



2018

第46期/总第359期

每周法规速递
▶ 热点信息

成功，始于助人成功



天達共和律師事務所
East & Concord Partners

导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

近日，中国人民银行办公厅下发《关于黄金资产管理业务有关事项的通知》、《金融机构互联网黄金业务管理暂行办法》和《黄金积存业务管理暂行办法》三个文件，中国结算修订完善证券质押登记要素，最高人民法院发布第 19 批共 5 件指导性案例，与此同时，国务院关税税则委员会发布《关于对原产于美国的汽车及零部件暂停加征关税的公告》，更多法规详见本周速递。

加强反腐败国际追逃追赃工作力度和手段，建立刑事缺席审判制度，是新修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》的重要内容。近日，最高人民检察院副检察长孙谦接受了记者的专访，就这一重要内容进行了解读，具体请见本期“法规解读”栏目。

本期“法律观察”栏目为您带来《集体土地使用权入股、联营合作开发租赁住房相关法律难点简述》，以供参考；“实务聚焦”栏目为您带来的是《展期融资中原抵押权实现策》，敬请阅读。

目 录

天达共和热点动态

资讯 | 天达共和杭州办律师参加数字经济与知识产权论坛

资讯 | 奋斗，为了更好地迎接未来

活动 | 天达共和为中国担保业旗舰企业开展“股权投资风险防范及争端处置”专题讲座

资讯 | 天达共和参加湖北省知识产权研究会 2018 年会

荣誉 | 天达共和荣获“一带一路”投资类十佳法律服务奖

资讯 | 天达共和律师为港中旅燕郊公司培训商务谈判技巧

资讯 | 天达共和法律研究丛书首发

资讯 | 天达共和受邀参加国务院国资委业务交流会

资讯 | 2018 年度 LEGALBAND 中国法务俊杰榜三十强发

➤ 金融领域

1. 央行：金融机构发起设立黄金资产管理产品应向央行备案 \ 2018-12-17
2. 央行：改进存款准备金交存基数监督方式 \ 2018-12-21

➤ 证券领域

3. 中国结算修订完善证券质押登记要素 \ 2018-12-17
4. 深交所修订发布上市委员会工作细则 \ 2018-12-21
5. 中国结算修订特殊机构及产品证券账户业务指南 \ 2018-12-21
6. 证监会发布证券基金经营机构信息技术管理办法 \ 2018-12-19

➤ 两高发文

7. 最高人民法院发布第 19 批共 5 件指导性案例 \ 2018-12-19
8. 最高检发布第十二批指导性案例 明确正当防卫界限标准 \ 2018-12-20

➤ 其他领域

9. 国务院税委会：对原产于美国汽车及零部件暂停加征关税 3 个月 \ 2018-12-17
10. 两部门规范放射性物品航空运输临时存放安全管理 \ 2018-12-17
11. 国办要求加快发展体育竞赛表演产业 \ 2018-12-21
12. 国家卫健委印发重大新药创制科技重大专项实施管理细则 \ 2018-12-19
13. 市场监管总局印发《电子营业执照管理办法（试行）》 \ 2018-12-20

14. 司法部印发公职律师和公司律师管理办法 \ 2018-12-21
15. 国税总局规范新个人所得税法征管衔接问题 \ 2018-12-21

法规解读

孙谦解读因何首次建立刑事缺席审判制度：加强反腐败国际追逃追赃力度

热点信息

法律观察

集体土地使用权入股、联营合作开发租赁住房相关法律难点简述

实务聚焦

之 展期融资中原抵押权实现策

天达共和热点动态

资讯 | 奋斗，为了更好地迎接未来



2018年12月16日，中国上海浦东陆家嘴香格里拉酒店，中外大咖、律界精英、企业代表齐聚智合论坛2018，共同探讨在全球化、智能化的大环境下，法律行业的趋势、律所

发展方向和法律人职业规划等各个层面面对的变革、机遇和挑战。



天达共和律师事务所北京办公室、上海办公室、武汉办公室多位合伙人参加本次论坛，和与会法律界同侪沟通交流。本所北京办主任李大进律师受邀参与圆桌对话“法律人如何应对不确定的未来？”，并发表观点。

春江水暖鸭先知，我们就是感受时代变革的这群人，借用李大进律师的寄语——今日的奋斗，是为了更好地迎接未来！

资讯 | 天达共和参加湖北省知识产权研究会 2018 年 会



近日，由湖北省知识产权研究会和湖北省法学会知识产权法学研究会主办 2018 年会暨“严格知识产权保护 促进湖北创新发展”学术研讨会在中南财经政法大学知识产权研究中心隆重召开，武汉办刘兆君主任、合伙人杨斌律师及方晓燕、王东东律师参加此次会议。会议重点围绕制定民法典与知识产权法典化 实施品牌战略与严格商标保护以及严格知识产权保护的司法对策等司法实务中的热点难点问题进行了研究和探讨。



在会上，刘兆君主任作为嘉宾主持了第一节主题发言环节，杨斌律师做了以“姓名权上财产利益司法保护的新发展”为主题的学术发言，受到了与会人员的一致好评。同时，方晓燕律师撰写的论文《湖北自贸区海关知识产权执法制度的完善》获得2018年（第三届）湖北省知识产权征文比赛二等奖。

律 師 名 片



刘兆君

天达共和合伙人

武汉办公室

邮箱: liuzhaojun@east-concord.com

电话: +8627 8730 6000

刘兆君律师，天达共和管理合伙人、武汉分所主任，中南财经政法大学法学学士、经济学硕士。第七届、第八届湖北省律师协会公司法律专业委员会主任，具有注册税务师资格、上市公司独立董事任职资格。

律 師 名 片



杨斌

天达共和合伙人

武汉办公室

邮箱: yangbin@east-concord.com

电话: +8627 8730 6001

杨斌律师，法学博士，主要从事知识产权、公司法、重大商事争议解决等业务，现为湖北省律师协会知识产权法律专业委员会副主任、湖北省知识产权研究会常务理事、湖北省法学会知识产权法学研究会常务理事，服务的客户有 NIKE、Starbucks、Waterstone、长航集团、隆平高科、精伦电子、德创环保、武汉斗鱼等，代理的诉讼案件中有三案入选典型案例，曾出版译著《菲律宾知识产权法典》，并在《中国律师》《China Business Law Journal》《亚洲法律杂志（ALB）》等期刊上发表论文二十余篇。

律师 名片



方晓燕

天达共和律师

武汉办公室

邮箱: fangxiaoyan@east-concord.com

电话: +8627 8730 6528

方晓燕律师主要从事私募股权投资基金、公司并购及知识产权诉讼等领域，具有较丰富的法律经验。

律师 名片



王东东

天达共和合伙人

武汉办公室

邮箱: wangdongdong@east-concord.com

电话: +8627 8730 6528

王东东律师的主要业务领域包括公司内部治理，建设工程，知识产权，互联网，重大商事纠纷解决，投资与融资等。服务的客户包括德创环保，信达资产管理公司湖北分公司，武锅集团，中建三局基础设施公司，上海新崇建设，中海油销售湖北分公司，湖北房地产公司，京



东公司，斗鱼科技，良品铺子，精伦电子等。王律师擅长从客户内部视角审视商业利益与法律风险，从而为客户提供商业利益最大化的法律服务。



荣誉 | 天达共和荣获“一带一路”投资类十佳法律服务 奖



2018年是“一带一路”倡议提出五周年；“一带一路”建设，法治是重要保障。五年来，各类机构积极开展“一带一路”法律服务相关工作，形成丰富的法律服务经验、产生了优秀的法律服务经典案例。为集中展示法律服务在“一带一路”建设中取得的优异成果，总结、推广“一带一路”法律服务经验，法制日报启动首届“一带一路优秀法律服务项目评选”活动，并于2018年12月18日举办首届一带一路优秀法律服务项目颁奖典礼暨“一带一路”法律服务高端论坛，邀请行业领导、学界智库、法律服务行业优秀代表等出席，共赴一场震撼的“一带一路”法律服务年度盛宴。北京天达共和律师事务所凭借在国家开发投资集团有限公司（下称国投集团）对埃塞俄比亚重大扶贫项目（下称项目）中优质专业的法律服务，荣膺“一带一路”投资类十佳法律服务案例奖项。



本项目系国投集团为落实国务院国资委关于法律风险管理工作指导意见的有关要求，提升国投集团各专业板块法律风险管理水平，提高法律风险管理意识，对国投集团下属全资子公司中国成套设备进出口（集团）总公司（下称中成集团）开展 EPC 业务专项法律风险排查工作，其中包括对中成集团以 EPC 方式在埃塞俄比亚最贫困地区承建的大型糖厂项目开展法律风险排查，在项目过程中，项目组律师跟随国投集团、中成集团相关领导及部门亲赴埃塞俄比亚项目一线就项目合规及法律问题进行深入考察、调研，获得了丰硕的调研成果。

本项目从正式启动到完成历时约 4 个月时间，天达共和公司与证券部相关团队作为本项目的外聘律师全程提供法律支持，以优质、严谨和高效的法律服务，对中成集团 EPC 业务的核心法律风险提供了专业的防控意见及建议。本项目有效提升中成集团合规风控意识，积累了法律风险管控的有益经验。天达共和团队扎实的工作态度和专业的服务能力赢得了客户的高度肯定和信任。

本项目承办合伙人为胡晓华律师和徐斌律师，项目团队主要成员包括郭达律师、张曦予律师。天达共和将一如既往地秉承敬业、尽责、专业、协作、开拓、创新的执业理念，通过国际化、专业化、规范化的管理为广大客户提供更加全面、便捷、优质、高效的法律服务。

律 师 名 片



胡晓华

天达共和合伙人

北京办公室 公司与证券部

邮箱: cindyhu@east-concord.com

电话: +8610 6510 7012

刘兆君律师，天达共和管理合伙人、武汉分所主任，中南财经政法大学法学学士、经济学硕士。第七届、第八届湖北省律师协会公司法律专业委员会主任，具有注册税务师资格、上市公司独立董事任职资格。

律师 名片



徐斌

天达共和合伙人

北京办公室 公司与证券部

邮箱: xubin@east-concord.com

电话: +8610 6510 7025



资讯 | 天达共和法律研究丛书首发

天达共和律师事务所杭州办顾问王坤博士、上海市联合律师事务所王展律师，兄弟合作撰写《著作权法体系化研究》一书，日前由中国政法大学出版社出版发行。该书为天达共和法律研究丛书的首批成果之一。



该书主要针对著作权法学理论的缺陷，综合运用符号学、信息学和系统论，从建构科学的作品概念出发，同时基于民法基本原理，针对著作权法上的几个方面重要问题进行专题研究。通过科学化和民法化双轮驱动，以此来建构著作权法理论和制度体系，实现著作权法的体系化。全书主要分为六章：第一章主要研究著作权法的产生和发展的规律。第二章主要研

究著作权法上最为核心的概念——作品。第三章主要研究著作权的内容。第四章论述著作权保护问题。第五章主要研究反剽窃制度问题。第六章为著作权立法论。该书的编写注重收集、整理和总结最新的案例，希望读者通过丰富的案例和体系化的理论构建掌握鲜活的著作权法理论知识，以帮助读者深入学习相关专业知识。

该书由天达共和律师事务所组织出版。天达共和律师事务所系由原天达律师事务所与原共和律师事务所于 2014 年合并而成，实施公司化管理，秉持“成功，始于助人成功”的理念，致力于推进专业化和年轻律师的培养。为达此目的，特启动天达共和法律研究丛书项目，与中国政法大学出版社订立出版协议，鼓励本所律师，特别是年轻律师，在办案过程中勤思考、多研究，从相关法律部门的理论、制度、案例入手，不断积累写作素材，研习写作技巧，最终汇集成书，以此作为推动专业化和培养年轻律师的主要抓手。

律师 名片



王坤

天达共和合伙人

杭州办公室

邮箱: wangkun@east-concord.com

电话: +86571 8501 7007

王坤顾问自 2004 年起开始执业，主要从事民商事法律实务及法学研究工作，承办多起公司、金融、知识产权方面有影响力的案件。同时担任浙江省社会科学院法学所教授、浙江省人民政府咨询委员会特约研究员、杭州仲裁委员会仲裁员等职务。王坤顾问法律功底深厚，先后



发表论文数十篇，出版专著四部，主持课题多项。



资讯 | 天达共和受邀参加国务院国资委业务交流会

2018年12月21日, 国务院国有资产监督管理委员会遴选排名领先的十家会计师事务所和两家律师事务所举行业务交流会, 广泛听取中介机构就国企监督管理中的共性问题的建议和意见, 天达共和律师事务所合伙人赵舒杰、杜国平、翟耸君受邀参加本次交流会。会议期间, 赵舒杰律师、杜国平律师、翟耸君律师畅谈了业务经验、观点和建议。

律师 名片



翟耸君

天达共和合伙人

北京办公室

邮箱:

zhaisongjun@east-concord.com

电话: +8610 6510 7091

翟耸君律师为财政部 PPP 专家库入库专家, 是金融与基础设施建设领域的法律专业人士, 兼具金融、建设和运营三方面的法律背景和丰富的项目操作经验。同时, 翟律师多次参与了国务院法制办、财政部和国家发改委组织的 PPP 立法研讨会, 并应邀担任中国保险资产管理业协会专家讲师。翟耸君律师曾获得中国采购与招标网评选的中国 PPP 项目金牌律师称号, 并带领 PPP 团队多次斩获中国 PPP 项目十佳律师事务所、年度中国市政基础设施 PPP 项目律师事务所首选品牌等奖项。

律师 名片



杜国平

天达共和合伙人

北京办公室

邮箱:

duguoping@east-concord.com

电话: +8610 6510 7089

杜国平律师主要专注于公司法律业务，在企业改制与上市，公司治理、资本市场与证券、收购与兼并、私募基金、保险资金投资与运用、诉讼与仲裁等业务方面均有良好的业绩和经验。十多年来，具有在国企改制、首发上市，上市公司再融资、上市公司重大资产重组等方面的良好业绩，在保险资产管理领域，承办了众多投资计划及资产支持计划项目。其承办的客户包括国投集团、华润集团、中国银河投资、新华资产、太平资产等大型央企，以及国瓷材料、维维股份等知名上市公司。多年来，杜律师以勤勉务实，高效优质的工作作风和法律服务质量受到客户的信任和认可。

资讯 | 2018 年度 LEGALBAND 中国法务俊杰榜三十强发



China 2018
Accurate Media Asia Limited

2018 年 12 月 21 日，天达共和律师事务所与国际知名法律媒体 LEGALBAND 联合举办的“2018 年 LEGALBAND 天达共和青年法务论坛”在天达共和律师事务所北京总部隆重举行，并同期发布“2018 年度 LEGALBAND 中国法务俊杰榜三十强”榜单。来自知名企业青年法务人员与 LEGALBAND 研究员、天达共和律师共聚一堂，就当下各个领域的法律问题、市场动态进行充分的交流与讨论。天达共和律师事务所管理合伙人邢冬梅律师代表天达共和致辞，对青年法律人寄予厚望，LEGALBAND 中国区合伙人陈韬也致辞，谈及此次评选的初衷。



天达共和律师事务所管理合伙人邢冬梅律师致辞



LEGALBAND 中国区合伙人陈韬致辞

随着我国经济的快速发展，法律法规日趋细致完善，这一方面为企业的稳定与持续的发展提供了更为有力的保障，但另一方面企业也不得不迎接日益复杂的法律风险及合规挑战，企业法务作用日益重要。

天达共和高度关注企业法务在中国商业法律服务环境中所发挥出的重要作用及影响力，为鼓励青年法律人成长，联合 LEGALBAND 发布“2018 年度 LEGALBAND 中国法务俊杰榜三十强”榜单。在长达一个多月的调研期内，LEGALBAND 细致参考了律师事务所及企业的推荐材料、企业法务自荐材料以及反馈信息等，同时结合 LEGALBAND 中国区驻地调研团队对中国企业法务群体的长期观察，最终为大众呈现中国大陆地区最卓越的三十位年轻企业法务俊杰。



法规速递

➤ 金融领域

1. 央行：金融机构发起设立黄金资产管理产品应向央行备案\ 2018-12-17

日前，中国人民银行办公厅下发《关于黄金资产管理业务有关事项的通知》（下称《通知》）、《金融机构互联网黄金业务管理暂行办法》和《黄金积存业务管理暂行办法》三个文件，均自印发之日起实施。《通知》规定，黄金资产管理产品仅限金融机构发起设立，是金融机构的表外业务。发起设立黄金资产管理产品的金融机构通过其他金融机构或经金融监督管理部门许可的互联网机构等代理销售其发行的黄金资产管理产品，要符合金融监管部门的管理规定。《通知》明确，按照有关金融监管规定发起设立的黄金资产管理产品，发起设立的金融机构还应向央行备案。《通知》还强调，上海黄金交易所和金融机构应为每一只黄金资产管理产品投资的实物黄金或黄金产品，开立独立的黄金账户进行专户管理。

[阅读原文](#)

2. 央行：改进存款准备金交存基数监督方式 \ 2018-12-21

日前，中国人民银行发布《关于加强存款准备金管理有关事项的通知》（下称《通知》）。《通知》表示，进一步规范对存款准备金违规行为的处罚。存款准备金欠交一次的情形包括“存款准备金账户日终余额低于人民银行规定的存款准备金每日下限要求”等。同时，《通知》明确，金融机构迟报、错报存款准备金考核相关材料，造成存款准备金实际欠交的，发现一次视同欠交一次，按迟报、错报存款准备金考核相关材料与欠交存款准备金中较重的情形进行处罚。《通知》还指出，金融机构因外部不可抗力因素导致欠交存款准备金或迟报、错报存款准备金考核相关材料，能提供相关证明的，可依法免于处罚。

[阅读原文](#)

➤ 证券领域

3. 中国结算修订完善证券质押登记要素 \ 2018-12-17

日前，中国证券登记结算有限责任公司发出《关于完善证券质押登记要素的通知》（下称《通知》）。《通知》要求，办理证券质押登记业务时，需申报 4 大类共 20 项基本要素，具体内容包括“质权人信息”、“出质人及质押证券信息”、“业务类型及风险管理信息”以及“其他”。关于业务类型，《通知》指出，分为融资类质押（初始质押）、

融资类质押（补充质押）及非融资类质押三类。其中，对于融资类质押（初始质押），需填报质权人名称、质权人身份证件类型、质权人身份证件号码、出质人名称、出质人证券账户、证券代码等信息。关于融资金额，《通知》明确，是指本次证券质押所担保的出质人自身或第三方融入的资金金额，并需勾选是否唯一担保品、是否最高额质押担保。

[阅读原文](#)

4. 深交所修订发布上市委员会工作细则\ 2018-12-21

日前，深圳证券交易所发出《上市委员会工作细则（2018年12月修订）》（下称《细则》），自发布之日起施行。根据《细则》，此次修订旨在贯彻证监会新修改退市制度精神，切实担起重大违法强制退市的决策主体责任，同时进一步规范上市委员会审核相关事项的职责、权利与工作程序，提高审核效率。《细则》规定，上市委员会负责对“首次公开发行股票上市”等十一类事项进行审议，依法作出独立的专业判断并形成审核意见。上市公司股票终止上市、重大违法强制退市情形认定的听证，有关程序和事宜适用深交所《自律监管听证程序细则》的相关规定。《细则》明确，上市委员会委员要勤勉尽责地履行“认真审阅初审报告及相关会议材料”等四方面职责。

[阅读原文](#)

5. 中国结算修订特殊机构及产品证券账户业务指南 \ 2018-12-21

近日，中国证券登记结算有限责任公司制发《特殊机构及产品证券账户业务指南》（下称《指南》），自2019年1月1日起实施。《指南》明确，因证券公司单一资产管理计划将以产品名义开立证券账户，而不再以委托人名义开户，所以对部分不再适用的业务要求予以删除。为此修订第1.7条、第3.3.4条，并删除原指南中第2.2.5条等。《指南》简化业务申请材料，银行理财产品开立证券账户，不再要求提交银行理财产品说明书、成立公告、资金到账证明文件，为此修订第2.7.4条。《指南》还提出，进一步为上市公司申请开立证券账户提供便捷的业务办理方式，明确上市公司不仅可以赴相应市场柜台申请开立证券账户，还可通过中国结算认可的其他方式提交开户申请。为此增加了第2.19.2条等。

[阅读原文](#)

6. 证监会发布证券基金经营机构信息技术管理办法 \ 2018-12-19

证监会近日发布《证券基金经营机构信息技术管理办法》，引导证券基金经营机构在依法合规、有效防范风险的前提下，持续强化现代信息技术对证券基金业务活动的支撑作用。

[阅读原文](#)

➤ 两高发文

7. 最高人民法院发布第 19 批共 5 件指导性案例\ 2018-12-19

近日，最高人民法院发出《关于发布第 19 批指导性案例的通知》（下称《通知》）。

《通知》指出，第 19 批共 5 件指导性案例包括 1 件刑事案件、3 件民事案例和 1 件行政案例，供各级人民法院审判类似案件时参照。其中，指导案例 97 号《王力军非法经营再审改判无罪案》旨在明确刑法第二百二十五条非法经营罪第四项的适用问题，裁判要点确认对于虽然违反行政管理有关规定，但尚未严重扰乱市场秩序的经营行为，不应当认定为非法经营罪。指导案例 100 号《山东登海先锋种业有限公司诉陕西农丰种业有限公司、山西大丰种业有限公司侵害植物新品种权纠纷案》进一步明确了品种权侵权判定中，DUS 测试和 DNA 指纹鉴定这两种不同鉴定方法意见出现不一致时的证据规则和法律适用问题。

[阅读原文](#)

8. 最高检发布第十二批指导性案例 明确正当防卫界限标准\ 2018-12-20

日前，最高人民检察院发布《关于印发最高人民检察院第十二批指导性案例的通知》（下称《通知》），专门阐释正当防卫的界限和把握标准，为检察机关提供司法办案参考。

《通知》称，第十二批指导性案例分别是陈某正当防卫案、朱凤山故意伤害（防卫过当）案、于海明正当防卫案、侯雨秋正当防卫案。其中，陈某正当防卫案针对的是一般防卫的问题，要旨在于“在被人殴打、人身权利受到不法侵害的情况下，防卫行为虽然造成了重大损害的客观后果，但是防卫措施并未明显超过必要限度的，不属于防卫过当，依法不负刑事责任”。朱凤山故意伤害（防卫过当）案涉及民间矛盾，针对的是防卫过当问题。于海明正当防卫案和侯雨秋正当防卫案，针对的是特殊防卫的问题。

[阅读原文](#)

➤ 其他领域

9. 国务院税委会：对原产于美国汽车及零部件暂停加征关税 3 个月\ 2018-12-17

近日，国务院关税税则委员会发布《关于对原产于美国的汽车及零部件暂停加征关税的公告》（下称《公告》）。《公告》称，从 2019 年 1 月 1 日起至 2019 年 3 月 31 日，对《公告》附件 1 所列 28 个税目商品暂停征收《国务院关税税则委员会关于对原产于美国 500 亿美元进口商品加征关税的公告》所加征 25% 的关税；对附件 2 所列 116 个税目商品暂停征收《国务院关税税则委员会关于对原产于美国约 160 亿美元进口商品加征关税的公告》所加征 25% 的关税；对附件 3 所列 67 个税目商品暂停征收《国务

院关税税则委员会关于对原产于美国约 600 亿美元进口商品实施加征关税的公告》所加征 5% 的关税。

[阅读原文](#)

10. 两部门规范放射性物品航空运输临时存放安全管理\ 2018-12-17

近日, 生态环境部办公厅、中国民用航空局综合司联合印发《关于进一步明确放射性物品航空运输临时存放安全监管有关问题的通知》(下称《通知》), 自印发之日起施行。

《通知》要求, 航空公司、机场地面服务代理人为航空运输目的而在民用机场控制区内设立的临时存放航空运输货物中放射性物品的场地或库房, 属于民用航空运输安全监管范畴, 由各地民航行业管理部门按照航空运输有关规定实施监管, 不需要核发辐射安全许可证。此外, 《通知》印发之前已核发的放射性物品航空运输临时仓储单位的辐射安全许可证, 由原发证机关依法撤回, 并办理注销手续。

[阅读原文](#)

11. 国办要求加快发展体育竞赛表演产业\ 2018-12-21

近日, 国务院办公厅发布《关于加快发展体育竞赛表演产业的指导意见》(下称《意见》)。

《意见》提出, 到 2025 年体育竞赛表演产业总规模达到 2 万亿元, 推出 100 项具有较大知名度的体育精品赛事, 打造 100 个具有自主知识产权的体育竞赛表演品牌, 基本形成产品丰富、结构合理、基础扎实、发展均衡的体育竞赛表演产业体系。为此, 《意见》确立了三个方面十四项政策举措: 一是丰富赛事活动, 完善赛事体系。发展职业赛事, 支持引进国际重大赛事, 引导扶持业余精品赛事, 培育冰雪体育赛事, 促进体育竞赛与文化表演互动融合。二是壮大市场主体, 优化市场环境。支持企业发展, 鼓励创新创业, 培育中介机构, 引导消费理念, 改善消费条件。三是优化产业布局, 加强平台建设。完善产业链条, 健全产业标准, 打造发展平台, 深化国际合作。

[阅读原文](#)

12. 国家卫健委印发重大新药创制科技重大专项实施管理细则\ 2018-12-19

近日, 国家卫生健康委员会办公厅印发《重大新药创制科技重大专项实施管理细则》(下称《细则》), 自发布之日起施行。《细则》共十三章七十条, 涵盖“组织管理与职责”、“协同推进机制”、“总体实施方案和阶段实施计划”等方面。其中, 《细则》指出, 新药专项针对严重危害我国人民健康的包括“恶性肿瘤”等 10 类(种) 重大疾病, 重视儿童和罕见病用药, 围绕新药研发和产业化过程中的重大科技问题, 突破一批制约新药创制的核心关键技术, 产出一批具有重大临床价值的创新成果和临床亟需的化学药、中药和生物技术药等。《细则》规定, 新药专项资金来源包括中央财政资金、地方财政资金、单位自筹资金以及从其他渠道获得的资金。新药专项的资金使用要严格按照有关审计规定进行审计, 保障资金使用规范、有效。

[阅读原文](#)**13. 市场监管总局印发《电子营业执照管理办法（试行）》 \ 2018-12-20**

近日，国家市场监督管理总局发布《电子营业执照管理办法（试行）》（下称《办法》），自印发之日起施行。《办法》规定，电子营业执照系统是全国统一的市场主体身份验证系统，支持市场主体身份全国范围内的通用验证和识别。市场监管部门是发放和管理电子营业执照的法定部门，发放电子营业执照不向市场主体收取费用。同时，《办法》明确，市场主体设立登记后，即时生成电子营业执照并存储于电子营业执照库。电子营业执照的下载、使用，采用真实身份信息登记制度。《办法》还指出，电子营业执照适用于需要提供市场主体身份凭证的场合，包括但不限于“出示营业执照以表明市场主体身份，或使用营业执照进行市场主体身份认证和证明”等八类情形。

[阅读原文](#)**14. 司法部印发公职律师和公司律师管理办法 \ 2018-12-21**

近日，司法部下发《公职律师管理办法》和《公司律师管理办法》，均自2019年1月1日起施行。其中，《公司律师管理办法》规定，申请颁发公司律师证书，应具备“从事法律事务工作二年以上，或者曾经担任法官、检察官、律师一年以上”等六项条件。《公司律师管理办法》明确，公司律师可以受所在单位委托或指派从事“为企业改制重组、并购上市、产权转让、破产重整等重大经营决策提供法律意见”等六方面法律事务。公司律师所在单位讨论、决定企业经营管理重大事项之前，应当听取公司律师的法律意见。《公司律师管理办法》还要求，公司律师应加入律师协会，享有会员权利，履行会员义务。中央企业的公司律师加入全国律师协会。

[阅读原文](#)**15. 国税总局规范新个人所得税法征管衔接问题 \ 2018-12-21**

近日，国家税务总局制发《关于全面实施新个人所得税法若干征管衔接问题的公告》（下称《公告》），自2019年1月1日起施行。《公告》明确居民个人的工资、薪金所得个人所得税，日常采取累计预扣法进行预扣预缴；劳务报酬所得、稿酬所得、特许权使用费所得个人所得税，采取基本平移现行规定的做法预扣预缴；非居民个人则依照税法规定计算并扣缴个人所得税。《公告》同时指出居民个人预缴税额与年度应纳税额之间的差额，年度终了后可通过综合所得汇算清缴申报，税款多退少补。另外，根据《公告》，非居民个人的工资、薪金所得，以每月收入额减除费用五千元后的余额为应纳税所得额；劳务报酬所得、稿酬所得、特许权使用费所得，以每次收入额为应纳税所得额。

[阅读原文](#)

法规解读

孙谦解读因何首次建立刑事缺席审判制度：加强反腐败国际追逃追赃力度

加强反腐败国际追逃追赃工作力度和手段，建立刑事缺席审判制度，是新修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》的重要内容。近日，最高人民检察院副检察长孙谦接受了记者的专访，就这一重要内容进行了解读。

党中央高度重视反腐败和国际追逃追赃工作及相关法律制度建设。党的十八大以来，国际追逃追赃工作取得重大进展，得到人民群众的广泛拥护。

孙谦介绍说，为加强境外追逃工作力度和手段，本次修订在刑事诉讼法第五编特别程序中增设缺席审判程序一章，作为第三章。这是在我国刑事法律中第一次建立刑事缺席审判制度。对外逃的犯罪分子及时作出法律上的否定评价，可以彰显我们的法治权威，维护国家和社会公众利益。

如何把握刑事缺席审判适用的案件范围，是社会各界关注的焦点问题。

孙谦介绍说，根据修改后的刑事诉讼法第五编第三章的相关规定，缺席审判适用的案件范围包括三种：

第一种情况是贪污贿赂犯罪案件以及需要及时进行审判，经最高人民检察院核

准的严重危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件，因犯罪嫌疑人、被告人在境外的；

第二种情况是因被告人患有严重疾病无法出庭，中止审理超过6个月，被告人仍无法出庭，被告人及其法定代理人、近亲属申请或者同意恢复审理的；

第三种情况是被告人死亡，有证据证明被告人无罪，人民法院经缺席审理确认无罪的。

后两种情况的缺席审判，实际上是一种排除审判障碍的方式，即普通审判程序在运作中遭遇客观障碍（被告人患有严重疾病、无法出庭或被告人死亡），丧失审判要件，导致庭审无法正常进行，为排除这种审判障碍，只能选择在被告人不在场的情况下继续审判。因此，其性质上属于普通程序的一个环节，系普通程序处置审判障碍时的一项诉讼措施。此次刑事诉讼法修改增加的缺席审判制度，主要指第一种情况。

孙谦指出，为了确保缺席审判制度的正确实施，修改后的刑事诉讼法对犯罪嫌疑人、被告人潜逃境外的缺席审判的具体程序作了严格限制：

一是在管辖上，明确由犯罪地、被告人离境前居住地或者最高人民法院指定的中级人民法院组成合议庭进行审理。

二是规定人民法院通过有关国际条约规定的或者外交途径提出的司法协助方式或者被告人所在地法律允许的其他方式，将传票和检察机关的起诉书副本送达被告人。

三是规定送达传票和起诉书副本后，被告人未按要求到案的，人民法院应当开庭审理，依法作出判决并对违法所得及其他涉案财产作出处理。

关于在缺席审判制度中如何充分保障被告人的诉讼权利问题，孙谦说，在刑事审判中，被告人在场是常态，缺席审判是例外。为充分保障被告人的诉讼权利，修改后的刑事诉讼法从 6 个方面作出了规定：

一是对委托辩护和提供法律援助作出规定。被告人有权委托辩护人，被告人的近亲属可以代为委托辩护人。被告人及其近亲属没有委托辩护人的，人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。

二是赋予被告人及其近亲属上诉权。被告人或者其近亲属不服判决的，有权向上一级人民法院上诉。辩护人经被告人或者其近亲属同意，可以提出上诉。

三是规定了重新审理的情形。在审理过程中，被告人自动投案或者被抓获的，人民法院应当重新审理。

四是规定了罪犯异议权。罪犯在判决、裁定发生法律效力后到案的，人民法院应当将罪犯交付执行刑罚。交付执行刑罚前，人民法院应当告知罪犯有权对判决、裁定提出异议。罪犯对判决、裁定提出异议的，人民法院应当重新审理。

五是规定了检察机关的抗诉权。对于缺席审判的判决，人民检察院认为确有错误的，应当向上一级人民法院提出抗诉。

六是规定了纠错机制。即依照生效判决、裁定对罪犯的财产进行的处理确有错误的，应当予以返还、赔偿。

“这些制度设计，不违反刑事诉讼的公正审判和程序参与原则，也符合国际上通行的司法准则的要求，有利于充分保障被告人的权利。”孙谦说，检察机关在缺席审判制度中，既担负着提起公诉的职责，也担负着诉讼监督职责。这一制度非常重要，必须严格规范、积极稳妥地行使好。

来源：最高人民法院

热点信息

1. 【教育部：中小学幼儿园年底须排查 6 类安全隐患】教育部昨天印发通知，要求各地教育部门和学校吸取近期学校安全事故的惨痛教训，立即开展学校及周边安全隐患排查工作，重点加强六个方面的安全隐患排查和整改，要求对排查出的问题落实责任、建立台账、细化措施，明确时限，确保全面整改落实。（北京青年报）

2. 【“31 省份机构改革方案获批：多地设置“特色部门”】随着近期《上海市机构改革方案》获批，至此，31 个省份的省级机构改革方案已全部获中央批复同意。根据中共



中央 2018 年 3 月印发的《深化党和国家机构改革方案》，“省级党政机构改革方案要在 2018 年 9 月底前报党中央审批，在 2018 年年底前机构调整基本到位。省以下党政机构改革，由省级党委统一领导，在 2018 年年底前报党中央备案。所有地方机构改革任务在 2019 年 3 月底前基本完成。”（中国经济周刊）

3. 【电商乘势布局万亿进口消费市场 扩进口、降关税多重利好密集袭来】“正面清单公布以后，我们就开始做新的准备，包括围绕清单中新增的 63 个产品，找供应商、进行市场预测等都已经积极在积极推进。”岁末年初之际，一家跨境电商企业人士在忙碌中告诉《经济参考报》记者。（新华网）

4. 【三部门下发通知继续免征 内地人买卖香港基金个税】财政部、国家税务总局、证监会发布《关于继续执行内地与香港基金互认有关个人所得税政策的通知》，明确了内地与香港基金互认有关个人所得税政策。（证券日报）

5. 【滴滴最新整改方案：顺风车仍无限期下线 打击人车不符】滴滴发布最新整改方案，称将从 7 个方面 27 项措施全面落实整改，全面推进合规工作，共同探索网约车安全标准。滴滴称会严格按照主管部门和联合检查组要求，根据各地网约车实施细则对车辆轴距、排量、车价等不同要求，制定分城市、分阶段合规目标，引导司机办理人证车证，克服困难加快办理平台证，全面落实合规工作。具体来说，滴滴将强化派单合规性引导，逐步减少对不合规人员和车辆派单，直至停止。但在这个过程中可能会在部分地区影响出行体验，也恳请广大用户能够谅解。（新华社）



6. 【交通部：试点取消省际高速公路收费站】交通运输部相关负责人在例行发布会上介绍，目前全国范围内正试点取消省际高速公路收费站，今后人们驾车通过省界处不再需要停车交费。首批全国试点 15 个收费站设施已拆除，未来将根据情况进一步推广。（北京青年报）

7. 【交通运输部：正在督促 ofo 畅通退押金渠道 加快线上退押金进度】针对近日大量用户到 ofo 小黄车公司总部排队现场退押金一事，交通运输部新闻发言人吴春耕今天回应称，正在督促其畅通退押金渠道，优化退押金流程，加快线上退押金进度，切实保障用户合法权益。（法制日报——法制网）
8. 【失业潮来了？NO！人社部：登记失业率降至近年低位】人社部副部长张义珍 5 日透露，今年 1-10 月新增就业累计达到 1200 万人。10 月份全国城镇调查失业率为 4.9%，同比持平。三季度末，全国城镇登记失业率为 3.82%，降至近年来低位。三季度人力资源市场的求人倍率保持在 1.25，环比和同比均有所上升，说明招聘岗位数量依然大于求职人数。（中国新闻网）
9. 【2019 铁路春运方案发布 京沪线增 17 辆超长版复兴号】中国铁路总公司发布 2019 年铁路春运运输方案。据预测明年春运，铁路预计发送旅客达到 4.1 亿人次，运力增长 5.3%，网上售票仍为主渠道。明年春运铁路运输亮点纷呈，多条铁路新线首次投入春运；17 辆超长编组时速 350 公里“复兴号”春运京沪高铁开跑；春节前后，12306 网络购票试点推出“候补购票”，提升旅客购票体验。（北京青年报）
10. 【解码中央经济工作会议：直面八大民生关切】新华网 12 月 21 日电，备受瞩目的中央经济工作会议 12 月 19 日至 21 日在北京举行。会议指出，要完善制度、守住底线，精心做好各项民生工作。（新华网）
11. 【2019 年考研今起开考：290 万人报名创历史新高】2019 年全国硕士研究生招生考试将拉开帷幕。据了解，今年全国考生规模达 290 万人，这一数字较上年增加 52 万，增幅达 21%，创历史新高。（中国新闻网）



12. 【民法典各分编草案公开征求公众意见 43 万多条】记者 22 日从全国人大常委会法制工作委员会获悉，民法典各分编草案于今年 9 月 5 日在中国人大网公布征求社会公众意见，截至 11 月 3 日，全国人大常委会共收到公众意见 437986 条，参与人数多达 10 万余人。（新华网）
13. 【工信部发文协调解决 5G 基站与其他无线电台(站)干扰问题】人民网 12 月 22 日电，据工业和信息化部网站消息，为保障我国第五代移动通信系统（5G）健康发展，工信部日前印发了《3000-5000MHz 频段第五代移动通信基站与卫星地球站等无线电台（站）干扰协调管理办法》（以下简称《办法》），协调解决 5G 基站与卫星地球站等其他无线电台（站）的干扰问题，规范协调管理方法。（人民网）

14. 【商事制度改革第五年 我国日均新设企业 1.84 万户】新华社 12 月 23 日电，今年是商事制度改革全面实施的第五年，全国实有市场主体已达 1.06 亿户，其中新设立市场主体占比达到 73%。日均新设企业由改革前每天 0.69 万户提高到今年的 1.84 万户。每千人企业数从改革前 2013 年的 11.4 户提高到现在的 23.9 户，增加了 1 倍多。（新华网）
15. 【应对英国“无协议脱欧” 欧盟拟定 14 点方案】欧洲联盟 19 日拟定应对英国“无协议脱欧”的应急方案，涉及金融、海关等 14 个方面，以避免届时可能出现的严重混乱。不过，欧盟希望，这一方案不会启用。（新华网）



法律观察

集体土地使用权入股、联营合作开发租赁住房相关法律难点简述

我国《土地管理法》第六十条第一款的规定：“农村集体经济组织使用乡（镇）土地利用总体规划确定的建设用地兴办企业或者与其他单位、个人以土地使用权入股、联营等形式共同举办企业的，应当持有有关批准文件，向县级以上地方人民政府土地行政主管部门提出申请，按照省、自治区、直辖市规定的批准权限，由县级以上地方人民政府批准。”

《国土资源部住房城乡建设部关于印发〈利用集体建设用地建设租赁住房试点方案〉的通知》（国土资发〔2017〕100号）载明：“村镇集体经济组织可以自行开发运营，也可以通过联营、入股等方式建设运营集体租赁住房。”

推行试点政策以来，13个试点城市均先后发布了适用的地方性政策，在具体项目推进过程中，尤其是在社会投资主体参与的租赁住房项目中，均暴露出了一些问题与障碍。本文拟通过我国关于集体土地使用权联营、入股的法律规定入手，并以试点城市为例，简要分析目前实践操作模式中涉及的部分法律难点。

一、租赁住房项目持有主体资格问题

根据《土地管理法》第四十三条“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外”。

根据前述规定，目前我国社会投资主体若需要参与集体建设用地的投资开发建设租赁住房项目，理论上的途径是通过与村集体经济组织举办乡镇企业来操作，同时还需要经过县级以上人民政府审批。我国《乡镇企业法》规定的乡镇企业，“是指农村集体经济组织或者农民投资超过百分之五十，或者虽不足百分之五十，但能起到控股或者实际支配作用。”

目前各地的实践都已经突破了通过乡镇企业这种单一主体来操作集体土地的模式，建设开发和运营租赁住房项目的项目公司已经不再要求为乡镇企业，而只要求集体经济组织在项目公司中持有一定比例

的股权即可，对于参与的主体也包括国有企业和民营主体等不同类别。同时，即便是在集体经济组织持股比例在 51% 以上的项目公司，实际控制和操盘的权利也往往在社会投资主体一方，以实现开发建设和运营管理的标准化和专业化，也不再具备乡镇企业的条件。

《乡镇企业法》中规定集体建设用地持有主体应当为乡镇企业的初衷，是希望乡镇企业更多地承担支援农业义务，同时还需要从税后利润中提取一定比例的资金用于支援农业和农村社会性支出，而随着城乡一体建设用地市场使用主体改革的要求，我国需要实现集体建设用地与国有建设用地同权同价和同等入市，持有主体资格限制必然需要取消。

二、使用用途和使用年限问题

关于土地用途，部分试点城市租赁住房项目的土地用途均为住宅用地。关于土地使用期限，沈阳明确表明不得超过 70 年，合肥则表明原则上不超过 70 年。北京则主要利用绿隔产业用地，使用年限从 40 年到 50 年不等。北京市原有的集体土地利用政策（北京市规土委 69 号文）一度将集体土地的建设利用周期限定上限为 40 年，但在后期实践中和新出台的政策 376 号文中均已经突破了该年限上限。

从租赁住房的居住属性本质来说，应

匹配的土地使用权性质以住宅用地为宜，但配套建设的商业或者公共服务设施部分，可以考虑按照相应的土地使用用途分类标准来确定规划用途，从而确定不同的使用年限，而不宜一刀切地将租赁住房的用地年限确定为不超过上限 50 年或者 40 年。

三、建设期融资途径问题

各试点城市所规定的融资途径主要有：1、自筹资金；2、银行贷款；3、建设用地预期收益抵押（质押）贷款；4、建设用地抵押贷款；5、社会资本参股投资；6、金融产品创新，如资产证券化等。

目前，自筹资金的村集体经济组织相对较少，一般集中在沿海地区较富裕的乡村集体经济组织，同时，因为缺乏专业的开发建设能力和项目运营管理能力，即便是有相应的资金来源，同样存在社会投资主体参与开发建设的需求。

建设用地抵押贷款目前在部分试点城市已经开始展开，但基于二级市场流转规则的不健全，没有明确的流转渠道，银行等金融机构接受集体土地作为抵押物的意愿并不高。因此，以集体土地抵押贷款作为融资渠道，前提条件是畅通和明确的二级市场的建立和配套交易规则的完善。同时，限于我国《土地管理法》关于集体建设用地不得单独抵押的规定，对于利用集

体建设用地作为抵押贷款的融资渠道，仍然有赖于法律的修订作出回应。

就建设用地预期收益的抵押或质押贷款来说，北京 376 号文称为抵押贷款，佛山称为质押贷款，实际上我国《物权法》第一百八十条规定的 7 类可抵押财产并不包括预期收益。《物权法》第二百二十三条规定的 7 类可质押财产，也未明确规定预期收益，实践中倾向于将该等预期收益按应收账款归类，虽然并没有法律法规对应收账款的定义进行明确。根据中国人民银行 2017 年修订的《应收账款质押登记办法》，其中对应收账款进行了定义，主要范围是基于已经发生的服务或产品销售产生的债权，视为应收账款，而对于未来的收益权，该办法限定为“能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目收益权”的范围。租赁住房项目在政府作为投资主体实现保障房功能时，可能担负了部分社会公益的职能，但显然还是与传统的基础设施和公用事业项目有明确区别的。因此，将其归入应收账款一类作为可质押的权利，法律依据不足。

同时，鉴于建设期的资金缺口问题，因为缺乏历史运营业绩作为评估基础，在项目的出租率、租金水平等关键经营性指标均缺乏的前提下，如何准确评估未来租金收益并作为融资额度的判断基础存在障碍。租金收益资产证券化的基本逻辑也是基于一定的稳定经营历史数据，继而预测

未来发生的收益、确定融资额度，没有任何历史业绩对未来现金流作出的预测，一来没有标准可循，二是容易导致后续还款没有稳定可预期的来源。

四、收益分配问题

在收益分配的处理上，各地的分歧比较大。南京、合肥等地，允许按照集体经济组织和社会投资主体各自的投资比例来分配收益，同时也允许双方协商收益分配比例，尊重社会投资主体的利益和双方的自主意愿。而按照北京 376 号文的规定，集体经济组织的持股比例不能低于 51%，同时要有保底分红，实操中还有部分区域将该规定理解为分红比例不低于 51% 的情形。

我国《公司法》规定了经全体股东协商一致，可以不按照持股比例分配红利，尊重市场中不同的投资方所代表的利益不同以及对利益获取需求、商业地位不同的实际情形。如果按照目前北京市的现行政策的规定来理解，无论何种情形，集体经济组织一方将获取一个固定收益，实际上变相形成了地租，而事实上在实践操作中，在涉及村集体经济组织获取固定收益的计算方式上面，也是参照同等地段上国有土地的出让价格减去政府的土地收益，再平摊到合作年限中，以逐年向集体经济组织返还的方式来支付所谓的固定分红。该等模式的弊端也是明显的，即剥夺了集体经

济组织参与租赁住房项目运营所带来的浮动收益分配的可能，仍然延续了旱涝保收和租地的传统思路，并不利于集体经济组织更为广泛地通过政策的变化来分享政策红利。同时，固定分红的要求，也大大限制了社会投资主体的投资热情，未将集体经济组织作为平等的市场参与主体对待，有过度保护的嫌疑。

而随之而来的另一个问题是，固定分红是否意味着集体经济组织不承担经营风险？目前在要求固定分红的地区的实践中，集体经济组织很自然的认为既然有保底分红，即意味着旱涝保收，也不需要承担经营风险。而根据公司法原理和我国最高院对传统的合作开发房地产的态度，对于不承担经营风险而仅收取固定回报的投资主体，通常会否定其股东身份而被认为属于名股实债。根据最高院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》的规定：“农业集体经济组织以提供自己所有的土地使用权参加合伙型联营的，应当按照联营合同的约定承担联营债务，如合同未约定债务承担比例的，可参照出资比例或者盈余分配比例承担。”虽然该司法解释暂时仅提及合伙型联营，但债务分担的原则不应根据项目公司的组织形式的不同而有不同。

同时，根据《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条的规定：“合作开发房地产合同约定提供土地使用权的

当事人不承担经营风险，只收取固定利益的，应当认定为土地使用权转让合同。”虽然该规定仅适用于国有土地使用权，但目前在建立城乡统一的建设用地市场、集体建设用地与国有建设用地同等入市、同价同权的背景下，集体土地的合作开发模式和流程无疑是与国有土地的开发建设模式高度类似的，同时在建立统一的交易规则和配套机制的方向上，应该是趋同的，而非建立两套完全不同的市场规则与法律规则。

目前因为还在试点期间，自 2017 年 8 月《建设租赁住房试点方案》发布后，因各个试点城市地方性试点实施政策刚刚落地不久，13 个试点城市实际开展的项目寥寥无几。截止 2018 年 11 月底，根据各试点城市政府部门披露的相关信息，目前收集汇总已有 8 个试点城市共计启动了 13 个试点项目。目前已披露的 13 个项目中，其中 4 个为已开工项目，仅占比 30.77%；剩余 9 个项目均尚未开工。由此可见，即使是已披露的该 13 个试点项目，大部分也仍处于初期阶段，还没有到项目风险爆发或发生争议的阶段，没有可供验证的司法裁判态度。

鉴于此，以集体土地出资项目的收益分配以及由此带来的风险分担规则的明确和统一，是个亟待解决的问题。

五、资产权属归属原则及处置问题

13 个试点城市实施方案中，仅有北京、肇庆、合肥、沈阳、南京等 5 个城市对资产的归属与管理作了明确的规定，其中关于集体租赁住房涉及的土地使用权和房屋所有权，以集体经济组织为申报主体的，归农民集体所有。而以联合体为申报主体的，上述试点城市对此作出了基本类似的规定，如北京规定，以集体经济组织与国有企业合作成立的企业申报的，集体租赁住房涉及的土地使用权和房屋所有权归新成立的企业所有；合肥规定，以联合体为申报主体的，集体租赁住房及其附属设施设备涉及的土地使用权和房屋所有权办至联合体名下，集体建设用地所有权仍归原集体经济组织所有。

上述关于集体土地的使用权和地上新增建筑物（即租赁住房）的资产权属，区分了不同的申报主体来确定归属。第一种情形下，以集体经济组织为申报主体的，则土地使用权与房屋所有权归集体经济组织，第二种情形下，以集体经济组织和社会投资主体投资的联合体为主体申报的，则土地使用权与房屋所有权归联合体。

在第一种情形的实践操作中，有些租赁住房项目因为前期已经以集体经济组织的名义完成申报和立项手续，甚至完成了占地手续，在该阶段再开始引入社会投资主体进行合作开发建设。在该种情形下，若后续无法完成将立项主体及后续的报批报建手续变更为集体经济组织与社会投资主体新设的联合体的话，则后续的建设名

义主体仍将是集体经济组织。该模式和情形下可能产生的问题是，在非集体经济组织自筹资金模式下，后续的集体土地的拆迁、腾退、安置补偿和建设运营资金，往往均全部由社会投资主体承担，而若按照前述部分地区的规定，则地上的新增建筑物的归属亦将归集体经济组织所有。类似的问题同样会出现在第二种情形中，即便是规定房屋所有权归联合体所有，但部分地区因为规定了集体经济组织的持股比例，同时也规定了集体经济组织一方要有保底分红，实际上限制了各方对项目公司的权益进行自由分配的空间，同时也会产生各方将按照持股比例享有房屋所有权带来的权益的歧义和模糊空间。

集体土地所有权归属于集体经济组织自不待言，但集体土地上的新增建筑物在全部由社会投资主体出资建设完成的情况下，直接规定地上新增建筑物的所有权归属就将与实际权益的归属发生冲突。

《物权法》第一百四十二条规定：“建设土地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但有相反证据证明的除外。”

《物权法》的上述规定，实际对于地上新增建筑物的归属与建设用地使用权人区分留出了空间，并不否认实际权属主体的不一致的情形。而囿于我国不动产统一登记制度，为了保护交易安全采取了不动产权利外观以登记为准的标准，但并不否

认在对内关系上各方根据实际权利义务关系来确定地上新增建筑物的权益分配关系。

我国《物权法》第六十七条规定：“国家、集体和私人依法可以出资设立有限责任公司、股份有限公司或者其他企业。国家、集体和私人所有的不动产或者动产，投到企业的，由出资人按照约定或者出资比例享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务。”

由此可以看出，我国法律对于集体资产产生收益分配的规定，同样尊重当事人的约定。对于不同情形下租赁住房项目的房屋所有权的归属问题，政策层面一刀切地直接规定权属归属原则，并没有充分尊重实践操作，由此而来的后果是，因租赁住房项目均需要巨大的前期投资，在社会投资主体全资投入建设项目完成后，在多数情况下，还需要至少长达十年以上的周期来收回前期投资，遑论盈利。而一旦在前期投资收回之前，与集体经济组织因为发生争议导致合作终止或者解除合同的情况下，按照部分地区的政策规定，地上新增建筑物的所有权是归集体经济组织所有，或者根据各方的持股比例去分配地上新增建筑物的权益，而实际上集体经济组织并没有对于新增的房屋有任何资金投入，若直接根据政策规定确立了对新增建筑物的所有权继而享有了权益分配的权利，这对于社会投资方来说将是一个非常大的风险与不确定性，显失公平，这也导

致在实践中很多项目因为风险控制无法满足要求而迟迟无法推进。

当然我们也看到，个别地区对于租赁住房的所有权问题是谨慎的，比如沈阳就仅规定了集体建设用地所有权归集体经济组织所有，回避了房屋产权归属的问题；合肥的表述为“以联合体为申报主体的，集体租赁住房及其附属设施设备涉及的土地使用权和房屋所有权办至联合体名下”，我们认为该表述是慎重和准确的，既没有对房屋权属的归属直接做判断，也尊重了不动产登记要求。再退一步讲，即便是根据法人财产权的要求将房屋所有权的归属确定为联合体所有，亦应当允许各方不根据持股比例来确定权益的分配，从而达到间接分配房屋所有权权益的目的。同样的原则也应适用于以集体经济组织单方作为项目的申报主体，但由社会主体全资投资建设的情形。

只有尊重各方根据商业实践而做出的权利义务安排，尊重产权的实际归属，才能充分调动社会投资主体投入该等项目的积极性。

六、结语

鉴于本文讨论的部分问题，例如租赁住房建设持有主体资格、集体建设用地单独抵押等问题，均有赖于法律层面的修订，而随着《土地管理法》征求意见稿的出台，

删除了关于建设用地只能使用国有用地的规定，以及全国人大常委会关于集体用地入市试点时间和建设用地二级市场流转规则试点均将于 2018 年年底结束，十八届三中全会中央一号文件《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》也提出“建立城乡统一的建设用地市场”、集体建设用地要与国有建设用地“同等入市，同价同权”。通过总结和反思试点期间各地实践和现行政策出现的冲突和障碍，笔者可以预见，随着集体建设用地配套法律

制度和流转路径的明确，以及流转配套市场的建立，我国必将迎来社会投资主体踊跃利用集体建设用地合作开发自持项目的热点和高峰。

来源：天达共和法律观察

作者：马丽红 匡令清

律师 名片



马丽红

天达共和合伙人

北京办公室 不动产事业部

邮箱: malihong@east-concord.com

电话: +8610 6510 7480

马律师在不动产和建设工程领域有超过 10 年的经验，熟悉项目开发建设的流程。马律师擅长境内外的投融资及并购法律事务，为多家国企、外企及民企提供过常年和专项法律服务。近年来，马律师的主要业务领域包括不动产投融资、企业并购、商业地产、健康养老等，服务的客户包括万科、港中旅、华融置业、中石化、天行九州、华润置地、光大安石、永旺中国、优客工场、远洋集团等。马律师曾担任过上市公司高管，具有敏锐的商业思维和广阔的商业视角，擅长用法律手段解决商业问题，深为客户信赖。马律师有会计从业资格证书和基金从业资格证书，并同时具有中国法和美国法教育背景，能用流利的英文工作。马律师并擅长商务谈判，受邀为多家机构和企业讲授谈判课程，深受学员好评。2018 年，马律师被评为“ALB 客户首选律师”及“北京市朝阳区优秀律师”。

律师 名片



匡令清

天达共和律师

北京办公室 不动产事业部

邮箱: kuanglingqing@east-concord.com

电话: +8610 6510 7079

匡律师的主要领域包括不动产和不动产金融、商业物业运营与管理、收购与兼并、投资与融资。服务的客户包括北京万科、远洋集团、链家地产、华融置业、港中旅（中国）有限公司、永旺中国、华润置地、首都发展集团、中国优客工场、天行九州控股集团、熊猫精酿等。匡律师在房地产开发、商业地产运营管理、大型并购与投融资交易及不动产金融等的风险控制和法律服务等领域有超过十年以上的经验；同时，长期的公司法务管理经验也保证能从客户内部视角来更好地平衡商业利益与法律风险的控制，从而为客户提供商业利益最大化的法律服务。



实务聚焦

之 展期融资中原抵押权实现策

债权银行与借款人协商采取“贷款展期”是商业银行常见的贷款风险化解方式。但实际办理中，为迅速压降不良指标，部分展期业务未能取得抵押人同意。就目前经济形势看，一些展期融资是否能够按期归还仍存在较大不确定，对原抵押权行使的迫切性、必要性日益凸显。因此，有必要分析展期融资所涉原抵押权实现方式，防止抵押脱保。

一、问题的提出

在展期融资中，要求担保人对借款展期出具继续担保确认函或者在展期协议上签字确认，是一般通行方式。但在担保方与借款人无关联关系或者不存在互保情况下，要求担保人继续对展期融资进行担保，担保人一般从风险考虑予以拒绝。虽然此种情况下银行仍可以继续为借款人办理展期，但此时原担保人对因展期增加的债务承担担保责任。而且，根据《物权法》第 202 条规定：“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。”抵押权存在因展期未能及时行使而灭失风险（各地法院观点有所不同，有法院认为此种情形下抵押权只是不受法律保护，即抵押权人丧

失的是抵押权受法院保护胜诉权）。

在此情况下，为防范脱保风险，债权银行应当在主债权诉讼时效期间内行使抵押权。因此，对主债权诉讼时效的起算时点判断尤为关键，即原抵押权对应的主债权诉讼时效是展期后债权的诉讼时效还是原主债权诉讼时效。对此，法律并未明确。实践中，为防范原抵押脱保，债权银行一般防范措施是主债权展期期间在原债务诉讼时效期间内。这样展期债权到期后，债权银行仍可以向原抵押人主张其对原债权的担保权益。但有些贷款展期期间（或经过多次展期）超过了原债务诉讼时效期间，如果借款人按照展期协议并不存在违约行为，此时主债权诉讼时效期间的界定将不可避免，同时，在展期主债权尚未到期情况下是否可以要求实现抵押权也需要明确。

二、问题的分析

（一）原抵押对应的主债权诉讼时效期间界定

在主债权展期情况下，主债权的诉讼时效期间延至到期日起算，这没有问题。但抵押权人是否可以在展期到期后的诉

诉讼时效期间内行使抵押权？笔者认为，在原抵押人未对展期提供担保情况下，原抵押权应当在原债权诉讼时效期间内行使。

1、贷款展期一般意味着债务随着时间的延长而导致收回不确定性增加，同时，主债权也随利息增长而增加。在抵押人并未同意对展期债权提供担保情况下，此类增加的风险及债权不应由抵押人承担。因此，原抵押只应对应展期前债权。

2、如果债权银行可以在展期债权的诉讼时效期间内行使原抵押权，违反立法本意。《担保法司法解释》第12条第2款规定：“担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。”后《物权法》第202条对此进行了修改。从立法目的看，对担保物权的行使期间进行限制，意在于督促抵押权人在合理期间内行使权利，充分发挥抵押财产的经济效用，同时避免使抵押人义务处于长期不确定的状态。因此，如展期未经第三方抵押人同意，而仍机械适用《物权法》第202条，允许抵押权人在展期后的主债务诉讼时效期间内行使抵押权，不符合立法本意。

(二) 展期债权未到期是否可以行使原抵押权

根据上述结论，抵押权人应当在原主债权诉讼时效期间内行使抵押权。但此时主债权因展期尚未到期，抵押人是否需承

担担保责任？笔者认为，即使展期债权未到期，抵押权人也可以在原主债权诉讼时效期间内行使抵押权。分析如下：

《物权法》第170条规定：“担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。”据此，抵押权的实现，需具备以下条件之一：（1）主债权履行期限已经届满；（2）发生当事人约定的实现抵押权的情形。满足上述条件之一，抵押权人即可按照法律规定的方式处分抵押财产以实现债权。

贷款展期的法律性质一般认为属于合同变更。例如，《最高人民法院关于展期贷款超过原贷款期限的效力问题的答复》（法函〔2000〕12号）规定，“展期贷款性质上是对原贷款合同期限的变更。”

最高人民法院（2014）民申字第629号泉州市丰泽区清源房地产开发有限公司、王德利与王德瑞与中国工商银行股份有限公司泉州洛江支行、林一菱一般借款合同纠纷申请再审案民事裁定书亦认为：

“虽然三方当事人于2009年10月30日签订《委托贷款展期协议》，约定将该贷款期限向后顺延三个月，但展期协议并未发生新的债权债务关系，故展期后的债权仍属于《最高额抵押合同》约定的担保范围。”

在贷款展期的性质定义为合同变更情况下，可以将原债权合同认定为主合同，展期协议为补充合同。对此，抵押权人可以主张展期协议为原主债权合同的补充协议。在此情况下，债务人需履行原主债权合同和补充协议约定。原主债权合同对应的是本金及原合同到期日的利息，补充合同对应的是展期本金产生的利息。因主合同对应的主债权到期后借款人并未还款，根据《物权法》第 170 条规定，符合抵押权实现的主债权已经届满条件。

另外，按照合同相对性原理，借贷双方未在抵押人同意情况下擅自延长还款期限对抵押人并不发生法律效力。对抵押人来说，其抵押合同的主合同仍为延长期限前的主债务合同，而不是延长期限之后的展期合同。

在上述结论下，如果展期债权尚未到期，而原主债权诉讼时效期间即将届满，此时，抵押权人可以行使抵押权。但此种方式下行使抵押权，仍需考虑主债务风险情况，并结合借款人、担保人配合程度予以决策。

三、原抵押权行使方式分析

抵押人行使抵押权的方式，《物权法》和《担保法》均有明确规定。《担保法》第 53 条第 1 款规定：“债务履行期届满抵押权人未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押

权人可以向人民法院提起诉讼。”《物权法》弥补了《担保法》不足，在第 195 条规定申请实现担保物权方式。对此三种实现担保物权方式，在实现原抵押权中，可以根据融资情况选择适用。本文讨论的前提是抵押人不予配合，因此，债权人只能采取实现担保物权或诉讼程序。

（一）实现担保物权程序

如果担保合同未对抵押实现条件进行特别约定的，抵押权人可以主张实现抵押权的条件应为“主债权履行期限已经届满，债务人不履行其债务”。但对展期融资而言，因展期融资尚未到期且债权银行的目的只是不想放弃原抵押权利，因此并不想对债务人提起诉讼。此时，抵押权人是否可以申请实现担保物权程序？笔者认为，即使在展期融资未到期情况下，原抵押担保的主债权已经到期且担保范围可以确定，抵押权人可以申请实现担保物权程序。分析如下：

《民事诉讼法解释》第 367 条、第 371 条分别规定了申请实现担保物权需提供的材料及法院审查范围。其关键是需要提供材料，证明债权已届清偿期及被担保的债权范围。笔者认为，对展期融资的原抵押担保申请实现担保物权程序，可以满足上述要求。

1、原抵押担保的主债权已经届满（见上文分析）。如果抵押人抗辩主张主债权不能割裂，抵押担保的主债权并未到期。

那么根据《物权法》第 202 条规定，抵押人将受到展期后债权诉讼时效制约。即使法院裁定终止本次申请实现担保物权程序，抵押人也将无法脱保，并更有利于债权银行后续债权的维护。

2、被担保债权范围为展期的本金及原主合同到期日的利息。《担保法》第 24 条规定：“债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。”《担保法司法解释》第 30 条也规定了债务延期需要保证人书面同意，否则保证人对加重部分不承担保证责任。保证与抵押同为债的担保方式，在此处应该具有相同性质。如果主债权展期未得到抵押人同意，抵押人只对原主债权承担担保责任，不对展期增加的债权承担担保责任。

对如何确定主债权具体金额，一般认为，抵押人只对主债权到期日的债权本金及利息承担责任，对展期产生的利息不承担责任。也有观点未考虑展期背景，认为如果债权银行和债务人不协商展期，因借款人违约，抵押人除承担到期日的债权本金及利息外，还应承担违约罚息及未履行期间的利息。笔者认为，债权银行主张权利时，法院应当以实际情况作为裁判标准。既然主债权已经展期，那必然不存在违约罚息及未履行期间的利息。因此，在抵押人不同意展期情况下，抵押人只对原债务到期日的本金及利息承担担保责任。

(二) 提起诉讼程序

如采取提起诉讼程序，考虑到展期融资尚未到期，可采取分拆诉讼方式，即只起诉原主债权和原抵押人（主债权确定及担保范围问题可以参照上文申请实现担保物权程序）。因展期融资尚未到期，此种方式需借款人理解并予以配合。但需要关注的是：

1、债权银行不可以单独起诉抵押人。有观点认为，债权人拥有主债权和抵押权两种权利，该两种权利并不冲突。既然连带责任方式中可以单独起诉保证人，在抵押担保方式中，也可以单独起诉抵押人。笔者认为，第三人抵押属于物上的保证，债务人是真实债务人。而在连带责任保证中，保证人对债权人承担连带清偿责任，与债务人地位相同。因此，连带责任保证与第三人抵押性质仍有不同。而且《担保法解释》第 128 条第 1 款也规定：“债权人向人民法院请求行使担保物权时，债务人和担保人应当作为共同被告参加诉讼。”根据此规定，债权人请求行使担保物权时，必须同时起诉债务人和抵押人。

2、分拆起诉不会对展期利息的追索产生障碍。根据《民事诉讼法解释》第 247 条规定：“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：1、后诉与前诉的当事人相同；2、后诉与前诉的诉讼标的相同；3、后诉与前诉的诉讼请求相同，但后诉的诉讼请求实质上变更了前诉诉讼请求的除外；4、后诉与前诉的诉讼请求虽不同，但后诉的诉讼请求实质上包含在前诉诉讼请求之内。”

前诉的诉讼请求相同,或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。”

笔者认为,采取此种按照时间段对诉讼标的进行分割并分别主张的权利行使方式,诉讼标的并不相同,不构成重复起诉。

最高人民法院(2014)民二终字第147号中国农业银行股份有限公司陕县支行与方大炭素新材料科技股份有限公司、三门峡惠能热电有限责任公司金融借款合同纠纷案民事二审判决书认为:

“根据本案查明的事实,对于案涉18700万元贷款所产生的利息债权,陕县农行采取了按照时间段对诉讼标的进行分割并分别主张的权利行使方式,先后形成了2010年诉讼以及本案诉讼。2010年诉讼中,陕县农行除主张借款本金18700万元外,还明确主张计算至2008年10月20日的借款利息;而在本案中,陕县农行则主张上述借款在2008年10月21日至2012年11月15日期间产生的利息。两个案件的诉讼请求虽同属于18700万元借款本金所产生的利息债权,但诉讼标的数额不同,产生的时间段不同,因此两个案件审理的并非一事。陕县农行提起本案诉讼并不违反《民事诉讼法》第124条第5项之规定。原审法院认定本案不违反一事不再理原则,并无不当。方大炭素公司上诉主张陕县农行提起本案诉讼违反一事不再理原则,缺乏事实

及法律依据,本院不予支持。”

需要注意的是,无论采取上述哪种方式,债权银行必须合理利用执行期间保障主债权不受干扰。按照物权法规定,提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿。因此,抵押人在履行担保责任后,很可能向借款人追偿并申请财产查封等措施。此时,债权银行很可能不得不宣布展期提前到期,贷款风险化解方案面临无法实施风险。为避免激化与抵押人矛盾,债权银行应当充分利用申请执行期间。

在实现担保物权程序中,法院审查后,如符合规定,将裁定拍卖变卖抵押物,债权银行可依据该裁定向法院申请执行;在诉讼方式中,法院一般判决认定主债权金额并确定债权人对抵押物享有优先受偿权。对此,债权银行可以把握二年的申请执行期限,在适当时机申请执行,以免抵押人承担担保责任后向债务人追偿。

来源: 高杉 LEGAL

作者: 侍苏盼

成功，始于助人成功



伟大的思想能变成巨大的财富。 —— 塞内加

天达共和律师事务所
East & Concord Partners



咨询热线

+8610 6590 6639

北京市朝阳区东三环北路8号亮马河大厦写字楼1座20层

网址：www.east-concord.com

邮箱：beijing@east-concord.com

