

# NEWSLETTER 中伦e简报 深度观察



中倫律師事務所  
ZHONG LUN LAW FIRM

医疗大数据跨境传输合规方案解读 001/

激活网络安全审查制度 011/  
筑牢数据安全篱笆  
——《网络安全审查办法(修订草案征求意见稿)》评析

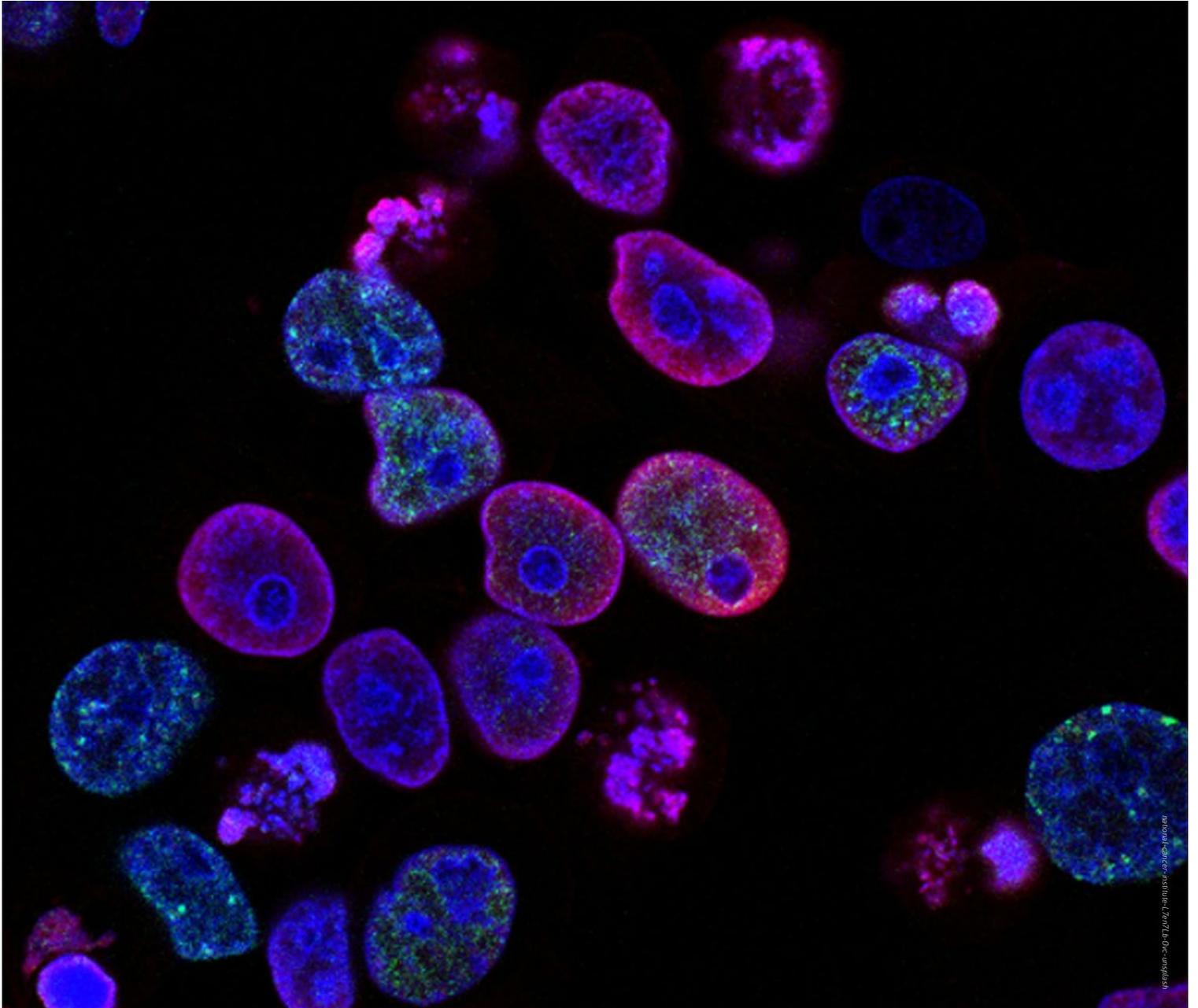
股票(权)收益权交易分析与合规体系构建 020/

社会资本如何投资 030/  
北京集体土地租赁住房项目

“遗产管理人”司法裁判观点 044/  
的六个问答

# 医疗大数据跨境传输 合规方案解读

作者：葛永彬、董剑平、邵亚光、戴鹏



近期,数据安全话题持续升温,国家互联网信息办公室相关部门先后要求下架多款App,并持续对多家公司实施网络安全审查。随后,《网络安全审查办法(修订草案征求意见稿)》对外发布,明确了掌握超过100万用户个人信息的数据处理者赴国外上市,必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查。受此影响,多家计划赴美IPO的企业被推至资本市场热议前沿。

放眼医药行业,随着《数据安全法》正式实施的脚步逐渐临近,医疗数据资产价值飞速提升的同时,资本市场发展、数据跨境流动与国家安全和公共利益之间的考量成为各方关注的焦点。医疗数据的生物(理)特征、隐私特征和伦理特征都使其天然带有“安全红线”属性,数据应用与数据保护之间的紧张关系更为严峻。我们认为,对于医药行业从业者和投资机构而言,必须首先认清数据领域日益从严的监管态势,立足数据开发与应用的先进性与数据安全法规体系建设的滞后性之间尚不平衡的客观现实,主动把握监管思路,提前构建合规底线清单,尤其是大量非关键信息基础设施的运营者,若不能尽早理清自身适用的数据安全义务,就很有可能在医药产业数字化合规发展必经的“阵痛期”当中败下阵来。

本文以医疗数据跨境传输为切入点,通过分析当前数据安全总体形势,结合医疗数据跨境传输不同场景,总结监管部门对医疗数据跨境传输的规制内容,以期与医药行业从业者携手共建医疗数据安全跨境传输的合规管理机制。

## 第一部分\

# 医药企业数据安全合规形势

《数据安全法》将于今年9月1日实施。该法重点关注数据安全保障制度方面的建设,包括:数据分类分级保护、数据安全风险预警机制、数据安全应急处置机制、数据国家安全审查机制等。上述制度背后蕴含着大量企业应遵守的法律义务,势必对企业的合规工作产生重大影响。换言之,涉及数据处理活动的企业不仅要基于民商事

法律履行契约合规义务,还要服从于公权力机关出于对公共利益的考量而课以的数据安全防护义务。因此,任何一个数据收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等环节均需同时符合国家安全、公共安全、个人人身安全以及交易安全的要求,可想其背后要经受多少重复复杂的制度规制。

纵观美国与欧盟,对数据安全的监管与保护更趋严苛。美国的健康保险隐私及责任法案(“HIPAA”)及其《个人可识别健康信息的隐私标准》在保证医疗数据合理流动从而更好服务于医

疗事业的同时,确保公民的个人医疗信息受到合理的保护。根据HIPAA的隐私规则,适用主体只能在以下两种情况中使用或披露受保护的个人信息:(1)个人信息主体或其授权的代表以书面的形式授权此类个人信息的使用或披露;或(2)根据HIPAA隐私规则允许或要求使用或披露。而美国财政部海外投资委员会(“CFIUS”)针对2018年出台的《2018年外国投资风险评估现代化法案》(“FIRRMA”)发布的《最终法规》已于2020年2月13日正式生效。该法案授权CFIUS对搜集及掌握美国公民之“敏感个人数据”(Sensitive Personal Data)的非控股投资交易进行审查。《最终法规》将敏感个人数据分为两类:“基因检测”和“可识别数据”,其中健康保险的申请数据、与个人的身体或心理健康状况有关的数据均被列入可识别数据类别清单。同样,已生效实施三年多的欧盟《通用数据保护条例》(“GDPR”)也高度重视数据合规审查,其中的数据处理合法性(第6条)、数据处理协议DPA(第28条)、数据保护影响评估DPIA(第35条)以及数据跨境流动机制(第5章)等均成为监管机构的具体执法手段。

## 第二部分\

# 医疗数据跨境传输的法律规制

目前,我国针对医疗数据的监管规定分散

在不同的法律法规中,并没有明确统一的规定,同一数据处理主体收集的医疗数据可能涉及到多种法规的监管,同一医疗数据又因监管角度不同而构成多种受保护的数据类型,无疑为医药行业从业者以及相关投资机构的合规或是尽调工作增加难度。

## (一) 医疗数据的含义及属性

医疗数据的来源和范围具有多样化的特征,包括病患数据、病历信息、医疗保险信息、健康日志、基因遗传、医学实验、临床数据、IVD及第三方检测数据、科研数据等。通过对目前颁行的医疗行业法律法规、标准和指南的归纳,医疗数据又可进一步细分为健康医疗大数据(患者数据)、个人健康医疗数据、医疗器械领域的健康数据;人口健康信息、个人健康生理信息;人类遗传资源;病历(电子病历)。而医疗数据作为电子化的信息本身,在《民法典》《网络安全法》以及《数据安全法》的安全监管体系中又分属于个人信息中的敏感信息以及与国家安全、经济发展以及社会公共利益密切相关的重要数据。因此在开展医疗数据合规工作时,医药行业从业者既要关注行业规范的具体要求,也不能忽视网络及数据安全监管体系中的医疗数据属性。



## (二) 数据出境的含义

根据《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》第十七条的规定,数据出境,是指网络运营者将在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据,提供给位于境外的机构、组织、个人。《信息安全技术 数据出境安全评估指南(征求意见稿)》进一步描述了数据出境的含义,即网络运营者通过网络等方式,将其在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据,通过直

接提供或开展业务、提供服务、产品等方式提供给境外的机构、组织或个人的一次性活动或连续性活动。

## (三) 医疗数据跨境传输的法规梳理

### 1. 数据跨境传输的一般规定

下表简要罗列了目前生效的或是尚在征求意见的法律法规、标准和指南中涉及数据信息跨境传输(共享)的有关规定。

《网络安全法》第三十七条	关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要,确需向境外提供的,应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估;法律、行政法规另有规定的,依照其规定。
《数据安全法》第二十四条、第三十一条	国家建立数据安全审查制度,对影响或者可能影响国家安全的数据处理活动进行国家安全审查。 关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理,适用《中华人民共和国网络安全法》的规定;其他数据处理者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理办法,由国家网信部门会同国务院有关部门制定。
《网络安全审查办法》第二十条第一款	关键信息基础设施运营者是指经关键信息基础设施保护工作部门认定的运营者。
国家互联网信息办公室有关负责人就《网络安全审查办法》相关问题答记者问	根据中央网络安全和信息化委员会《关于关键信息基础设施安全保护工作有关事项的通知》精神,……卫生健康……等行业领域的重要网络和信息系统的运营者在采购网络产品和服务时,应当按照《办法》要求考虑申报网络安全审查。
《贯彻落实网络安全等级保护制度和关键信息基础设施安全保护制度的指导意见》	重要网络和信息系统的包括符合认定条件的基础网络、大型专网、核心业务系统、云平台、大数据平台、物联网、工业控制系统、智能制造系统、新型互联网、新兴通讯设施等重点保护对象。
《信息安全技术 公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》	未经个人信息主体的明示同意,或法律法规明确规定,或未经主管部门同意,个人信息管理者不得将个人信息转移给境外个人信息获得者,包括位于境外的个人或境外注册的组织和机构。
《互联网个人信息安全保护指南》	个人信息原则上不得共享、转让。
《个人信息保护法(草案二次审议稿)》第三章	个人信息跨境提供的规则。
《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》第三条第一款	个人信息出境前,网络运营者应当向所在地省级网信部门申报个人信息出境安全评估。

<p>《个人信息和重要数据出境安全评估办法（征求意见稿）》第二条</p>	<p>网络运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据，应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照本办法进行安全评估。</p>
<p>《信息安全技术 数据出境安全评估指南（征求意见稿）》</p>	<p>详细规定了安全评估的流程和要点。</p>

此外，《数据安全法》还新设立了数据主权的保卫机制。2018年美国《澄清境外数据的合法使用法案》（“CLOUD ACT”）签署生效，该法案扩张了美国执法机构获取存储于境外的数据的能力，引发国际社会对数据主权的担忧。《数据安全法》明确规定，向境外司法机构或执法机构提供境内存储的数据需经主管机关批准。

## 2. 医疗数据跨境传输的特殊规定

健康医疗大数据原则上应当存储于境内服务器，因业务需要确需向境外提供的，应按照相关法律法规及有关要求进行安全评估审核；与之不同的是，人口健康信息则必须严格遵循本地化处理要求。值得注意的是，《人口健康信息管理办法（试行）》对于人口健康信息的本地存储义务并未规定任何的例外情景，其明确要求“不得将人口健康信息存储于境外服务器，不得托管、租赁在境外的服务器”。换言之，一旦医疗数据属性上构成人口健康信息，其跨境传输活动将被严格禁止。

与人口健康信息不同的是，人类遗传资源在特定条件下可以跨境传输。根据《人类遗传资源

管理条例》，利用我国人类遗传资源开展国际合作科学研究，或者因其他特殊情况确需将我国人类遗传资源材料运送、邮寄、携带出境的，应符合特定条件，并取得人类遗传资源材料出境证明。

根据《信息安全技术 健康医疗数据安全指南》的有关规定，基于学术研讨需要的健康医疗数据跨境传输宜进行必要的去标识化处理，经数据安全委员会讨论审批同意，且数量在250条以内的非涉密非重要数据可以提供。对于不涉及国家秘密、重要数据或者其他禁止或限制向境外提供的数据，宜经主体授权同意和数据安全委员会讨论审批同意，且累计数据量控制在250条以内。



### 第三部分\

## 医疗数据跨境传输合规风险的应对策略

### (一) 医疗数据跨境传输的场景分析

《信息安全技术 健康医疗数据安全指南》列举了8个医疗数据应用的典型场景,就其可能存在的跨境传输情形试析如下:

### (二) 医疗数据跨境传输的合规义务(“三明二定两前提”)

前述场景中均存在医疗数据跨境传输或共享的实施可能,通过对数据跨境传输的一般规定和医疗数据跨境传输的特别规定的归纳和总结,我们理解,实施医疗数据信息跨境传输必须履行如下合规义务:

-明确主体(信息主体;数据收集、使用主

医疗数据应用的典型场景描绘	跨境传输情形
1) 医生在提供健康医疗服务过程中调阅相应患者数据的场景;	跨境远程会诊、跨境转诊
2) 患者通过在线方式查询本人健康医疗数据的场景;	数据存储服务器变更至境外
3) 学术性医学中心、研究机构等进行临床研究的场景;	跨境学术研讨与临床研究
4) 第三方政府部门或企业等,出于非营利性目的申请对健康医疗数据进行二次利用,也就是和收集时目的并不相同的利用的场景;	全球公共卫生事件解决机制下的跨境医疗合作
5) 通过健康传感器采集与被采集者健康状况相关的数据,应用于医疗服务和健康生活的场景;	健康传感器采集数据存储服务器位于境外
6) 通过网络为个人提供在线健康医疗服务或数据服务的移动应用程序的场景;	移动应用程序数据存储服务器位于境外
7) 商业保险公司经购买商业保险的主体授权,与医疗机构建立连接的场景;	境外商业保险公司调取境内投保人的医疗数据
8) 医疗器械厂商对器械进行远程维护,读取数据,维护日志和报告的情形。	跨境远程维护、读取数据

体;数据跨境传输的发送方、接收方及为此提供服务的第三方)

-明确医疗数据内容与属性

-明确数据存储地

-定方案(数据出境计划方案;数据接收方的安全保护措施、能力和水平,以及所在国家和地区的网络环境等评估方案;数据出境及再转移后被泄露、毁损、篡改、滥用等风险应对方案)

-定协议(涵盖如下条款:数据处理目的、方式和采取的安全措施;要求数据接收方配合数据发送方对数据出境活动进行调查;要求其在未获得数据发送方的授权前提下,不得对数据进行公开披露及再转移;要求数据接收方使用、留存数据的合法周期及超出合法周期后数据接收方应对数据采取的处理措施如:删除、销毁等;同时配合数据发送方响应个人信息主体的请求,如:访问、更正、删除等。)

**前提一:**取得同意。此等同意必须是个人信息主体明确授权同意。医疗行业通常可采取与个人信息主体签署格式文本的方式,但必须对个人信息的收集、保管、处理、利用等一系列授权信息进行着重标记,并就相关授权的目的、可能产生的风险等向个人信息主体进行解释。

**前提二:**通过评估。一方面,自行组织对

数据出境涉及到的信息交换的合法性、必要性以及安全影响进行评估,并对评估结果负责。数据出境安全评估应重点评估以下内容:(1)数据出境的必要性;(2)涉及个人信息情况,包括个人信息的数量、范围、类型、敏感程度,以及个人信息主体是否同意其个人信息出境等;(3)涉及重要数据情况,包括重要数据的数量、范围、类型及其敏感程度等;(4)数据接收方的安全保护措施、能力和水平,以及所在国家和地区的网络环境等;(5)数据出境及再转移后被泄露、毁损、篡改、滥用等风险;(6)数据出境及出境数据汇聚可能对国家安全、社会公共利益、个人合法利益带来的风险;(7)其他需要评估的重要事项。另一方面,国家网信部门、行业主管部门根据数据出境类型、数量、范围、重要程度等,酌情组织开展主管部门评估。

### (三)医疗数据跨境传输的其它合规保障机制

#### 1.重要数据处理活动风险自评机制

涉及医疗数据中重要数据跨境传输的企业或组织,应当根据《数据安全法》第三十条的有关规定,结合重要数据所处业务特性、跨境应用场景及流转路径,定期开展风险评估工作,包括处理的重要数据的种类、数量,开展数据处理活

动的情况,面临的数据安全风险及其应对措施等,及时开展合规自查和整改工作。与此同时,应当及时关注主管部门后续发布的关于跨境传输的监管细则,从而有效、快速应对后续的监管活动。

## 2.网络安全等级保护机制

网络安全等级保护即对网络进行分等级保护、分等级监管。现行的网络安全等级保护制度是基于《网络安全法》第二十一条规定设置的制度,要求网络运营者应根据相关规定确定其信息系统安全保护等级,并采取相应的保护措施。根据医疗管理法规,一般医院进行互联网诊疗及互联网医院的网络设备设施、信息系统、技术人员及信息安全系统,均应通过第三级信息安全等级保证认证。根据2011年发布的《卫生行业信息安全等级保护工作的指导意见》,三级甲等医院的核心业务信息系统等原则上应不低于第三级,并且对第二级以上信息系统,应当报属地公安机关及卫生行政部门备案。

## 3.关键信息基础设施(CII)安全保护机制

CII安全保护制度,是基于《网络安全法》设置的、针对一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露而可能严重危害国家安全或者公共利益等的信息系统的网络安全保护及合规管理要求体系。如特定的医疗行业经营者被认定构成《网络安全法》下的关键信息基础设施运营者,则需要

严格遵守《网络安全法》第三十七条的有关规定,做好信息数据本地存储和出境安全评估,必要时接受网络安全审查。

## 4.非CII运营者网络安全审查应对机制

当然对于非CII运营者而言,7月10日国家互联网信息办公室发布《网络安全审查办法(修订草案征求意见稿)》进一步明确将网络安全审查的义务主体涵盖到数据处理者,大大拓宽了网络安全审查的义务主体。现行《网络安全审查办法》主要瞄准关键信息基础设施运营者(CIIO),紧盯CIIO采购网络产品和服务等环节,通过实施网络安全审查,对CII供应链的网络安全予以保护。而《网络安全审查办法(修订草案征求意见



稿)》则要求数据处理者开展数据处理活动,影响或可能影响国家安全的,亦应当进行网络安全审查。数据处理包括了数据全周期内的所有活动,且数据处理者也涉及各类主体,同时包括CIIO和非CII运营者。因此,我们理解,非CII运营者可以:(1)持续关注主管部门对CIIO细化后的认定标准,切实评估自身可适用的义务内容;(2)即使不构成CIIO,也应当酌情建立和完善自身的网络安全评估以及网络安全审查预判和应对制度;(3)涉及重要数据出境的,自主履行安全评估等合规义务,以备可能存在的网络安全审查。

## 第四部分 结语

医疗数据安全合规体系建立必须围绕医疗数据全周期的运行开展,正所谓数据跨境传输合规无法“独木成林”。医疗企业必须通过采取必要措施,确保医疗数据信息有效保护和合法利用,并使其处于持续安全的状态。为此,我们建议包括非关键信息基础设施运营者在内的医药行业从业者,提早借助专业第三方的力量建立完整的富有成效的数据安全法律合规体系。☞



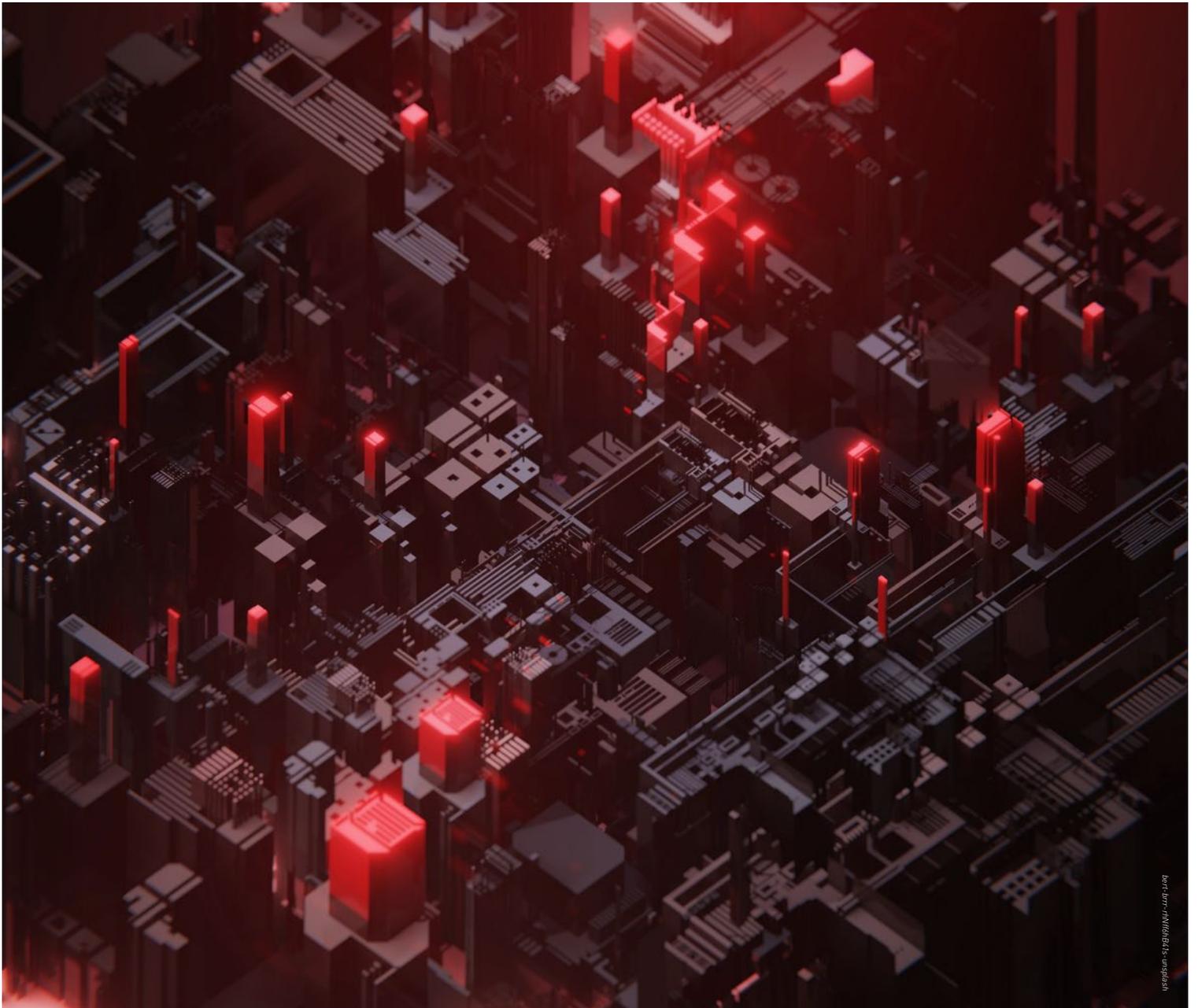
葛永彬  
合伙人  
资本市场部  
上海办公室  
+86 21 6061 3698  
geyongbin@zhonglun.com



董剑平  
合伙人  
资本市场部  
上海办公室  
+86 21 6061 3621  
dongjianping@zhonglun.com

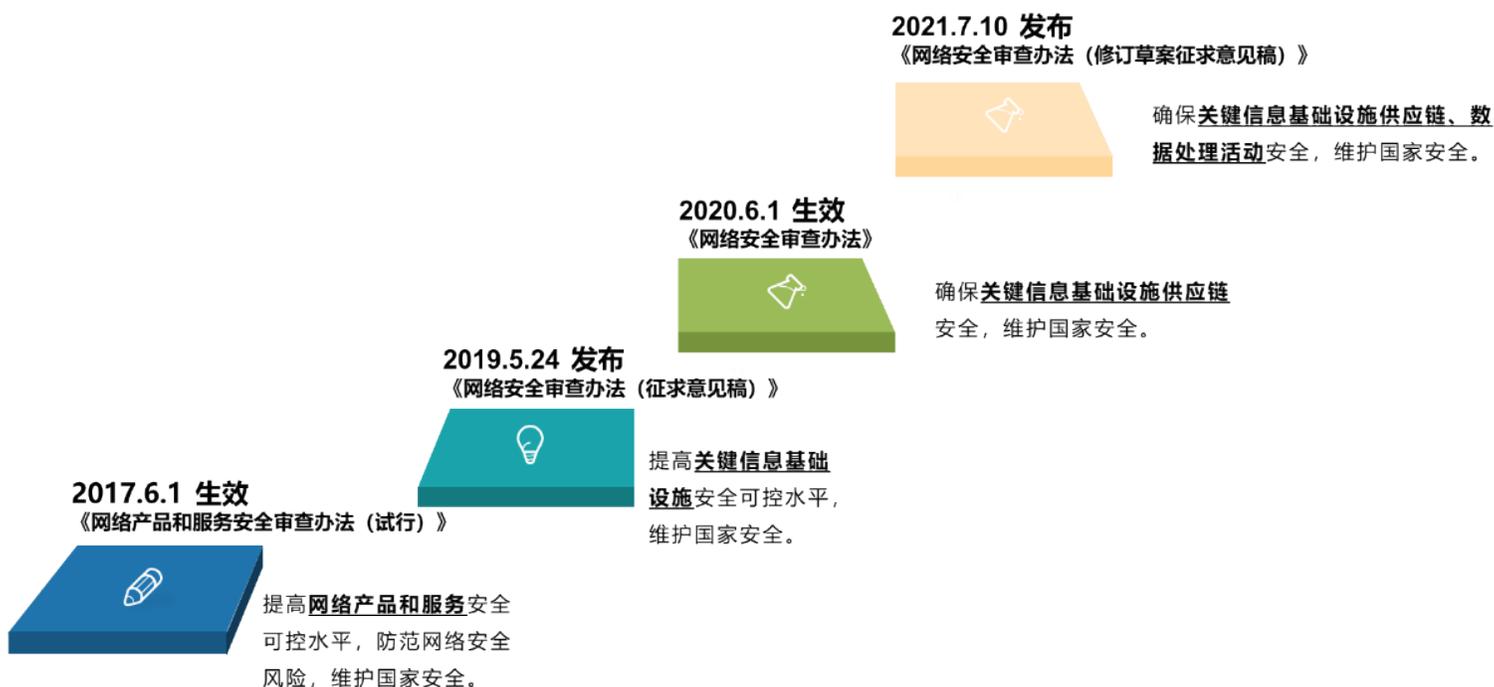
# 激活网络安全审查制度 筑牢数据安全篱笆 -- 《网络安全审查办法(修订草案征求意见稿)》评析

作者：陈际红、蔡鹏、李瑞、贾申、吴佳蔚、王梦迪、骆天、李梦涵



7月10日, 国家互联网信息办公室发布《网络安全审查办法(修订草案征求意见稿)》(以下简称“《审查办法(征求意见稿)》”), 并公开征求意见, 启动对运营了四年时间的网络安全审查制度的又一次修订。此次修订, 一方面是对是近期境内公司国外上市引发数据安全担忧的直接回应, 另一方面, 也将《中华人民共和国数据安全法》(以下简称“《数据安全法》”)所确立的数据安全审查制度纳入到业已建立的网络安全审查制度的范围, 实现数据安全审查制度的尽快落地实施。相较于现行《网络安全审查办法》, 《审查办法(征求意见稿)》增加《数据安全法》为立法依据, 同时对数据处理活动、国外上市行为的网络安全审查作出更加严格的监管。

## 网络安全审查制度立法沿革



我们理解, 网络安全审查办公室最近的一系列网络安全审查行动及《网络安全审查办法》的修订, 在有效地激活网络安全审查制度的同时, 必将重塑这项重要的国家安全审查制度。我们将从立法依据和目的的调整、监管机构的变更、触发条件、审查程序和要点的变更等重点变化分析此次修订对企业的影响, 并提出合规应对的建议。

## 第一部分\

# 覆盖数据安全审查, 增加《数据安全法》为立法依据

《数据安全法》于今年6月10日颁布, 并将于9月10日实施。《数据安全法》呼应《国家安全法》关于建立国家安全审查制度的规定, 建立了数据领域的国家安全审查制度<sup>1</sup>, 对影响或者可能影响国家安全的数据处理活动进行国家安全审查, 但《数据安全法》未对数据安全审查制度所覆盖的审查范围及实施程序予以进一步明确。考虑到《数据安全法》将于9月1日正式实施, 数据安全审查相关配套法规的制定成为社会关注的焦点, 而《审查办法(征求意见稿)》则犹如一场及时雨。

**首先, 本次《审查办法(征求意见稿)》增加《数据安全法》为立法依据, 为监管数据处理活动提供了直接的法律依据; 其次, 《审查办法(征求意见稿)》扩大了网络安全审查的适用, 将数据处理活动纳入到网络安全审查的范围。**现行《网络安全审查办法》规定的应当开展网络安全审查的行为是关键信息基础设施运营者采购网络产品和服务, 影响或可能影响国家安全的行为, 而《审查办法(征求意见稿)》增加了数据处理者开展数据处理活动, 影响或者可能影响国家安全的行为; **第三, 将网络安全审**

查的义务主体涵盖到数据处理者, 大大拓宽了网络安全审查的义务主体。现行《网络安全审查办法》以关键信息基础设施运营者(Critical Information Infrastructure Operator, “CIIO”)为监管抓手, 以CIIO采购网络产品和服务为切入点, 通过网络安全审查维护关键信息基础设施(Critical Information Infrastructure, “CII”)的供应链安排。《审查办法(征求意见稿)》则要求数据处理者开展数据处理活动, 影响或可能影响国家安全的, 亦应当进行网络安全审查。

我们理解, 现行《网络安全审查办法》除了十五条规定的依职权启动网络安全审查外, 以运营者构成CIIO为适用前提, 因此适用范围有限。而由于数据处理包括了数据的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等数据生命周期内的全部活动<sup>2</sup>, 数据处理者也是一个非常广泛的概念, 既包括CIIO也包括非CIIO企业。如果说现行网络安全审查制度只与少数企业有关的话, 《审查办法(征求意见稿)》适用的范围更加普遍。

1.《数据安全法》第二十四条: 国家建立数据安全审查制度, 对影响或者可能影响国家安全的数据处理活动进行国家安全审查。依法作出的安全审查决定为最终决定。  
2. 个人信息保护法(草案)二审稿第四条明确指出: “个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等”。  
《数据安全法》第三条规定, “数据处理, 是指数据的收集、存储、加工、使用、提供、交易、公开等行为”。

## 第二部分\

# 外国上市严监管,证监会被纳入网络安全审查工作机制

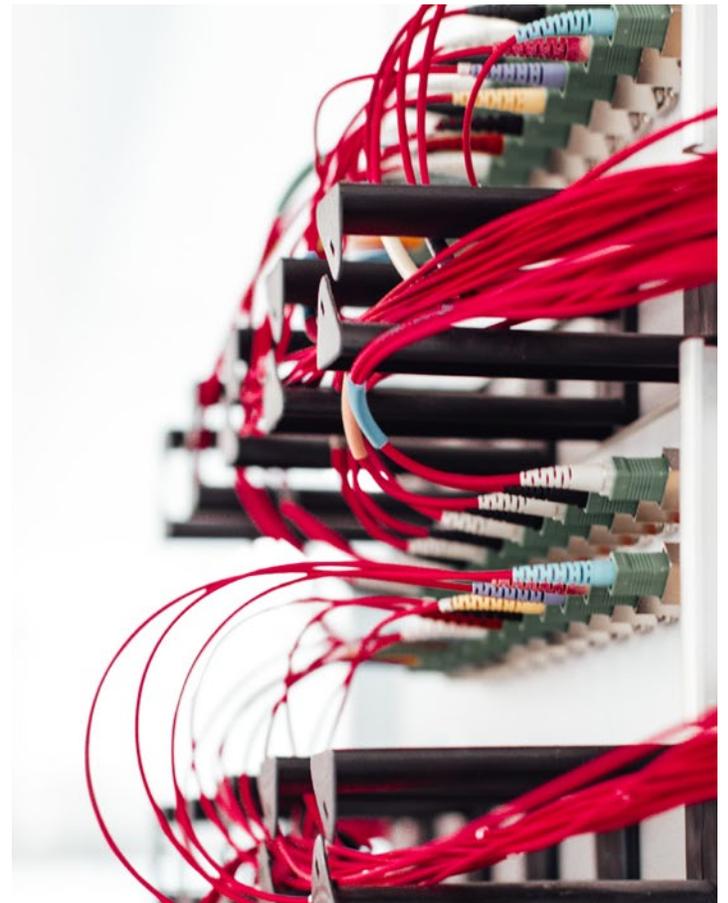
现行《网络安全审查办法》规定,由中央网络安全和信息化委员会统一领导网络安全审查工作,包括国家互联网信息办公室在内的12个国务院组成部门和直属机构共同建立网络安全审查工作机制。网络安全审查办公室设在国家互联网信息办公室,负责制定规范,组织审查,具体工作委托中国网络安全审查技术与认证中心承担。

《审查办法(征求意见稿)》第四条将中国证券监督管理委员会(以下简称“证监会”)纳入国家网络安全审查工作机制成员单位,此调整反映出国家对境内企业境外上市行为所带来的数据安全问题的关注。

2021年7月6日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于依法从严打击证券违法活动的意见》(以下简称“《意见》”)。《意见》明确进一步加强跨境监管执法司法协作,完善数据安全、跨境数据流动、涉密信息管理等相关法律法规,压实境外上市公司信息安全主体责任,加强跨境信息提供机制与流程的规范管理。《意见》体现了国家对证券违法行为的从严打击的意志,加强跨境数据提供的安全管理与规范。《审查办法

(征求意见稿)》中增加中国证券监督管理委员会作为网络安全审查工作机制成员单位,体现了联动、协同管理的监管思路。

国外上市对维护国家数据安全保护提出了更大的挑战:国外上市意味着上市公司需要进行持续性的信息披露,这可能涉及数据的跨境传输和披露。同时,国外上市,有可能受制于“长臂管辖权”。“长臂管辖”的基本法理依据是“最低限度联系理论”和所谓“效果原则”,在国外上市会明显地建立上市企业和该国法律管辖连接点。企业一旦涉及国外司法或行政案件,企业也会面临证据开释或证据配合提供的义务。



## 第三部分 上市申报门槛:百万个人信息

《审查办法(征求意见稿)》第六条是本次修订中的新增条款,明确掌握超过100万用户个人信息的数据处理者赴国外上市,必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查。

首先,该条款中使用了“掌握”这一概念,不同于《个人信息安全规范》中的“控制”<sup>3</sup>,也非《个人信息保护法(草案)》以及《数据安全法》中的“处理”<sup>4</sup>,我们认为该条适用对象包括直接向个人用户提供服务而处理个人信息的企业(通常为个人信息控制者)。但是,包括云服务运营商在内的受托处理数据的企业,是否会因为不构成“掌握”从而被排除在外,其内涵有待后续修订予以明确。

其次,关于“100万用户个人信息”的触发门槛。对于数据处理者而言,能够发展到上市阶段,通常拥有大体量的用户以及相应的用户个人信息,非常容易触发该门槛。就敏感度而言,一是由于数据量较大,二是业务活动中可能会涉及个人敏感信息甚至重要数据,由此监管机构对于其赴国外上市行为提出主动申报的要求。与此同时,用户数量的认定标准,如“100万用户”是否仅指中国境内的用户,境外用户数量是否应当纳入计算等,同样有待进一步明晰。

最后,关于“上市”一词的理解,我们认为,此次《审查办法(征求意见稿)》的立法目的是为加强对数据安全风险的控制,因此,此处不应将“上市”作过于狭义的理解,应当理解为包括境内公司在国外的IPO、SPAC、RTO,还可能包括已上市公司的股票增发以及发债等一系列融资行为。该等行为涉及的境外监管机构要求的信息披露以及相关数据出境行为有可能引发国家安全风险。

### 已在国外上市并掌握大量用户个人信息的企业是否需要网络安全审查?

《审查办法(征求意见稿)》规定相关企业赴国外上市应主动申报网络安全审查,同时强调评估对象包括“国外上市可能带来的国家安全风险”,但并未明确这一修订生效时已在国外上市的中概股公司是否应当申报审查。这可能导致如下问题:一方面,已在国外上市并掌握大量用户个人信息的企业如进行股票增发或发行债券等活动,是否属于应主动申报网络安全审查的范畴,尚未明确;另一方面,根据《审查办法(征求意见稿)》规定,包括证监会在内的网安审查工作机制的成员单位认为影响或可能影响国家安全的网络产品和服务、数据处理活动以及国外上市行为,报请批准后均可按规定开展网络安全审查。因而相关监管部门可依职权对已上市并掌握大量用户个人信息、日常开展数据处理活动的中概股公司开展网络安全审查。

3.《个人信息安全规范》3.4:个人信息控制者有能力决定个人信息处理目的、方式等的组织或个人。  
4.《数据安全法》第三条:数据处理,包括数据的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。

此外,相较于《证券法》以及国务院的有关规定,此条款并未使用“境外”这一概念,而是使用了“国外”一词。我们理解,这一特殊安排的用意旨在将赴香港上市排除在本条所规定的网络安全审查的范围<sup>5</sup>,但赴港上市是否需要申请网络安全审查,还需主管部门进一步明确。

#### **“赴港上市”是否也需要申请网络安全审查?**

《审查办法(征求意见稿)》将企业“赴国外上市”活动纳入网络安全审查的范围,但没有使用《证券法》及相关法律法规中常见的“境外”/“境内”的概念。香港上市是否属于应当被纳入网络安全审查,是一个容易引起讨论的问题。

一方面,笔者理解,香港上市应属于境外上市而非国外上市,从文义解释的角度,企业赴香港上市并不在必须主动申报网络安全审查范围之内。另一方面,从涉及跨境数据传输问题的角度来看,《网络安全法》规定了跨境传输重要数据和个人信息应依法进行安全评估,同时,上述规定也强调了评估国家安全风险的重点考虑因素包括“核心数据、重要数据或大量个人信息被窃取、泄露、毁损以及非法利用或出境的风险”,而香港上市必然涉及到数据的跨境传输问题,也属于可能影响国家安全的“数据处理活动”,有可能因此而落入监管机构依职权发起网络安全审查的范畴。在修订草案征求意见稿的后续修订中,这一问题仍有待相关主管部门和监管机构进一步明确。

## 第四部分\

# 触发网络安全审查情形增多,审查程序更新

在现行《网络安全审查办法》的框架下,触发网络安全审查机制的情形如下:

- **CIIO采购**。CIIO采购网络产品和服务,应当预判国家安全风险。影响或者可能影响国家安全的,应当向网络安全审查办公室申报网络安全审查。由网络安全审查办公室确定是否需要审查。

- **网络安全审查办公室依职权启动**。网络安全审查工作机制成员单位认为影响或可能影响国家安全的网络产品和服务,由网络安全审查办公室按程序报中央网络安全和信息化委员会批准后,依照本办法的规定进行审查。

《审查办法(征求意见稿)》则增加了如下的触发情形:

- **国外上市**。掌握超过100万用户个人信息的运营者赴国外上市,必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查。

- **数据处理活动**。数据处理者开展数据处理活动,影响或可能影响国家安全的,应当按照本办法进行网络安全审查。

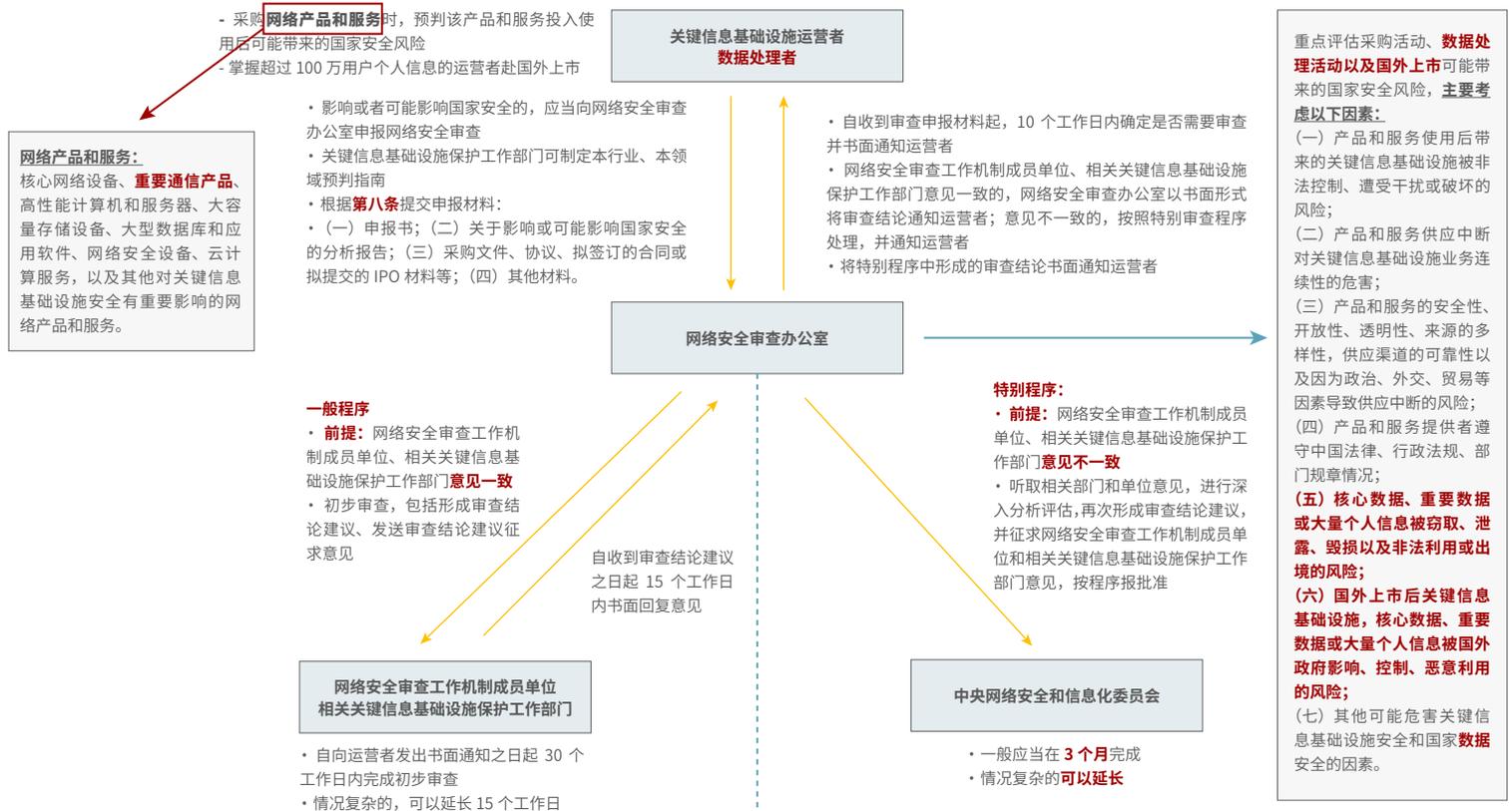
5.《中华人民共和国出境入境管理法》第八十九条:出境,是指由中国内地前往其他国家或者地区,由中国内地前往香港特别行政区、澳门特别行政区,由中国大陆前往台湾地区。

当然，网络安全审查办公室依职权启动也包括了数据处理活动及外国上市行为的审查。

相应地，《审查办法（征求意见稿）》根据新的条款规定更新了审查程序，如下图。其中，特别审查程序的时间由45天延长至3个月。因此，一般情形下的网络安全审查在60个工作日（45日+15日）内完成，而如果进入特别审查程序，则审查周期可能为5个月（45日+15日+3个月）甚至更长。此外，网络安全审

查办公室要求提交补充材料的时间不计入审查时间。

启动特别审查程序的前提是网络安全审查工作机制成员单位、相关关键信息基础设施保护工作部门意见不一致。而网络安全审查工作机制成员单位是分属于不同行业的相关监管机构，从不同行业角度考量存在难以形成一致意见的可能性。延长特别审查程序的时间更利于各单位充分论证、考量，对涉及国家安全的事项谨慎作出决定。



## 第五部分\ 核心数据、重要数据和国外上市成 为重要评估因素

《审查办法(征求意见稿)》新增数据处理及国外上市行为可能带来的国家安全风险的考量因素,主要是核心数据、重要数据或者大量个人信息被窃取、泄露、毁损、非法利用或出境的风险,以及国外上市后关键信息基础设施,核心数据、重要数据或大量个人信息被国外政府影响、控制、恶意利用的风险。第一类是普遍可能存在的安全风险,而第二类是国外政府的控制或恶意利用的风险。

近年来,中国企业在海外频频遭受制裁,2020年8月,美国总统特朗普签署行政令,试图禁止任何美国个人或实体与抖音海外版(TikTok)、微信(WeChat)及其中国母公司进行任何交易。虽然此禁令由于司法审查的介入和总统选举等因素没有得以实施,但确实为公司的正常运营带来了非常大的不确定性。2021年6月10日,全国人大通过《中华人民共和国反外国制裁法》,自公布之日起施行。外国国家违反国际法和国际关系基本准则,以各种借口或者依据其本国法律对我国进行遏制、打压,对我国公民、组织采取歧视性限制措施,干涉我国内政



的,我国有权采取相应反制措施。

在当前国际局势下,国家安全面临多方面的非传统风险,随着数据资产价值的提升,资本市场发展、数据自由流动与国家安全和公共利益之间的考量,会成为政策制定者考虑的重要问题。

## 第六部分\ 新增“重要通信产品”到网络产品 和服务

对于网络产品和服务的范围,《审查办法(征求意见稿)》第二十一条中新增了“重要通信产品”。通信产品包括无线通信产品和有限通信产品,诸如路由器、交换机等产品。通信产品对于数据处理活动的安全性、完整性和可用性有着重要意义,加入此类产品意味着监管部门在信息传输的信道层面加强监管,从各个维度对于可能影响国家安全的网络产品和服务进行审查。

## 第七部分 影响与应对策略

网络安全审查办公室一系列网络安全审查行动,有效地激活了网络安全审查制度。《审查办法(征求意见稿)》将数据处理活动和国外上市纳入到网络安全审查制度,筑牢篱笆,防范新型国家安全风险。相信伴随着《数据安全法》九月一日的生效,数据安全审查会越来越频繁,对于防范新型国家安全风险具有重要意义。

对于企业而言,数据合规势在必行,面对严格的监管趋势,我们对于计划或者即将赴国外上市的科技公司,网络服务和产品提供者,涉及数据处理的运营者提出以下建议:

-结合自身业务进行数据识别、梳理和盘点工作,对于数据资产的情况进行充分了解,对于可能涉及重要数据、国家核心数据、处理用户数量到达百万级别以上的产品和业务线进行重点关注,及时开展合规自查和整改工作。

-建立内部的数据分类分级制度并实行对应的保护措施,密切关注核心数据和重要数据的认定标准和指南。在相关识别指引出台前,建议依据定义做初步识别,如有必要进行监管沟通,积极管理风险。

-持续关注CIIO的认定标准,评估自身适用的义务项。如构成CIIO的情况下,应当建立和完善自

身的招采评估制度以及网络安全审查预判制度,初步判断是否会影响国家安全,并配合后续的审查。

-审慎选择上市地点,全面评估数据风险和监管风险。在确定国外上市的情况下,充分考虑网络安全审查的可能性,与监管机构保持沟通,配合国外监管机构的信息披露要求时严格遵守国内法律法规要求。如果必要,事先获得国内主管部门的批准,履行相应评估程序。

-企业运营过程中持续保持数据处理的合规性,完善企业内部的个人信息保护制度及数据安全制度,建立数据安全影响评估制度,根据法律要求和行业良好实践及时审视自身的合规状况,落实合规义务。☒



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



李瑞  
合伙人  
公司业务部  
北京办公室  
+86 10 5957 2143  
lirui@zhonglun.com



贾申  
非权益合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2263  
jiashen@zhonglun.com

# 股票(权)收益权交易分析与合规体系构建

作者：张晟杰、徐杰



## 第一部分 引言

长期以来,流动性一直是衡量资产配置和风险定价的重要维度。股权类资产——无论是以低估值的投资成本而博取高溢价退出的PE投资,还是中长线的股票投资——都会面临经济周期、市场行情等因素的影响,导致无法及时变现的情况。因此,股票(权)收益权交易即在该类资产在处置价值非最优的区间内,投资人具有盘活流动性的需求痛点中应运而生,且日渐为监管所承认。

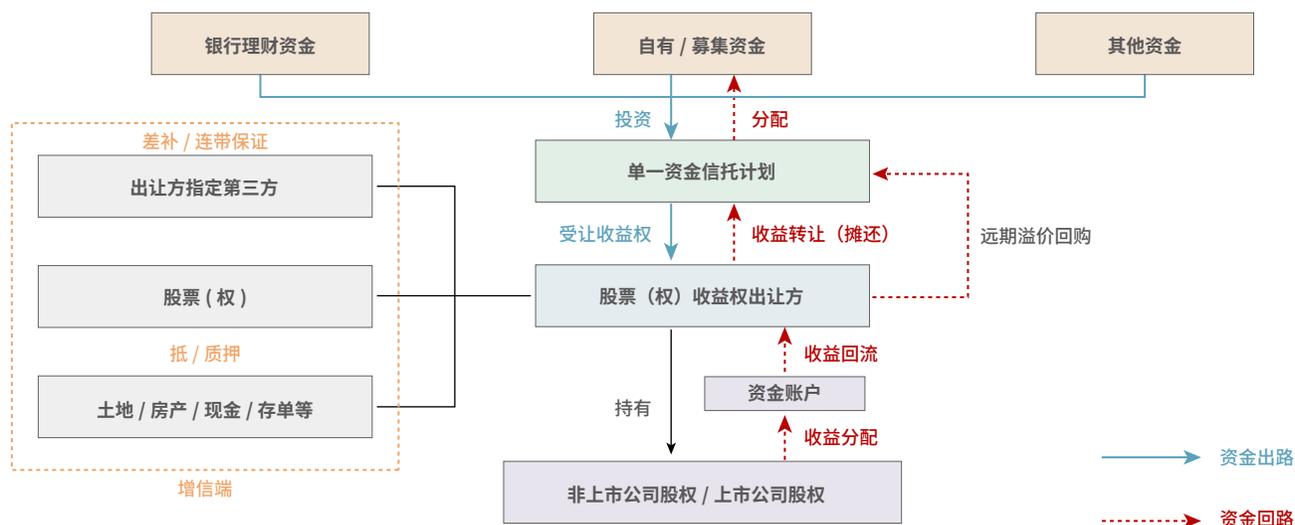
金融创新必须在审慎监管的前提下进行。自2018年以来,《资管新规》<sup>1</sup>及各类金融监管的配套实施细则陆续落地,昭示着资管业务强监管时代的到来。“过渡期”的规定成为悬在股票(权)收益权交易各方的“达摩克里斯之剑”,大规模的诉讼日益频发。

至此,监管机关与司法机关对此类交易的认识日益趋同,双方使用政策文件和判决、裁定,分别对业务属性和法律关系进行了揭示,这也成为笔者体系化梳理股票(权)收益权交易的业务特征、业务属性、各方的法律关系及设计合规风控体系的基础。

## 第二部分 股票(权)收益权交易概述

### (一) 交易架构

常见的股票(权)收益权交易由资金方设立单一资金信托计划或资管计划,专项用于向股票(权)持有者受让非上市公司股权及上市公司股票的收益权,并由出让方远期以固定的收益率溢价回购该收益权,实现受让资金的退出。常见的股权(票)收益权基本交易架构如下图所示:



1. 系指《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(银发〔2018〕106号)

## (二) 业务特征

### 1. 股票(权)收益权的实现依赖于出让方的远期回购

从上述架构中可以看出,虽出让方已将于股票(权)相关的一切收益均转让至受让方,但无论获得分红与否,还是股票(权)的减持、转让变现,均具有不确定性,受让方到期获得的收益主要来自出让方远期溢价回购的价款。

### 2. 交易规模取决于股票(权)的市值或评估价值

因分红和减持并非必然可控事件,双方确定收益权价值的依据并非收益预测本身,而是以股票(权)的价值为基础,设置一定的折扣比例,以处置价值匡算交易的规模。

基于此种逻辑,受让方往往以出让方的远期回购金额作为主债权,要求出让方将其持有的股票(权)质押于该回购义务项下,作为安全垫。因此,股票(权)收益权交易又被成为“场外股票质押融资”。

### 3. 采用结构化的交易架构,受让方背后存在其他出资方

股票(权)收益权交易采用复杂的结构化交易的原因,主要系参与该业务的资金主力来自于金融机构的资管产品(如银行理财、券商资管等)。以实践中较为常见的“金主”银行理财为例,因理财产品管理部门往往仅是资金头寸管理部

门,而信托则具有财产独立、风险隔离等优势,且双方“师出同门”(均属银保监会监管范围),具有天然的合作土壤。在此,银行作为出资方和指令发送方,是项目实际的操控者;信托公司作为资产管理方,听从银行的指令,管理资金的投放和项目的退出分配,扮演着资金“通道”的角色。

### 4. 新型的业务项下存在传统的增信方式

除股票(权)质押担保外,如遇到股票(权)收益权对应的标的公司(下称“标的公司”)行业前景较差,或其本身营运能力和资产实力较弱,则资金方可能额外要求引入有实力的第三方提供连带责任保证担保,或额外的资产抵/质押担保(包括但不限于保证金、存单、房产、土地使用权等)。

## (三) 监管视角下的业务实质

股票(权)收益权交易因适配客群的多样性,交易方式的灵活性,日益演化为表外结构化融资的专门代称。虽《资管新规》将投资于“上市或挂牌交易的股票、未上市企业股权和受(收)益权”的资管产品归为“权益类”产品,但因本交易存在前述特征(特别是依赖出让方的回购作为第一还款来源),监管仍将此类交易视为融资类业务,参照适用部分贷款业务的审查逻辑。以前述“银行-信托”的模式为例,如风险由银行实质承担,则需要纳入银行统一授信管理。银保监体系部分监管政策条文列举如下:

文件	文号	对股票(权)收益权交易的看法
《中国银监会关于规范银信理财合作业务有关事项的通知》	银监发〔2010〕72号	类资产证券化业务（附加回购或回购选择权的投资、股票质押融资等类资产证券化业务）
《中国银监会关于规范商业银行理财业务投资运作有关问题的通知》（已被《商业银行理财业务监督管理办法》废止）	银监发 2013[8] 号文	非标准化债权类资产
《中国银监会关于规范银信类业务的通知》	银监发〔2017〕55号	通道类业务，如风险由银行实质承担，则参照银行表内业务纳入统一授信管理

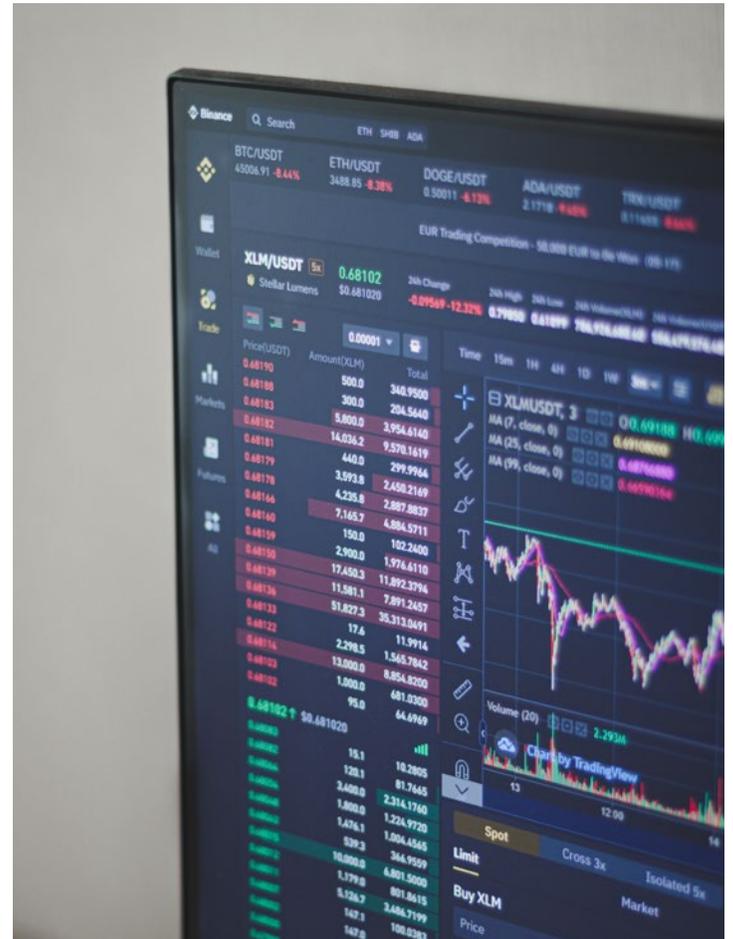
### 第三部分 \

## 关于股票（权）收益权交易的法律分析

“收益权”在我国法律体系中并无明确定义，法律性质亦无明确界定，在法无明文规定的情况下，应当通过分析股票（权）收益权的表现形式、收益根源及各方的法律关系，来综合判断股票（权）收益权的性质。

### （一）“股票（权）收益权”的表现形式及来源依据

根据笔者对股票（权）收益权交易中，各家信托公司业务格式合同的梳理，常见的纳入交易的标的及其根源的法律依据的对应关系如下：



表现形式	内容	法律渊源
与现金分红有关的收入	现金红利收入、红利再投资收入等收益	《公司法》第三十四条和第一百六十六条
股票（权）派生收益	送股、公积金转增、拆分股票等而形成的派生股票收益	《公司法》第一百六十八条
股票（权）的处置收入	通过二级市场交易、大宗交易、协议转让、公司回购等获得的收入	《公司法》第七十一条和第一百三十七条
股票（权）的其他收益	公司清算时，分配剩余财产价值的收益等	《公司法》第一百八十六条

从此对应关系，不难看出：

1) 交易的标的范围系股票（权）的财产性收益，其根源在于股票（权）产生经济利益的可能性（即《公司法》第四条规定的，股东依法享有资产收益）；

2) 股票（权）持有者享有的参与重大决策、选择管理者等权利并不纳入交易范围；

3) 交易标的本身与股票（权）权属无涉，股票（权）收益权出让方并不因交易而失去股东的身份。

## （二）股票（权）收益权的交易结果

以笔者协助修订的某信托公司的《股票收益权转让合同》为例，股票（权）收益权交易之结

果可通过两条主线进行体现：

### 1) 获得收益的“过手摊还”

主要表现为：转让方将其收到的一切与股票（权）相关的收益，在一定时间内，划付至受让方开立的资金监管账户。

### 2) 收益权出售与回购的“资金循环”

主要表现为：在转让日，受让方以约定对价向转让方认购收益权，在并在约定期限到期日或约定的提前回购条件触发时，由转让方以认购价格加溢价回购收益权，实现资金出与进的循环。

可见，在股票（权）收益权交易中，受让人受让的并非基于股东身份而享有的、向公司主张收益分配的权利，其主要享有两项请求权，一是向出让方主张在约定期限内划转其所获得的股票

收益的请求权，二是向出让方主张在约定期限内支付固定回购对价的请求权，而这两项请求权并非法律规定，系通过合同关系创设。

### (三)“股票(权)收益权”的法律性质及各方法律关系

因收益权与用益物权(需转移占用)、股权(基于出资享有的身份)有明显分别。在目前的司法实践中，倾向于将收益权交易认定为“交易主体以基础权利或资产为基础，通过合同约定创设的一项财产性请求权”<sup>2</sup>，该请求权通过双方合意

产生，系合同之债。该观点最早在最高人民法院关于南昌农村商业银行与内蒙古银行的合同纠纷二审判决中确立，后续的判决对此进行了沿革，且亦与金融监管的口径愈加保持一致，详见下表：

综观上述典型案例，实务中倾向于认为，股票(权)收益权交易“有关的权利和义务的具体内容，符合借款合同出借人收取借款本金及固定期限利率的本质特征，应认定为借款合同，双方之间成立类似于借贷的债权债务关系”<sup>3</sup>。而合同

2. 详见:最高人民法院关于南昌农村商业银行股份有限公司、内蒙古银行股份有限公司合同纠纷案的二审判决书的内容((2016)最高法民终215号)  
3. 参见:夏敏. 收益权转让及回购合同的性质判断[J]. 人民司法. 2020(17)

案例名称	审判法院	案号	交易标的	主要观点
XX 投资诉某信托、某房开公司、王某、黄某股权转让合同纠纷案	最高人民法院	(2017) 最高法民终 907 号	股权收益权	...因案涉《股权收益权转让及回购协议》不属于合同法规定的有名合同，一审判决根据协议性质参照合同法分则中最相类似的借款合同的相关规定处理，适用法律正确...
王某诉邓某股票收益权转让及回购合同纠纷案	上海市高院	(2017) 沪民申 1420 号	股票	...《股票收益权转让及回购合同》系以股票收益权为标的，通过股票收益权转受让及回购、相关股票质押而进行的投融资行为...
王某与金玖锐信股票受益权转让及回购合同纠纷案	江苏省高院	(2016) 苏 06 民终 2656 号	股票收益权	...当事人将上市公司股票的收益权作为一种财产性权利，从股票整体性权利中分离出来单独交易，此又有别于通常的股票质押式回购交易，故本案系争合同是以股票收益权转让及回购连同相关股票质押为操作方式的投融资行为...

名称和实质构成的法律关系虽存在一定差距，但法院一般认为，只要交易是各方当事人真实的意思表示，内容不违反法律、行政法规等强制性规定<sup>4</sup>，即使未来股票（权）收益获得是金额和时间存在不确定性，但合同依据有效，此观点也已在《九民纪要》<sup>5</sup>中确立。

#### 第四部分 \

## 股票（权）收益权交易合规体系的搭建

基于前述分析，股票（权）收益权交易的合规风控体系的搭建将沿着两条主线进行，分别是：1) 基于监管债权类融资业务逻辑的“审慎”审查与尽职调查责任；2) 基于合同构建的法律关系的效力性视角。

具体来看，建议至少包括下述措施：

### （一）着重审查出让方的还款能力和资信情况

实践中股票（权）收益权交易通常被认为属于债权融资，建议参照监管部门针对各类债权融资（含银行贷款、非标债权等）的要求，对出让方的信用情况、日常营运（法人主体）/收入（自然人主体）、资产与负债规模等重要情况进行“审慎”审查，确保第一还款来源的稳定性。同时，如出让方是自然人的，核查范围应当扩大至其配

偶；如出让方是法人的，核查范围应当扩大至其实际控制人。

### （二）完善现金流控制，实现资金闭环管理

在此类交易中，最常涉及的资金账户为出让方的基本户或一般户（法人）、个人资金账户（自然人）、信托资金账户等几类账户，一般要求这些账户均开立在同一银行，并进行全面控制，控制权限含资金的用途管理（受托管理）、资金归集、还款控制、指令划付等。

部分使用域外上市公司的股票或域外注册的企业股权作为收益权基础资产的交易中，还应当确保收益权出让方获得的现金收入，进入境内的渠道畅通，必要时应当收集标的公司历史上的分配流水、完税证明进行核对。

### （三）核实资金用途，避免交易对价违规使用

虽交易型资金的用途相较债券、银行借款，具有一定灵活度，但以其债权类融资的本质出发，笔者建议：

（1）如系补充出让方日常营运资金，则应当根据出让方经营规模、业务特征、资金循环周期等要素测算其营运资金需求，避免过度融资；

（2）如系大额采购或用于项目建设，则应当

4. 最高法院(2019)最高法民终1094号、浙江省高院(2019)浙民终580号、广州市中院[(2020)粤01民初1315号]、嘉兴市中院(2020)浙04民终2577号、西安市中院[(2019)陕01民初2040号、北京市二中院[(2020)京02民终5093号]等多份判决书均有相关表述  
5. 详见《全国法院民商事审判工作会议纪要》第89条



收集相应的项目可行性研究报告、“四证”<sup>6</sup>、采购合同、发票单据材料进行作证用途的真实性；

(3) 如系其他用途, 应避免进入当前监管环境下的四条“高压线”, 即房地产企业, 地方政府融资平台, 股票市场, “两高一剩”<sup>7</sup>产业或明显缺乏回购能力的“僵尸企业”。

#### **(四) 确认股票(权)具有产生收益的可能性, 避免合同履行不能**

为避免构造交易的合同自始履行不能而被判决无效、解除或自始不成立, 应当确保股票(权)具有产生收益的可能性。具体而言, 应当至少满足:

#### **(1) 确保纳入交易范围的收益与法律赋予的收益内容相匹配**

在以我国境内标的公司股票(权)为基础资产的成熟交易中, 一般不会出现纳入合同的收益范围与我国《公司法》不匹配的情况。但随着越来越多的企业选择前往香港、美国、韩国等地进行上市, 市场上已有部分机构开始谨慎探索以这些标的作为基础资产的交易。

如以某采用VIE架构的企业为例, 其虽在纽交所上市, 但注册地为开曼群岛, 其股票附属的收益内容应当适用开曼群岛的法律。开曼群岛最新的《CAYMAN ISLANDS COMPANIES ACT》

6. 系指国有土地使用证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建筑工程施工许可证  
7. 系指高污染、高耗能的资源型产业和产能过剩行业

(2021 Revision)中规定的股东权益与我国《公司法》大体相似,但其将部分我国会计制度上纳入“资本公积”的收入,放入到了“股权溢价”账户,该账户内资金可以向股东分配,则相应合同条款名词应当进行调整<sup>8</sup>。

## (2) 不存在实现股票(权)价值的障碍

即使从不分红的“铁公鸡”,只要其股票(权)具有相应的处置价值,即可视为可以获得相应收益的依据,但应当查明是否存在妨碍处置价值实现的障碍,如:

1) 交易所规则,包括但不限于锁定期(如IPO、定增、股东承诺等)、减持限制(“5.27”减持新规<sup>9</sup>等);

2) 对赌协议,特别是在部分已接受PE/VC等机构投资的拟上市企业,出让人持有的股票之上可能存在对赌的约定,如业绩未达标时的强制转让等。

3) 公司内部规定,如《公司章程》、股东间的内部协议、股权激励计划文件等存在限制处置股票(权)的内容。当然对此项内容的核查可能较为困难,需要出让方协调公司配合。

## (3) 标的公司不存在影响持续经营的事件或重大风险

无论公司日常利润分配还是股票(权)的价值实现,均需建立在标的公司不存在资不抵债而破产、被吊销营业执照、重大行政处罚、涉及

刑事犯罪、重大诉讼纠纷等各类影响持续经营事件的基础之上,建议对这些事项进行专门网络核查,并持续关注公司在网络上是否存在重大负面报道新闻。

## (五) 交易规模应当与收益规模相匹配

因股票(权)收益权系参照股票质押融资业务逻辑构造的交易,交易规模根据股票(权)处置价值规模确定,“低值高买”可能被认定为对出让方的过度授信,或者使第三方保证人产生出让方与受让方“恶意串通,损害第三方利益”的抗辩。可引入业内某头部机构适用的“质押市盈率”的概念(质押市盈率=前交易日/MA20/MA60/MA120孰低价格或每一股股权对应的估值\*质押折扣率/每股净利润),根据上市公司与非上市公司的公司类型,公司所处行业等维度,分别设定质押市盈率上限,科学测算基础资产的价值。

## 第五部分 \n 结语

自收益权被创设为合同交易标的后,大大提升了各类资产的流动能力,拓宽了融资渠道

8. 详见《CAYMAN ISLANDS COMPANIES ACT》(2021 Revision) 34. (1) Where a company issues shares at a premium, whether for cash or otherwise, a sum equal to the aggregate amount of the value of the premiums on those shares shall be transferred to an account called “the share premium account”: (a) paying distributions or dividends to members...  
9. 系指《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》(证监会公告(2017)9号)

和方式，该类业务发展到当下，交易模式、基础资产种类、纳入交易的收益内容越来越丰富，产生了一定程度的乱象。笔者结合自身服务该类业务的合规专项及诉讼案件的经验，以及在服务过程中对司法案例的搜索结果，为该类业务在现行监管政策和法律规定框架下的合法合规路径的构建提供部分可行建议，旨在减少业务的法律风险。未来，笔者也十分期待监管部门对于含股票（权）在内的各种收益权交易，制定专门的业务指引，为该类业务的创新和健康演进，指明原则和方向。☞



张晟杰  
合伙人  
私募基金与资管部  
杭州办公室  
+86 571 5692 1298  
zhangshengjie@zhonglun.com

# 社会资本如何投资北京集体土地租赁住房项目

作者：高明轩、李佳新、穆尊



2015年全国人大常委会授权国务院在北京市大兴区等33个试点县(市、区)开展集体建设用地使用制度改革工作,大兴区政府组织编制了《大兴区农村集体经营性建设用地入市试点工作方案》(京兴政发〔2015〕32号)(以下简称“32号文”),明确允许“农村集体经营性建设用地使用权出让、租赁、入股”<sup>1</sup>,大兴区利用集体土地建设租赁住房的探索正式拉开帷幕。

在大兴区试点基础上,2017年北京市规划和国土资源管理委员会(现规划和自然资源委员会)(下称“规自委”)和北京市住房和城乡建设委员会(以下简称“住建委”)联合印发《关于进一步加强利用集体土地建设租赁住房工作的有关意见》(市规划国土发〔2017〕376号)(以下简称“376号文”),将北京市全域纳入集体土地租赁住房政策范围,同时明确了集体经济组织可通过集体土地作价入股的形式与国有企业合作开发集体土地租赁住房<sup>2</sup>。

2018年北京市规自委和住建委再次印发《关于我市利用集体土地建设租赁住房相关政策的补充意见》(京规自发〔2018〕64号)(以下简称“64号文”),文件明确了集体经济组织能够通过项目经营权出租形式与非国有社会资本合作开发<sup>3</sup>。自此,集体土地租赁住房项目的合作对象扩展至非国有企业。

历经多次试点,2019年全国人大常委会第十二次会议表决通过关于修改《土地管理法》的规定,首次明确了“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,土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用”,从根本上扫清了集体经营性建设用地直接入市流转的法律障碍<sup>4</sup>。

新《土地管理法》将入市土地限定在工业、商业等经营性用途,这与新法实施前中央关于集体经营性建设用地入市的顶层设计文件中表述的“工矿仓储、商服等经营性用途”一以贯之,居住用地并未列入入市范畴。但事实上,北京市早已允许并鼓励在集体土地上建设租赁住房的尝试。我们理解,《土地管理法》在实践中主要限制入市的集体经营性建设用地用于建设商品住宅,但对于利用集体土地建设租赁住房则持开放态度。

结合对北京市相关政策以及实践案例的梳理,目前在北京市范围内,理论上各主体可通过如下模式投资开发集体土地租赁住房项目(以下简称“项目”):①集体经济组织自主开发模式;②社会资本独立开发模式<sup>5</sup>;③集体经济组织(或通过其设立的联营公司)与社会资本(包括国有企业)合作开发模式。本文章试从入市主体、土地/房屋用途、权属等方面对北京市集体土地租赁住房制度进行梳理,以集体土地租赁住房开发建设模式为起点,着重就社会资本投资集体土地租赁住房项目涉及的问题予以关注和研究。

## 第一部分\ 项目土地入市主体

根据32号文相关规定,北京市集体经营性建设用地入市以镇级统筹为基本原则,各村设立的经济合作社将本村的土地使用权作价出资注入镇集体联营公司(以下简称“联营公司”),通过“一次授权、全权委托”联营公司作为入市主体,统筹安排各村集体经营性建设用地的入市工作。联营公司首先组织进行勘测定界、编制土地腾退等实施方案,之后由联营公司办理规划、预审、立项等手续,区规自委为联营公司进行确权登记,由联营公司实施地块整治,并在取得土地复垦验收批复及相关手续后,向镇政府提出入市申请并最终由区政府审批。

基于上述规定,实践中,在大兴区试点范围内,集体经营性建设用地的所有权人为村、镇集体经济组织,而入市实施主体基本为联营公司,社会资本无论通过何种方式介入集体土地租赁住房项目,其合作方基本为联营公司。而试点范围外,则也包括集体经济组织直接与社会资本合作的情形。

## 第二部分\ 项目用地性质及建成房屋用途

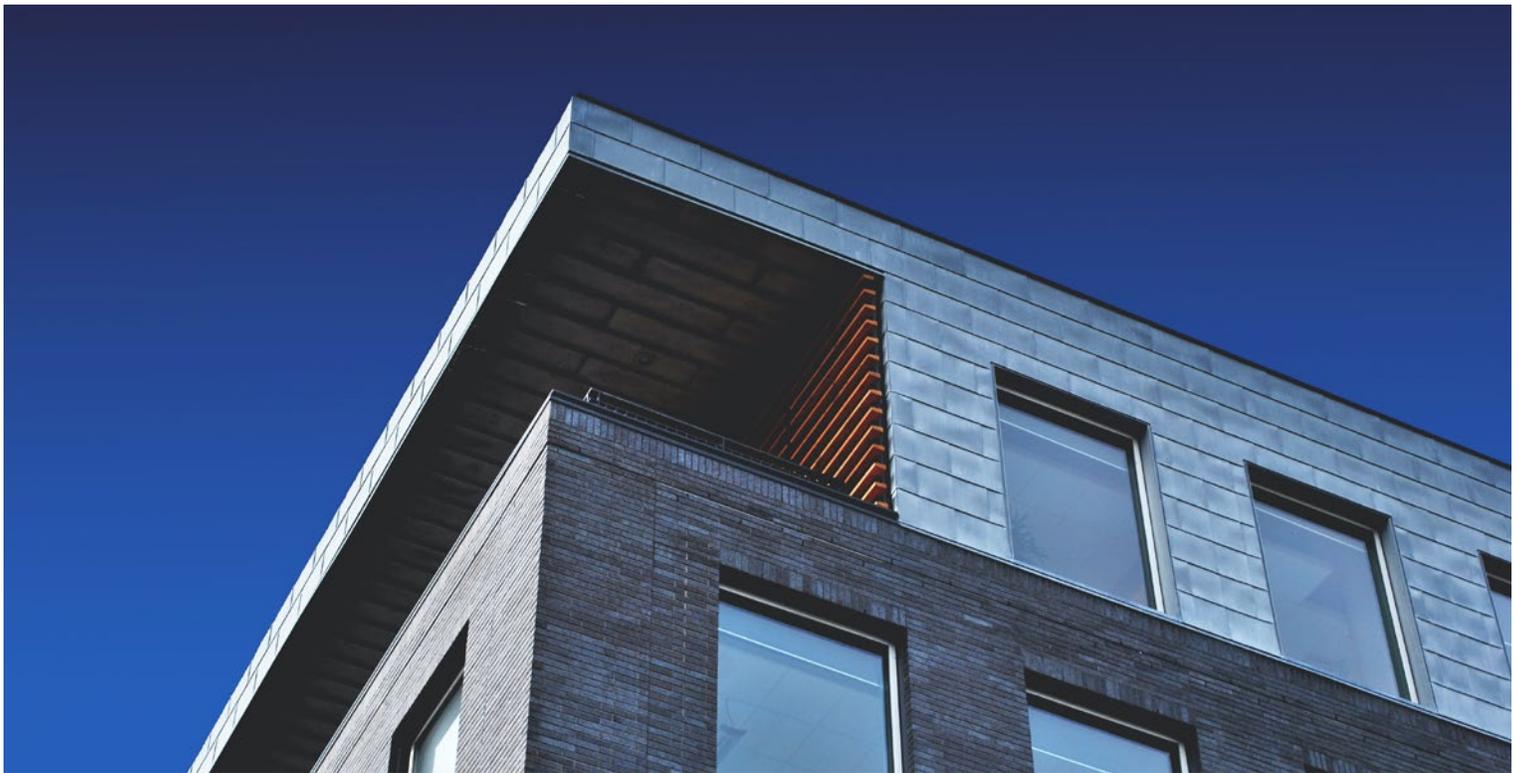
### (一)项目用地性质

北京市实践中用于集体土地租赁住房的用地性质基本为F81绿隔产业用地。根据《北京市城乡规划与土地利用用地分类对应指南(试行)》(市规划国土发〔2017〕316号),绿隔产业用地(F81)是指“根据绿化隔离地区有关政策,为保障绿地实施及集体经济发展安排的产业用地。”

北京的绿化隔离地区则是指北京市中心地区与边缘集团之间的绿化地区,也即北京城乡结合部的主要地带。根据《北京城市总体规划(2016年-2035年)》第103条,现状城乡结合部主要是指四环路至六环路范围规划集中建设区以外的地区,主要包括第一道绿化隔离地区、第二道绿化隔离地区,其总面积高达约1220平方公里。根据《北京市城乡规划与土地利用用地分类对应指南(试行)》, F81绿隔产业用地对应的土地利用用途包括052住宿餐饮用地等多种用途。

北京市《关于加快本市绿化隔离地区建设的意见》(京政发〔2000〕12号)第三条第九款规定,“规划部门要依据《北京城市总体规划》,充

1.《大兴区农村集体经营性建设用地入市试点工作方案》(京兴政发〔2015〕32号)第三条第一款规定,“建立完善农村集体经营性建设用地产权制度,推行扩权赋能,允许农村集体经营性建设用地使用权出让、租赁、入股。”  
2.《关于进一步加强利用集体土地建设租赁住房工作的有关意见》(市规划国土发〔2017〕376号)第二条第四款第一项规定,“集体经济组织以土地使用权入股与国有企业合作开发的,可以集体经济组织为项目申报主体,也可以成立的新企业为申报主体。”  
3.《关于我市利用集体土地建设租赁住房相关政策的补充意见》(京规自发〔2018〕64号)第二条规定,“农村集体经济组织可以项目经营权出租的方式与社会资本合作。鼓励农村集体经济组织以项目经营权出租方式与社会企业合作开发建设,项目经营权出租应符合相关规定。采取以项目经营权出租方式的,应报区政府按有关集体资产管理程序审定。企业取得项目经营权后,应整体持有并持续出租运营,不得将经营权转租给其他单位。”  
4.根据《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四项前置条件:①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,且需在每年的土地利用年度计划中作出相应安排;②拟入市的集体经营性建设用地应该依法登记;③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;④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同意。  
5.根据376号文第二条第四款第一项,“农村集体经营性建设用地入市试点区域,也可在项目地块公开入市交易后,由土地竞得者进行开发建设”。据此我们理解,理论上《土地管理法》修订后社会资本有权在公开市场竞得土地后自主申报集体土地租赁住房项目。



分尊重有关区(县)、乡(镇)、村的意见,发挥区(县)规划部门的作用。根据目前土地使用现状,在不打破原规划基本格局的前提下,对原有规划进行适当调整,以利于绿化任务的实现。”

根据笔者查询到的案例,有相当一部分北京市集体土地租赁住房项目选址位于北京市绿化隔离地区,所利用项目用地的类型基本是“F81绿隔产业用地”,而这些绿隔产业用地在规划用途调整之前大多系B13娱乐用地、B4综合性商业金融服务业用地、M1一类工业用地等其他用地类型,在规划用途调整为F81绿隔产业用地后,通过挂牌等方式出让以满足建设集体土地租赁住房项目的需求<sup>6</sup>。

## (二) 建成房屋用途

根据376号文第二条第(二)项:“用于建设租赁住房的集体土地,应符合以下条件:1. 符合土地利用总体规划和城乡规划。2. 具有一定的交通等配套基础设施和公共服务条件。3. 结合“三城一区”和产业功能区,坚持毗邻产业园区、毗邻交通枢纽和毗邻新城。”

根据64号文第五条,“各区政府应综合考虑集体土地租赁住房项目周边就业人群、城市运行服务和保障人员及城市中低收入家庭的实际需求,以市场为导向,重点建设职工集体宿舍、

6.北京市规自委官网公布丰台区王佐镇魏各庄村怪村,长辛店镇太子峪村和南苑乡右安门村3处集体土地租赁住房项目控制性详细规划调整的公示。其中:FT00-0602-000调整前为娱乐用地(B31),调整后为绿隔产业用地(F81);FT00-0602-0002地块位于魏各庄村,调整前为综合性商业金融服务业用地(B4),调整后为绿隔产业用地(F81)。

公寓及成套租赁住房。”

根据《关于进一步加强全市集体土地租赁住房规划建设管理的意见》(京建发〔2020〕365号,以下简称“北京市365号文”)第二条第四款,“全市重点在中心城区周边城乡结合部及土地资源较多且有利于服务重点功能区的地带,平原多点新城靠近产业园的地区,以及市郊铁路沿线、地铁站点、交通枢纽周边等配套相对完善区域规划布局集体土地租赁住房,原则上每个区级产业园区均需规划建设集体土地租赁住房,促进职住平衡、站城融合、产城融合。”

根据北京市365号文第四条第二款,“各区政府应加强供需对接引导工作,鼓励项目建设单位将房源对接租赁住房需求集中的社会单位、企业。”

笔者注意到,北京市365号文中提及集体土地租赁住房的建筑类型包括公寓型、宿舍型、住宅型三种。而根据住建委于2021年1月13日发布的《北京市租赁住房建设导则(试行)》(征求意见稿),住宅型是指供家庭租赁使用的居住建筑,公寓型、宿舍型则是集中管理运营并专供企业职工与各类人才租赁使用的租赁住房,据此供给员工的租赁住房应符合公寓型及宿舍型的定义及建设标准。

此外,北京市范围内入市集体经营性建设

用地主要用于引进高科技、“大众创业、万众创新”产业及建设集体土地租赁住房项目等,而就集体土地租赁住房项目而言,实践中多用作对接各类园区的“人才公寓”。自试点以来,为解决职住平衡问题北京市不断推动公寓型、宿舍型住房建设,“原则上每个区级产业园区均需规划建设集体土地租赁住房”,为社会资本投资利用项目满足其城郊产业园、科技园、创新园员工的住宿需求提供了积极的政策环境。

### (三) 公寓型、宿舍型租赁住房概念辨析

如上文所述,北京市针对就业创业人员居住问题,鼓励利用集体土地进行多模式的公寓型、宿舍型租赁住房开发,而在实践中出现的相关概念主要有长租公寓、人才公寓、租赁型职工集体宿舍、公租房等,下文亦作简要辨析:

#### (1) 长租公寓

法律法规或政策文件并未对长租公寓这一概念作出定义。根据公开信息,长租公寓是指品牌住房租赁机构通过与房屋所有权人签订长期承租合同,通过标准化装修转租给租客的住房。入驻企业与公寓运营商直接签订协议,占据长租公寓中的一部分居住空间是目前市面上宿舍公寓的较普遍模式。

#### (2) 人才公寓

人才公寓是长租公寓的细分领域,是专项

用于人才就业的生活配套租赁公寓。相较于长租公寓，人才公寓通常由政府、国企、产业园区主导，由长租公寓运营商负责产品设计、运营管理和运营服务，面向高端人才或重点企业或产业园区，并呈现出“政府引导、财政支持、市场化运营、社会化管理”等租赁和管理特征。

### (3) 租赁性职工集体宿舍

根据北京市《关于发展租赁型职工集体宿舍的意见(试行)》，租赁型职工集体宿舍是指专门承租给用工单位，用于单位职工本人住宿并进行集中管理的房屋。《意见》要求宿舍人均使用面积不得低于4平方米，每个房间宿舍居住人数不得超过8人。我们理解，租赁性职工集体宿舍采取政府主导并统一进行配租和管理的模式，是一种“蓝领公寓”。

在2020年11月3日发布的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标的建议》中，发展“人才公寓”的导向得到进一步明确，为利用集体土地建设“人才公寓”提供宏观层面的政策支持。这表明，未来以产业园、科技园等为重点区域建设集体土地租赁住房的趋势仍将持续发展，而企业利用产业园区周边集体土地建设租赁性住房的诉求更符合目前实操中对于“人才公寓”的定义及建设标准，但对于项目命名，仍建议应结合项目实际情况与有权主管部门进行沟通。

## 第三部分\

# 项目用地及房屋权属

## (一) 项目用地所有权

根据《宪法》及《土地管理法》相关规定，农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有。因此，利用集体土地建设租赁住房项目，集体经济组织仅仅是向土地使用者让渡了使用权，而土地的所有权仍归集体经济组织所有。

## (二) 项目用地使用权及房屋所有权

根据北京市相关政策，项目用地使用权及建成房屋所有权原则上归属项目实施主体，即以集体经济组织或联营公司为申报项目实施主体的，土地使用权及建成房屋所有权归集体经济组织或联营公司；以合作成立项目公司为申报的项目实施主体的，集体土地租赁住房所涉及的土地使用权和房屋所有权归新成立的项目公司所有<sup>7</sup>。

根据376号文第二条第六款，“项目建成后，项目单位应依法办理不动产权利证书(房屋所有权)”。笔者设想，《土地管理法》施行后，如社会资本通过公开市场竞得项目土地后自主申报集体租赁住房项目的，理论上其有权在

7. 根据376号文第五条第六款，“以集体经济组织为申报主体的，集体租赁住房涉及的土地使用权和房屋所有权归农民集体所有。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。”

项目建成后作为项目单位以自己名义办理房屋的不动产权利证书。但鉴于目前集体土地入市流转尚未在北京市广泛开展,且政策上更鼓励社会资本与集体经济组织合作开展集体土地租赁住房项目,因此,笔者也并未在现有案例中找到社会资本自行竞得项目用地建设集体土地租赁住房并获得建成后房屋不动产权证书的印证。

## 第四部分 集体土地租赁住房项目开发模式

### (一) 集体经济组织自主开发

2017年政策出台后北京市计划用于建设租赁住房的集体用地指标为203公顷,其中大兴、朝阳、丰台和昌平的供地均达26公顷以上;房山和顺义次之,20公顷左右;其余市辖区均在4-7.5公顷。村、镇集体经济组织作为集体土地的所有权人,天然成为集体土地租赁住房项目的主要建设运营主体。

针对北京市范围内集体土地租赁住房项目的案例进行查询和汇总后(见附件),笔者发现,除大兴区、丰台区、朝阳区以外,昌平区等其他各区针对集体土地租赁住房的开发仍停留在镇、村集体两级经济组织自主开发阶段,少有社会资本参与建设及运营的先例。

### (二) 社会资本独立开发模式

#### 1. 通过出让方式取得项目用地

根据《土地管理法》相关规定<sup>8</sup>,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,土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用。集体经营性建设用地的出让、出租参照依照同类用途的国有建设用地执行。参照《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(国务院令第55号)(以下简称“55号令”)<sup>9</sup>,集体经营性建设用地出让可采取协议、招标、拍卖三种方式<sup>10</sup>。同时,参照55号令,根据土地性质的不同,集体经营性建设用地出让年限随之不同。如居住用地最高出让年限为70年,商业、旅游、娱乐用地最高出让年限为40年,工业用地最高出让年限为50年,其他教育、科技、文化、卫生、体育用地等服务设施用地使用年限不得超过50年<sup>11</sup>。而针对北京市范围内集体土地租赁住房项目案例的梳理后,笔者发现,北京市现有案例中有通过“出让”方式竞得项目用地年限高达70年的情况。

#### (1). 协议出让

《土地管理法实施条例(修订草案)》(征求意见稿)采取列举的方式明确集体经营性建设

8.《土地管理法》第六十三条第四款,“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。具体办法由国务院制定。”

9.已被《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例(2020修订)》(国务院令第732号)修改。

10.根据55号令第十三条,“土地使用权出让可以采取下列方式:(一)协议;(二)招标;(三)拍卖。”

11.根据55号令第十二条,“土地使用权出让最高年限按下列用途确定:(一)居住用地七十年;(二)工业用地五十年;(三)教育、科技、文化、卫生、体育用地五十年;(四)商业、旅游、娱乐用地四十年;(五)综合或者其他用地五十年。”



用地入市方式,其中包含了“协议出让”方式<sup>12</sup>。北京市试点过程中,也不乏以协议方式出让集体经营性建设用地的实践。实操中,协议方式获取土地无须在公开交易场所进行,仅就出让结果“本着公开、公平、公正的原则”在规自委网站予以公示。

笔者认为,试点期间通过协议出让方式取得土地建设集体土地租赁住房项目者基本是国有企业或集体企业。但经咨询北京市规自委某分局后了解,非国有社会资本通过协议方式获取项目用地具备一定可操作性,但具体是否可行,仍建议非国有社会资本与联营公司及相关有权主管部门进行沟通商谈。

## (2).招拍挂出让

“招拍挂”是项目土地常见的获取方式。实操中<sup>13</sup>,北京市范围内集体经营性建设用地采取招标、拍卖、挂牌等竞争性方式入市的,需通过北京市土地交易市场公开进行,并在规自委网站予以公示。

从现有规定来看,北京市范围内集体土地招拍挂对竞买人资格基本不作要求,“企业、其他组织和个人(除法律另有规定外)均可参加竞买,接受联合竞买。”但针对北京市集体土地入市的案例进行查询和汇总后,可以发现,竞得集体土地后规划配建人才公寓的主体多为国有企业或集体企业,而非国有社会资本通过招拍挂竞得集体土地则多规划用于开发商业、办公用途。

对此,笔者解读为,鉴于新《土地管理法》出台后集体经营性建设用地入市已放开限制,北京市范围内,理论上在公开市场获取土地后竞得者直接申报集体土地租赁住房项目应当不存在障碍。但经咨询北京市规自委某分局后了解,除大兴区外,目前各区对于集体土地入市仍持谨慎态度,仍需等待后续出台的《集体经营性建设用地出让转让管理条例》及其他关于集体经营性建设用地入市细则进一步规范。

12.《土地管理法实施条例(修订草案)》(征求意见稿)第十七条,“[交易方式]建设用地使用权出让、租赁(出租)等应当实行公开交易。除依法可以采取双方协议方式外,应当采取招标、拍卖、挂牌等竞争性方式确定土地使用权人。”

13.根据32号文第四条第三款规定,“采取招标、拍卖、挂牌等竞争性方式入市的,在北京市土地交易市场大兴区分市场公开进行。”

## 2.通过出租方式取得项目用地

根据《土地管理法》相关规定,集体经营性建设用地的出让、出租参照应照同类用途的国有建设用地执行。参照《规范国有土地租赁若干意见》(国土资发〔1999〕222号)(以下简称“222号文”),集体土地租赁与出让均能够采用招标、拍卖或者双方协议的方式<sup>14</sup>。关于集体土地的租赁期限问题,参照55号令<sup>15</sup>及《产业用地政策实施工作指引(2019年版)》<sup>16</sup>的相关规定,笔者倾向于认为,集体经营性建设用地出租的最长租赁期限不得超过法律规定的同类用途国有土地出让最高年期(即居住用地不得超过七十年,工业用地不得超过五十年,商业、旅游、娱乐用地不得超过四十年,综合或者其他用地不得超过五十年),而对于按照产业用地政策以长期租赁方式使用集体经营性建设用地的,租赁期限最长不得超过20年。

目前北京市集体土地租赁住房项目基本采用F81绿隔产业用地,经咨询北京市规自委某分局后了解,F81绿隔产业用地的出租年限一般以40年为限,与《产业用地政策实施工作指引(2019年版)》的规定实际存在一定的出入。

由此看来,就社会资本独立开发模式而言,出租方式相较于出让方式,使用者无须在获取项目土地使用权时一次性缴纳高额的土地出让金,仅需根据土地租赁合同约定按年或按季支

付,是一种较为经济的集体经营性建设用地的流转方式。但值得注意的是,目前尚未在公开渠道检索到北京市范围内集体经营性建设用地出租用于建设集体土地租赁住房的相关案例。

## (三)与集体经济组织/联营公司合作开发模式

### 1.集体经济组织/联营公司通过土地作价入股与国有企业开展合作

新《土地管理法》没有明确列举“作价入股”方式作为集体土地的流转方式,但33个试点地方的文件均规定了这一方式。北京市范围内也不乏这种模式的运用。根据北京市376号文及64号文相关规定,农村集体经济组织可以土地使用权入股,和国有企业合作开发建设集体租赁住房<sup>17</sup>,土地使用权入股项目公司年限、双方联营期限均不得超过50年<sup>18</sup>。集体经济组织在新成立的企业持股比例不得低于51%,且应有保底分红<sup>19</sup>。值得注意的是,在大兴区规自委所公示的某项目中,根据《集体经营性建设用地使用权作价入股建设租赁住房意向书》显示,此项目拟入股年限为70年。经咨询北京市规自委某

14 根据222号文第二条,“国有土地租赁,可以采用招标、拍卖或者双方协议的方式,有条件的,必须采取招标、拍卖方式。”

15 根据222号文第四条,“国有土地租赁可以根据具体情况实行短期租赁和长期租赁。对短期使用或用于修建临时建筑物的土地,应实行短期租赁,短期租赁年限一般不超过5年;对需要进行地上建筑物、构筑物建设后长期使用的土地,应实行长期租赁,具体租赁期限由租赁合同约定,但最长租赁期限不得超过法律规定的同类用途土地出让最高年期。”

16 《产业用地政策实施工作指引(2019年版)》(自然资办发〔2019〕31号)第十六条规定,“以长期租赁方式使用土地的,应按照《规范国有土地租赁若干意见》的规定执行,租赁期限不得超过20年。”

17 根据64号文第一条,“农村集体经济组织可以土地使用权作价入股、联营的方式与国有企业合作。”

18 根据64号文第一条第三款,“以农村集体经济组织与国有企业成立新企业作为申报主体的,由双方签订入股联营合同。土地使用权入股、联营期限不得超过50年,合作期满后双方按照合同约定和届时有关规定执行。”

19 根据376号文第二条第四款第三项,“由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。”

分局后我们了解,实操中作价入股年限有可能与政策规定存在一定出入。

在这一模式中,国有企业能够通过和联营公司成立项目公司的方式合作开发建设集体土地租赁住房,其中联营公司以集体土地使用权作价入股,持股比例不低于51%,入股年限,联营期限在原则上不超过50年。项目公司拥有项目土地使用权,双方共同负责开发、建设、运营租赁性住房,收益一般根据国有企业与联营公司二者股权比例进行分配,并共同承担收益和风险。此模式下,对于国有企业而言,实际上通过持有项目公司股权而间接享有了土地使用权及项目建成房屋的所有权。

在实践中,此处国有企业包括国有控股或参股企业。以大兴区瀛海镇租赁住房项目为例,该项目地块由北京汇瀛恒安置业有限公司(联营公司下属子公司)通过公示协议出让形式取得,联营公司(51%)将集体土地作价入股,与北京万科天恒产城建设有限公司(49%)共同设立项目公司进行开发建设。该项目的作价入股公示文件(京土集使作(兴)[2017]001号)显示申请人资格要求为国企或国有控(占)股公司,而万科天恒则是由万科(70%)与天恒(30%)共同出资设立的国有占股公司。笔者倾向于认为,非国有社会资本介入集体土地租赁项目的可行途径之一是与国有企业成立平台公司,再以平

台公司名义与联营公司合作进行项目的开发运营,但此处国有企业在平台公司中要求达到的占股比例要求尚不明确,仍建议与拟开发项目所在地的有权主管部门进一步了解。

## 2.集体经济组织/联营公司通过项目经营权出租与社会资本开展合作

北京市64号文第二条规定,“农村集体经济组织可以项目经营权出租的方式与社会资本合作,鼓励农村集体经济组织以项目经营权出租方式与社会企业合作开发建设……企业取得项目经营权后,应整体持有并持续出租运营,不得将经营权转租给其他单位。项目经营权出租期限由双方约定,最长不超过50年。合同期满或提前终止合同的,应对项目移交的内容、标准、方式、程序等依法协商进行约定。”

根据上述规定,社会资本能够通过承租项目经营权的方式介入集体土地租赁住房项目。以丰台区成寿寺万科泊寓项目为例,根据公开资料显示,北京金城源投资管理公司作为成寿寺农工商联合公司改制后成立的集体所有制(股份合作)企业,代表南苑乡成寿寺村集体提供项目用地并让渡项目经营权;万科负责所有建设成本投入,取得项目建成后45年的经营管理权及收益权。此外,北京金城源投资管理公司与北京万科企业有限公司共同出资成立了北京金城万源置业有限公司(项目公司)。项目公司

负责项目日常经营管理,每年支付村集体保底收益及超额分配。

此模式类似“代建+运营”,由集体经济组织出地,社会资本出资进行建设并由社会资本方获得项目最长不超过50年的项目经营权,包括占用、使用、经营、管理、收益等全部权利,社会资本承担建设费用,村集体获得保底收益和分红收益。此模式下,有别于一级市场上的土地获取,社会资本无需支付土地对价,前期只需投入建设开发成本。并经咨询北京市规自委某分局后了解,鉴于目前有关集体土地入市实施细则尚未释出,目前社会资本投资项目较为可行且政府大力鼓励的做法是通过项目经营权出租这一路径。



### 3. 集体经济组织/联营公司与社会资本联合“招拍挂”取得项目用地进行合作

根据《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规范(试行)》(国土资发〔2006〕114号)第10.1条,国有土地使用权招标拍卖挂牌出让的申请人可以单独申请,也可以联合申请。针对项目土地的地块成本高、资金需求量巨大,单个企业开发地块的风险较高或者开发难度较大的项目,房地产公司往往另辟路径进行联合竞买。

笔者设想,鉴于目前集体土地出让、出租多参照国有土地相关规定,理论上,新《土地管理法》颁布后社会资本能够与集体经济组织/联营公司以协议的形式组成联合体,依照法律规定的程序公开参与土地的“招拍挂”方式,或者共同成立项目公司,直接入市获得项目用地土地使用权并共同开发项目,但此种做法目前尚停留在设想阶段。

## 第五部分 结语

需要说明的是,北京市政策也提及对集体土地租赁住房的一些限制,如365号文明确“集体土地租赁住房只租不售,不得出让、转让,不得转租,不得改变土地用途”;“严禁以租代售”;“市区住房城乡建设部门要落实监管责任,将集

体土地租赁住房统一纳入全市租赁监管服务平台”。并经我们咨询北京规自委某分局后了解，民企投资项目作为定向自己员工的“人才公寓”原则上具有可操作性，但同样存在市场化不足而擦边“以租代售”的法律风险。如社会资本拟采用此模式投资建设面向自己员工的“人才公寓”，亦建议社会资本方保留一部分租赁住房的市场化比例。

国家政策明确“房住不炒，租售并举”，这是对房地产行业最基本的定位，自2016年开始，国务院更明确要加快培育和发展住房租赁市场，租赁住房行业随之崛起。2021年7月2日，国务院办公厅再发《关于加快发展保障性租赁住房的意见》新政，从宏观层面鼓励并支持“利用城区、靠近产业园区或交通便利区域的集体经营性建设用地建设保障性租赁住房<sup>20</sup>”。笔者认为，新《土地管理法》放开集体经营性建设用地入市限制后，建设集体土地租赁住房作为目前法律框架下集体土地可用作居住用途的唯一形式有可能将成为房地产市场的“下一个风口”。乘着新《土地管理法》及北京市利好政策的东风，也随着越来越多的一线大厂强企搬迁至京郊，未来可能将会涌现出更多以社会资本主导建设运营的项目或民企利用集体土地为其产业园、科技园职工建设“人才公寓”的案例。但鉴于目前集体土地租赁住房项目尚处于积极探索

阶段，从公开渠道检索到的案例来看，除大兴区及丰台区之外，其他各区尚未见非国有社会资本涉足集体土地租赁住房项目的案例，因此如何乘前述政策东风，与项目所在地政府积极沟通将项目落地，开辟出更加合规、成熟的开发模式，尚需社会资本与法律顾问等专业团队共同探索。<sup>20</sup>

20 根据《关于加快发展保障性租赁住房的意见》(国办发〔2021〕22号)第三条第一款“1. 人口净流入的大城市和省級人民政府确定的城市，在尊重农民集体意愿的基础上，经城市人民政府同意，可探索利用集体经营性建设用地建设保障性租赁住房；应支持利用城区、靠近产业园区或交通便利区域的集体经营性建设用地建设保障性租赁住房；农村集体经济组织可通过自建或联营、入股等方式建设运营保障性租赁住房；建设保障性租赁住房的集体经营性建设用地使用权可以办理抵押贷款。”



穆聃  
合伙人  
公司业务部  
北京办公室  
+86 10 5957 2160  
musong@zhonglun.com



李佳新  
非权益合伙人  
公司业务部  
北京办公室  
+86 10 5957 2139  
lijiaxin@zhonglun.com

## 附表:北京市集体土地入市不完全统计

时间	地块名称	用地性质	地块位置	规划用途	年限	出让人	竞得人	土地获取方式
2016/1/15	京土集使挂 (兴) [2015]001号	F81 绿隔 产业用地	大兴区 西红门镇	商业	40年	(联营) 北京盛世宏祥 咨询管理 有限公司	(社资) 北京赞比西 房地产开发 有限公司	招拍挂 (不限)
2018/1/26	京土集使协 (兴) [2017]001号	F81 绿隔 产业用地	大兴区 黄村镇	集体租赁 性住房	50年	(联营) 北京兴业利民 置业有限公司	(国资) 北京兴业利嘉 房地产开发 有限公司	协议 (全资国有或 集体企业)
2018/1/26	京土集使协 (兴) [2017]002号	F81 绿隔 产业用地	大兴区 西红门镇	集体租赁 性住房	40年	(联营) 北京盛世宏祥 咨询管理 有限公司	(国资) 北京海港 房地产开发 有限公司	协议 (全资国有或 集体企业)
2018/1/26	京土集使协 (兴) [2017]003号	F81 绿隔 产业用地	大兴区 旧宫镇	集体租赁 性住房	40年	(联营) 北京宏景建业 投资管理 有限公司	(国资) 北京文心万业 文化体育产业 投资基金	协议 (要求国有或 集体企业)
2018/1/26	京土集使协 (兴) [2017]004号	F81 绿隔 产业用地	大兴区 瀛海镇	集体租赁 性住房	70年	(联营) 北京汇瀛恒业 有限公司	(集资) 北京汇瀛恒安 置业有限公司	协议 (全资国有或 集体企业)
2018/1/26	京土集使作 (兴) [2017]001号	F81 绿隔 产业用地	大兴区 瀛海镇	集体租赁 性住房	70年	(联营) 北京汇瀛恒业 有限公司	(国资 + 社资) 某项目公司	作价入股 (国企或国有 控(占)股公司)
2018/3/15	获批	F81 绿隔 产业用地	丰台区 南苑乡 成寿寺村	901间 长租公寓、 3800平 商业等	45年	(村企) 北京金城源 投资管理公司	(社资) 北京万科企业 有限公司	项目经营权 出租 (社资)
2018/9/19	获批	F81 绿隔 产业用地	朝阳区 十八里店乡 西直河村	集体租赁 性住房项目	43年	西直河村 经济合作社	(国资 + 集资) 北京致诚鑫达 物业管理 有限公司	作价入股 (要求不明)

时间	地块名称	用地性质	地块位置	规划用途	年限	出让人	竞得人	土地获取方式
2018/11/28	京土集使挂 (兴) [2018]001号	F81 绿隔 产业用地	大兴区 瀛海镇	商业、办公	商业 40年、 办公 50年	(联营) 北京汇瀛恒业 有限公司	(社资) 北京城康华 房地产开发 有限公司	招拍挂 (不限)
2019/1/2	京土集使协 (兴) [2018]002号	F81 绿隔 产业用地	大兴区 西红门镇	办公、 及配套 人才公寓	40年	(联营) 北京盛世宏祥 咨询管理 有限公司	(国资) 中铁联合体	招拍挂 (不限)
2020/11/13	京土集使挂 (兴) [2020]001号	F81 绿隔 产业用地	大兴区 黄村镇 狼垡地区	含配建 人才公寓	50年	(联营) 北京兴业利民 置业有限公司	(集资) 北京兴业恒盛 置业有限公司	招拍挂 (不限)
2020/11/13	京土集使挂 (兴) [2020]003号	F81 绿隔 产业用地	大兴区 西红门镇	商业办公 及人才公寓	40年	(联营) 北京市盛世宏 祥资产管理 有限公司	(国资) 中节能首座 (北京)建设 有限公司	招拍挂 (不限)

# “遗产管理人”司法裁判观点的六个问答

作者：贾明军、袁芳、秦卓瑜



《民法典》在继承编新增了遗产管理制度。遗产管理制度，是指在继承开始后遗产交付前，有关主体依据法律规定或有关机关的指定，以维护遗产价值和遗产权利人合法利益为宗旨，对被继承人的遗产实施管理、清算的制度。遗产管理人，则是对死者的财产进行妥善保存和管理分配的人。<sup>1</sup>

虽然遗产管理人是《民法典》的新产物，原《继承法》并无规定，但《民法典》出台之前，司法实践中已出现诸多具有借鉴意义的案例。《民法典》出台之后，涉及遗产管理人的案例也陆续出现。对于这些案例的研究、分析，可以帮助我们更好地理解遗产管理人的权利和义务。

第一部分 \

## 谁有资格担任遗产管理人？

遗产管理人的资格认定是适用遗产管理人

制度的第一步。原《继承法》并没有规定遗产管理人制度，但司法实践中早已有相关的案例，只是由于缺乏统一的裁判规则，各个法院有不同的观点，笔者总结如下：

案号	法院认定遗产管理人的裁判规则
(2019)津01民终1172号	第一顺序继承人均放弃继承，法院认为被继承人的配偶对大部分遗产属于占有状态，便于对遗产进行管理及处分， <b>指定配偶作为遗产管理人。</b>
(2017)冀07民终1221号	被继承人因车祸去世，由亲属取得赔偿款，法院认定该亲属 <b>取得遗产后成为遗产管理人。</b>
(2019)鄂08民终498号	继承人可以通过沉默的方式接受继承，但是不得通过默示的方式成为遗产管理人。 <b>要成为遗产管理人，应当通过声明的方式，且应当得到其他法定继承人和其他利害关系人的同意。</b>
(2019)浙1023破22号之二	法院受理被继承人的遗产个人清算，并 <b>指定某律师事务所担任遗产管理人。</b>

1. 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》，人民法院出版社2020年7月第1版。

《民法典》出台后,第一千一百四十五条已经明确规定了遗产管理人产生的四种情形<sup>2</sup>,经过半年的实施,目前的司法实践中已经有了相关的典型案例。

## 第二部分 遗产管理人有无独立诉权?

我国法律保障当事人依法享有的起诉权利<sup>3</sup>,

裁判要点	案号及法院观点
法院认可遗嘱执行人作为遗产管理人	辽宁省沈阳市大东区人民法院 (2020) 辽 0104 民初 5156 号, 法院认为: “根据被继承人柴某的遗嘱, 遗嘱执行人为被告张某, 经征询被告张某本人意愿, 本院认可被告张某为遗产管理人。”
继承人推选产生遗产管理人	河南省郑州市二七区人民法院 (2021) 豫 0103 民初 404 号, 法院认为: “朱某去世, 四被告系朱某的法定继承人, 四被告均表示放弃继承遗产, 推选被告王某 1 为遗产管理人, 被告王某 1 应以遗产管理人的身份处理被继承人朱某的债权债务。”
继承人共同担任遗产管理人	湖南省湘乡市人民法院 (2021) 湘 0381 民初 7 号, 被继承人生前未立遗嘱, 四名法定继承人未推选遗产管理人且均未放弃继承。法院认为四位继承人应共同担任遗产管理人。 广东省江门市新会区人民法院 (2021) 粤 0705 民初 725 号, 法院认为: “陈某美、林某伟是林某池的合法继承人, 并且双方均向本院表示同意共同担任遗产管理人, 故本院确认陈某美、林某伟共同担任遗产管理人。”
民政部门或村委会担任遗产管理人	天津市河北区人民法院 (2021) 津 0105 民特监 1 号, 在徐某没有继承人的情况下, 以法院指定的方式确定遗产管理人。徐某系城市居民, 依照《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条的规定, 应由其居住地的天津市河北区民政局作为徐某的遗产管理人。 黑龙江省克山县人民法院 (2020) 黑 0229 民初 937 号, 因孙某发的继承人均放弃继承, 且孙某发生前住所地在克山 ×× 村民委员会, 故法院指定被告克山 ×× 村民委员会担任孙某发的遗产管理人。 重庆市江津区人民法院 (2021) 渝 0116 民初 3943 号, 被继承人况某某生前签订协议出售房产, 在签订协议后的第二天去世, 无法定继承人。法院指定由草坝居委会担任被继承人的遗产管理人。

2.《民法典》第一千一百四十五条规定, 继承开始后, 遗嘱执行人为遗产管理人; 没有遗嘱执行人的, 继承人应当及时推选遗产管理人; 继承人未推选的, 由继承人共同担任遗产管理人; 没有继承人或者继承人放弃继承的, 由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。  
3.《民事诉讼法》第一百二十三条: 人民法院应当保障当事人依照法律规定享有的起诉权利。对符合本法第一百二十九条的起诉, 必须受理。符合起诉条件的, 应当在七日内立案, 并通知当事人; 不符合起诉条件的, 应当在七日内作出裁定书, 不予受理; 原告对裁定不服的, 可以提起上诉。



诉权主要基于民事法律关系而产生。本处我们讨论的“独立诉权”仅指，遗产管理人基于《民法典》第一千一百四十七条为管理、处分、分割遗产之目的而享有的独立诉权，遗产管理人為自己之利益的诉权不在讨论之列。

早在2019年《民法典》修订过程中，浙江省婚姻法学研究会曾提出在“遗产管理人应当履行的职责”中增加“提起诉讼与应诉的权利”这一条<sup>4</sup>，但从最终颁布的《民法典》规定来看，这一建议并未被采纳，《民法典》规定的遗产管理人制度中并未明确遗产管理人的独立诉权。

立法虽未明确，但笔者找到两则相关案例可供参考。

### (一)遗嘱执行人有诉权

2018年，在《民法典》实施前，广西壮族自治区高级人民法院在(2018)桂民再54号案例中认定遗嘱执行人作为原告的诉讼主体适格。

该案中，梁某1与遗嘱人黄某明系夫妻关系，但梁某1并非是遗嘱人的继承人或受遗赠人，梁某1以遗嘱执行人身份提起诉讼，继承人黄某2提出梁某1原告主体不适格。对此一审法院认为：“梁某1作为《遗嘱》的执行人，其负责遗嘱人黄某明个人遗产的管理分配，故其作为本案原告诉讼主体适格。二审法院认为：“本案黄某明所立遗嘱中，黄某2属于受遗赠人，梁某1作

4. 参见浙江省婚姻法学研究会：《〈民法典草案〉“遗产管理人制度”的修改建议及理由》

为《遗嘱》的执行人，**梁某1负责对立遗嘱人黄某明个人遗产的管理分配，与本案黄某2有利害关系**，梁某1认为黄某2的行为丧失了受遗赠的权利，并以此为由向人民法院起诉，符合人民法院受理案件的条件，因此，梁某1作为本案原告诉讼主体适格。

## (二)依据香港法确认遗产管理人有诉权

最高院在(2020)最高法民再111号案例中，根据我国香港地区法律认为遗产管理人享有以自己的名义行使相关遗产管理的诉权。

该再审案件中，原一审法院、二审法院均认为，涉案遗嘱的效力应当适用香港特别行政区法律，而根据香港特别行政区法律，涉案遗嘱有效，因此涉案遗嘱赋予了翁某芳等四人遗产管理人的身份及相应的权利义务。并且，根据香港特别行政区法律规定，遗产管理人享有收集、管理及分配遗产的权利，且享有以自己的名义行使相关遗产管理的诉权，反而是遗产受益人在遗产管理结束前并不享有直接继受该权益的权利，因此，作为遗产共同管理人的翁某芳等四人有权直接以自己的名义起诉有利公司。而最高人民法院再审时亦对一审、二审的这一观点予以了认可。

同时，最高人民法院还在阐述再审申请人(非遗产管理人)诉讼地位是否适格的时候，特

别做了一段不以我国香港地区法律为适用前提的有关遗产管理人诉讼地位的论述，该段讲到：“一般情况下，遗产管理人及受托人进行遗产收集，为遗产管理、分配创造条件，有利于遗嘱受益人权利的实现，也有利于及时按照遗嘱分配遗产。因此，遗产管理人及受托人在收集遗产过程中遇到障碍，无法及时收集并有效管理遗产时，有权以自己名义对相关民事主体提起民事诉讼以保证遗产安全。”

笔者认为，该段论述**一定程度上肯定了遗产管理人的独立诉讼地位**，具有参考意义。

### 第三部分 \

## 遗产管理人能否将遗产登记至自己名下?

**为管理遗产之便利，遗产管理人是否有权将遗产过户登记至自己名下?**对此，我国目前的法律亦没有明确的规定。但最高人民法院审理的(2020)最高法民再111号案例能给我们一些启示。

该案中，对于“遗产管理人及受托人在受托期间能否将遗产关联公司股权登记在自身名下，从而以名义股东身份管理相应遗产”这一焦点问题，最高院认为：“首先，案涉遗嘱赋予了遗产管理人绝对酌情决定权，可作出投

资及转换投资。目前涉案股权仍登记在过世的翁某名下，且由于种种原因，至今此 80% 股权未能得到有效管理。因此，翁某芳等四人申请将有利公司 80% 股权登记在自身名下，有利于实现对遗产的管理与分配。其次，11 号（原一审判决）判决仅系出于遗产管理和股权管理的需要，由翁某芳等四人持有有利公司 80% 股权。此种裁判在现行遗产管理人制度以及遗嘱信托制度不完善情况下，并不违反法律规定，且更有利于遗嘱的执行以及遗产的收集和管理，也最终有利于全体遗嘱受益人。第三，一、二审判决所确认翁某芳等四人享有的是遗产管理人及受托人权利，并非是对有利公司 80% 股权的所有权。最后，翁某芳等四人既是遗嘱执行人，也是遗产管理人，还是信托受托人。对此三种身份，各方当事人在庭审中均一致认可。现有法律并未明确禁止翁某芳等四人成为遗产关联公司的股东，并办理股权登记。尤其在法律已对遗嘱信托、遗嘱执行人、遗产管理人制度作出规定的情况下，11 号判决基于翁某芳等四人的遗嘱执行人、遗产管理人及信托受托人地位，允许将案涉股权登记在翁某芳等四人名下，并不违反法律规定。如果不按照 11 号判决的方式处理，案涉遗产将难以管理、难以确保遗嘱的执行和信托财产的收集与分配。”

笔者认为，该案虽然具有一定的特殊性，且仅是个案，但具有积极的借鉴意义。不过该案阐述的法律原理是否可以类推适用到对于房屋、股票、银行存款等财产的管理，目前仍不能明确。

#### 第四部分 \

## 遗产管理人有无公司经营权？

**如果被继承人生前系公司的股东或法定代表人，那么其遗产管理人能否代为履行经营职责？**从我们找到的两则案例来看，法院的观点是否定的。

在江苏省苏州市中级人民法院审理的(2019)苏05民终3745号<sup>5</sup>案例中，法院认为公司原股东的遗产管理人并不享有股东权利，亦无权代表公司行使经营权。法院认为：“根据泰国利德公司的决策程序，对公司具有约束力的行为应由代表公司签字的董事签名并加盖泰国利德公司的印章。曹某持有的“董事委派书”虽盖有泰国利德公司的印章，但该“董事委派书”出具时泰国利德公司原持有85%股权的股东王某文已经去世，曹某并非泰国利德公司的董事，其虽系王某文在泰国利德公司股权的遗产管理人，但泰国利德公司出具“董事委派书”的行为

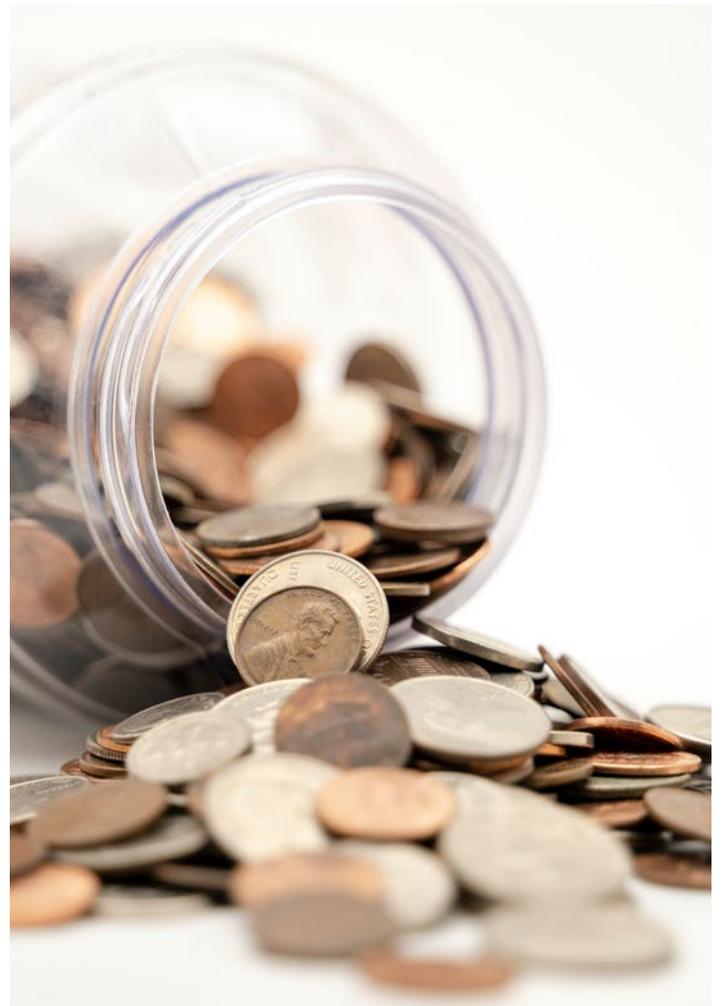
5. 该案中，后曹某申请再审，江苏省高级人民法院作出(2019)苏民申5373号民事裁定书，驳回了曹某的再审申请。

属于泰国利德公司行使经营权的范围，曹某并无证据证明其因遗产管理人身份而直接享有泰国利德公司的股东权利，更无证据证明其在签署“董事委派书”时有权代表泰国利德公司行使经营权。

在福建的一则案例中，法院认为原遗产管理人无权以公司名义提起诉讼并委托诉讼代理人参与诉讼。在福建省福州市中级人民法院审理的(2017)闽01行终339号案例中，法院认为，法人由其法定代表人进行诉讼。本案中，福清康频公司的原法定代表人已经去世，在公司权力机构未任命新的法定代表人的情况下，郑某作为原法定代表人的遗产管理人无权以公司名义提起诉讼并委托诉讼代理人参与诉讼。主要理由为：1.福清康频公司在性质上属于有限责任公司，享有法人财产权，其名下财产独立于法定代表人的个人财产，在法定代表人去世后并不当然地转为法定代表人个人的遗产。2.我国亦不承认身份继承，原法定代表人去世后其遗产管理人并不当然继任法定代表人或取得法定代表人的相应权利。3.福清康频公司作为企业法人属于法律构造物，本身不能自为行为，需要通过公司权力机构形成公司意志并予以贯彻实施。香港康频公司作为福清康频公司的股东，其股东权益亦应通过公司意志予以实现，而不能以自

身意识提起诉讼，更无权授权郑某以福清康频公司的名义提起诉讼。

**从上述两则案例中也可以看出，遗产管理人虽然具有管理遗产的职责，但公司具有法人独立性，并不等同于股东个人权利，因此并不能当然以公司管理人的身份插手公司经营，更不可代行法定代表人职权。遗产管理人在管理“公司股权”这一类型财产时，一定要获得法定的授权手续，以免因自己的重大过失而承担失职责任。**



## 第五部分 \ 继承人放弃继承是否还有遗产管理义务?

如果被继承人生前债务较多，有可能资不抵债，继承人通常会选择放弃继承。那么所有继承人在放弃继承的情况下，是否还有管理遗产的义务呢?对此，目前法院主流裁判观点认为，继承人放弃遗产继承的仍然属于遗产管理人，应当以遗产范围为限清偿债务。

## 第六部分 \ 遗产管理人能否作为被执行人?

遗产管理人能否作为被执行人，《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》(以下简称“《变更追加规定》”)第二条<sup>10</sup>、第十条已有明确规定<sup>11</sup>，**遗产管理人可以主动申请变更成为申请执行人，也可以依申请成为被执行人。**这也印证，遗产管理人在遗产管理中是具有独立诉讼主体地位的，否

序号	法院认定遗产管理人清偿义务的裁判规则
案例 1 <sup>6</sup>	继承人可以从实体上放弃接受被继承人的遗产，无需对被继承人的债权人承担责任。但继承人不能放弃对被继承人的遗产清算及管理，负有以遗产实际价值清偿被继承人生前债务的责任。
案例 2 <sup>7</sup>	虽然继承人均表示放弃继承权，但其并未依法将遗产依法移交给有关国家机关或集体组织接管，且其放弃继承权的行为导致本案无承担债务的主体，债权人的利益无法得到保护，故继承人作为遗产管理人，仍负有以遗产清偿被继承人债务的义务。
案例 3 <sup>8</sup>	法定继承人明确表示放弃继承遗产，依法对被继承人生前所负债务不负偿还责任。法院已出具裁定指定其中一名法定继承人为遗产管理人，被继承人的还款义务由遗产管理人在遗产实际价值范围内予以执行。
其他案例 <sup>9</sup>	继承人虽然放弃继承权，但是作为遗产管理人(遗产代管人)，有义务以遗产范围为限清偿被继承人的生前债务。

6. (2018)渝0118民初5081号

7. (2019)闽01民终8996号

8. (2018)云0112民再2号

9. (2019)鄂民再330号、(2019)鄂民再331号、(2019)豫03民申212号、(2018)浙0327民初12049号、(2017)内0783民初1538号

10. 《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二条:作为申请执行人的自然人死亡或被宣告死亡,该自然人的遗产管理人、继承人、受赠人或其他因该自然人死亡或被宣告死亡依法承受生效法律文书确定权利的主体,申请变更、追加其为申请执行人的,人民法院应予支持。作为申请执行人的自然人被宣告失踪,该自然人的财产代管人申请变更、追加其为申请执行人的,人民法院应予支持。

11. 《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十条:作为被执行人的自然人死亡或被宣告死亡,申请执行人申请变更、追加该自然人的遗产管理人、继承人、受赠人或其他因该自然人死亡或被宣告死亡取得遗产的主体为被执行人,在遗产范围内承担责任的,人民法院应予支持。作为被执行人的自然人被宣告失踪,申请执行人申请变更该自然人的财产代管人为被执行人,在代管的财产范围内承担责任的,人民法院应予支持。

则其不应成为申请执行人或被执行人。

但遗产管理人作为被执行人的时候，应以遗产为限承担责任，而不应牵涉到遗产管理人的自有财产，也不应对遗产管理人采取限制消费措施。

在山东省济南市中级人民法院审理的(2020)鲁01执复363号案例中，寇某义、王某、寇某松、寇某是被继承人寇某周的四位法定继承人，债权人以债务起诉四位继承人。由于四位法定继承人并未明确是否放弃继承，也未推举遗产管理人，故法院认定由四位继承人共同担任遗产管理人。在申请强制执行阶段，债权人申请对四位遗产管理人名下的财产进行执行，四位遗产管理人提出执行异议。法院审理后认为：关于能否直接执行继承人名下的财产，并对继承人采取限制消费措施，遗产管理人虽然可以成为被执行人，但其并非责任承担主体，其主要职责为处理被继承人的债权债务和分割遗产，因此不能直接执行遗产管理人的自有财产清偿债务，亦不能对遗产管理人采取限制消费措施。2020年12月29日修正的《变更追加规定》第十条第一款亦规定，变更、追加遗产管理人为被执行人后，也是在遗产范围内承担责任的。本案中，济阳法院查封被继承人寇某周名下遗产并无不当。但对于遗产管理人王某名下财产，在无证据证实上述财产为寇某周

遗产的情况下，济阳法院对其进行查封无事实及法律依据，应予纠正。对寇某义、王某、寇某松、寇某采取限制消费措施，亦无事实及法律依据。

## 第七部分 \

### 结语

综上，遗产管理人这一新兴制度具有重要意义，在私人财富规划中将发挥重要作用，值得专业人士持续关注。☒



贾明军  
合伙人  
公司业务部  
上海办公室  
+86 21 6061 3770  
jjamingjun@zhonglun.com



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。