和服务 (仅适用于自贸区)
触发条件	并购	并购+获得实际控制权

是非涉及国防安全,但涉及重要农产品、能源和资源、基础设施、运输服务、关键技术、重大装备等涉及国家经济安全行业的境内企业。对于后者,需要外国投资者通过并购获得该企业实际控制权,才触发安全审查要求。此外,根据《关

也非常笼统地规定对“影响国家安全的外商投资”进行安全审查。这些原则性的规定事实上赋予了监管部门对于判断并购交易是否属于外商投资安全审查范围广泛的自由裁量权。坊间曾流传一份包含57个行业的国家安全审查行业表

即将零售业列入了审查行业之一，但是一直未有官方发布的国家安全审查的重点行业目录。

自贸区对于投资安全审查的特殊规定也可帮助我们窥探外商投资安全审查在审查范围上可能的改革方向。《自贸区安全审查通知》将并购“重要文化、重要信息技术产品和服务”的企业也纳入安全审查的范围，这一变化与同一时期颁布或处于制定过程中的《国家安全法》和《网络安全法》相呼应，凸显了新时代下保护文化安全和网络安全的紧迫性。

Q2 : \

什么样的交易结构属于应被审查的外资“并购”行为？

根据《国务院安全审查通知》，有四种情形属于外国投资者并购境内企业，包括：

(1) 外国投资者购买境内非外商投资企业的股权或认购境内非外商投资企业增资，使该境内企业变更设立为外商投资企业；

(2) 外国投资者购买境内外商投资企业中方股东的股权，或认购境内外商投资企业增资；

(3) 外国投资者设立外商投资企业，并通过该外商投资企业协议购买境内企业资产并且运营该资产，或通过该外商投资企业购买境内企业股权；

(4) 外国投资者直接购买境内企业资产，并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产。

《商务部安全审查规定》进一步规定不得以代持、信托、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制、境外交易等方式实质规避并购安全审查，明确了直接或间接并购行为都受制于安全审查。

而《自贸区安全审查通知》则进一步将“并购”的概念拓展为“投资”，同时也正面地将“协议控制、代持、信托、再投资、境外交易、租赁、认购可转换债券等方式投资”纳入审查范围，这就堵上了原全国安全审查规定留下的口子。而即将实施的《外商投资法》也明确了是对“外商投资”进行安全审查，因此未来的外商投资审查制度很可能借鉴自贸区的经验进行规定。

在永辉收购中百交易中，永辉超市的股东包括外国投资者，因此其（间接）并购中百集团可以视为宽泛地适用上述《国务院安全审查通知》规定的第（3）种情形。

Q3 : \

什么情形属于取得实际控制权？

对于并购非涉及国防安全的境内企业，需要外国投资者通过并购获得实际控制权才需受制于安全审查。根据《国务院安全审查通知》，取得实际控制权的情形包括：

◆外国投资者及其控股母公司、控股子公司在并购后持有的股份总额在50%以上；

◆数个外国投资者在并购后持有的股份总额合计在50%以上；

◆或外国投资者在并购后所持有的股份总额不足50%，但依其持有的股份所享有的表决权已足以对股东会或股东大会、董事会的决议产生重大影响的情形。

就永辉收购中百交易而言，目前尚不清楚其是因为涉及国防安全抑或是经济安全而需要进行安全审查。但是根据有关新闻报道以及永辉超市2018年年报，本次申报与其第一大股东（当时持股19.99%）牛奶有限公司（The Dairy Farm Company Group, Limited）为外国投资者有关，但永辉确认牛奶有限公司并非其控股股东，对其无“实际”控制权。如果这一点得到有关机关的认可，则本次收购很可能是因为涉及国防安全而触发了安全审查。

Q4 : \

谁是监管部门？

根据《国务院安全审查通知》，外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议（“联席会议”）负责具体的外商投资安全审查工作。联席

会议属于非常设机构，由国务院领导，国家发改委与商务部牵头，根据外资并购所涉及的行业和领域还可能由不同的其他部门共同组成。

在流程上，过去需要先由商务部作为窗口单位负责与外国投资者进行对接以接收安全审查申报，并将材料提交联席会议审查，商务部曾为此特别发布《商务部安全审查规定》，对其安全审查具体职能做出了规定。直到最近永辉收购中百交易才使得更多的公众注意到外商投资安全审查联络工作已经转由国家发改委负责。事实上，早在今年4月30日，国家发改委即发布公告，表示由于“部门职责调整”，自该日起，国家发改委将负责接收外商投资安全审查材料。据悉，国家发改委已完全承接《商务部安全审查规定》规定的原由商务部负责的外商投资安全审查相关的商谈、受理申请、提交审查、反馈审查决定等工作。

Q5 : \

外商投资安全审查如何启动以及与其他监管程序的互动性如何？

根据相关规定，外商投资安全审查程序可以通过两个途径启动，一种是由外国投资者主动申请，另一种是利益相关方（包括国务院有关部门、全国性行业协会、同业企业及上下游企

业)认为需要进行并购安全审查的,可以提出进行并购安全审查的建议,联席会议认为确有必要进行并购安全审查的,可以决定进行审查。

实践中,经营者集中审查往往是监管部门深入了解交易背景以及与其他政府审批进行“联动”的绝好机会。经营者集中审查的执法机构(过去为商务部,机构改革之后为国家市场监督管理总局)是联席会议的组成部门,并且国家市场监督管理总局在经营者集中审查过程中可根据需要主动征求有关政府部分以及其他单位或个人的意见³。此外,经营者集中审查申报表中也要求申报人披露该交易是否需要中国政府其他部门审批⁴,该等审批实际上应包括国家安全审查。在永

辉收购中百交易中,永辉超市在被国家发改委通知完成安全审查申请之前,已经处于国家市场监督管理总局对该交易的经营者集中审批过程中。本次安全审查的启动,不排除是不同监管部门之间信息联动而引发。

此外,根据近年来的案例,经营者集中审查、国家安全审查以及证券监管部门对涉及上市公司交易的审查程序往往是可以并行的,并非互为条件。因此,虽然本次永辉收购中百交易的安全审查是在取得了经营者集中交易的批准后才公布的,但并不意味着经营者集中的批

3.商务部《经营者集中审查办法》第六条:在审查过程中,商务部可以根据需要征求有关政府部门、行业协会、经营者、消费者等单位或个人的意见。

4.见《经营者集中反垄断审查申报表》第14项及《经营者集中简易案件反垄断审查申报表》第10项。



准是安全审查程序的前置条件。事实上,交易方如果能在交易早期即开始评估各种监管程序的必要性和难易性,提前做好沟通和准备工作,将可以有效管理交易进程。

Q6 : \ 外商投资安全审查需要多长时间?

根据相关规定,待外商投资者提交申请或利害相关方提出建议,国家发改委将初步判断该交易是否属于国家安全审查范围。若认为需要审查,则需提交联席会议进行为期最长30个工作日的一般性审查。在此期间,若联席会议认定交易没有国家安全影响,则将做出允许交易继续实施的决定;若认定交易可能对国家安全造成任何影响,则将进一步进入为期最长60个工作日的特别审查程序。

在特别审查程序期间,若各部门对于交易

对国家安全的影响意见一致,则可根据实际情况最终作出允许交易继续实施,要求调整并购交易,或终止交易并消除影响的决定。若各部门意见出现重大分歧,则还需报请国务院决定,进入这一程序后将没有明确的时间限制,而外商投资安全审查所需时间的不确定性也给交易本身带来了很大的不确定性。对于上市公司的交易而言,其相关的披露义务以及交易时间的管理也会受到重大影响。因此,提前做好规划和沟通尤为重要。

Q7 : \ 外商投资安全审查有哪些可能的结果?

根据交易影响的不同情形,监管部门可能做出不同的决定:

交易影响	决定
不属于安全审查范围	不进行一般性审查, 当事方可继续实施交易
不影响国家安全	允许交易继续实施
可能造成国家安全影响但尚未实施	要求当事人终止交易, 或调整交易方案并重新申报审查
对国家安全已经造成或可能造成重大影响	要求当事人终止交易, 并采取措施消除并购行为对国家安全造成的影响

《自贸区安全审查通知》则进一步引入了附加限制性条件批准并购交易的制度，这一制度将使监管机关更为主动地与外国投资者商讨在消除国家安全影响的前提下实施交易的条件，与目前全国制度下由交易方自行评估调整交易结构后重新申报的做法相比将大幅减小交易成本。考虑到这一制度也在此前公布的《外国投资法(草案征求意见稿)》中提及，且附加限制性条件批准交易的制度已在反垄断领域有了众多实践经验，其未来也很有可能确立为外商投资安全审查的标准程序。

展望未来：《外商投资法》时代的外商投资安全审查制度

《外商投资法》首次在法律层面上正式确立外商投资安全审查制度，其颁布距离《国务院安全审查通知》的实施已经过去了八年，八年间国内外的政治经济环境都发生了巨大的变化，这意味着我国的外商投资安全审查制度也需要在新的时代背景下进一步调整。在当前国际政治贸易背景下，我国对外政策坚持推进对外开放、坚持保护国家安全的双重目标愈加明朗，如何构建既能满足外商投资需求，又能守住国家安全底线的安全审查制度是一个不小的挑战。

无论未来具体的改革措施如何，目前的改革方向已经显示外资并购安全审查将成为未来外资并购交易中重要的一环。复杂而宽泛的政策考量为外商投资安全审查制度带来了一定的不确定性。从合规以及交易流程管理的角度来说，我们建议外国投资者们做好准备，积极主动地完成外商投资安全审查评估和申报，将交易的主动权把握在自己手中。



余昕刚
合伙人
公司二部
北京办公室
+86 10 5957 2078
scottyu@zhonglun.com



蒋蕙匡
合伙人
公司二部
北京办公室
+86 10 5957 2131
jianghuiquan@zhonglun.com



中伦研究院出品



image by bing-hao-unsplash

特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者个人观点，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。