

上市公司限售股的可流转性研讨 001/

悬衡而知平, 设规而知圆:《汽车数据处理
安全要求》的合规实施与汽车数据年报应对 014/

世界杯赛事里的转播权 027/

外商投资新机遇:2022年版
《鼓励外商投资产业目录》为扩大开放做“加法” 034/

房地产项目债务重组中既有担保的延续 042/



上市公司限售股的可流转性研讨

作者：曹承磊 周文星 黎兰 钟珏麟



《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第141条规定:“发起人持有的本公司股份,自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份,自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。”诸如此类的规定表明,上市公司和非上市股份有限公司的股份在特定情形下,均存在被限制转让的要求。

就上市公司股份而言,广义的限售包括:1.在一定期间内禁止转让的非流通股;2.在一定期间内限制转让比例及数量的流通股(即所谓的减持要求)。而本文所讨论的“限售股”则仅指因为法律要求或者持股人自我承诺,特定主体在特定的期限届满或特定的条件成就前,不能在公开市场自由买卖其持有的、标识为非流通股的上市公司股票。

基于此,本文拟对这一特定概念的限售股法律法规进行梳理,并探讨其被处置的相关效力问题。

为便于读者理解本文结构,特列本文目录如下:

- 一、强制要求限售的规定情形梳理
- 二、限售股被允许转让的法定情形
 - (一)首发限售股的转让
 - (二)收购及发行股份购买资产中取得的限售股的转让
 - (三)非公开发行的限售股的转让
- 三、擅自处置限售股的效力探讨
 - (一)擅自转让限售股
 - (二)质押限售股
- 四、强制执行限售股
 - (一)人民法院对处置限售股的相关规定
 - (二)限售股的司法处置案例

第一部分\

强制要求限售的规定情形梳理

| 序号 | 类型 | 限售期 | 相关规定 |
|----|---------------------------------------|---------------|---|
| 1 | 董监高的限售 | 12个月 | 《公司法》第141条:公司董事、监事、高级管理人员……所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内,不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。 |
| 2 | 控股股东、实际控制人及其亲属、直接或间接控制10%以上股份的股东的首发限售 | 36个月/12个月 | <p>《深圳证券交易所股票上市规则》第3.1.5条:发行人向本所申请其首次公开发行的股票上市时,其控股股东和实际控制人应当承诺:自发行人股票上市之日起三十六个月内,不转让或者委托他人管理其直接或者间接持有的发行人首次公开发行股票前已发行的股份,也不由发行人回购其直接或者间接持有的发行人首次公开发行股票前已发行的股份。发行人应当在上市公告书中公告上述承诺。</p> <p>《上海证券交易所股票上市规则》第3.1.5条:发行人向本所申请其首次公开发行股票上市时,其控股股东和实际控制人应当承诺:自发行人股票上市之日起36个月内,不转让或者委托他人管理其直接和间接持有的发行人首次公开发行股票前已发行的股份,也不由发行人回购该部分股份。发行人应当在上市公告书中披露上述承诺。</p> <p>《北京证券交易所股票上市规则(试行)》第2.4.2条:上市公司控股股东、实际控制人及其亲属,以及上市前直接持有10%以上股份的股东或虽未直接持有但可实际支配10%以上股份表决权的相关主体,持有或控制的本公司向不特定合格投资者公开发行的股份,自公开发行并上市之日起12个月内不得转让或委托他人代为管理。</p> |
| 3 | 上市时未盈利的首发限售 | 3个会计年度/2个会计年度 | <p>《深圳证券交易所创业板股票上市规则》第2.3.5条:公司上市时未盈利的,在实现盈利前,控股股东、实际控制人及其一致行动人自公司股票上市之日起三个完整会计年度内,不得减持首发前股份;……公司上市时未盈利的,在实现盈利前,董事、监事、高级管理人员自公司股票上市之日起三个完整会计年度内,不得减持首发前股份;在前述期间内离职的,应当继续遵守本款规定。</p> <p>《上海证券交易所科创板股票上市规则》第2.4.3条:公司上市时未盈利的,在公司实现盈利前,控股股东、实际控制人自公司股票上市之日起3个完整会计年度内,不得减持首发前股份;……公司上市时未盈利的,在公司实现盈利前,董事、监事、高级管理人员及核</p> |

| 序号 | 类型 | 限售期 | 相关规定 |
|----|------------------------|----------|---|
| | | | <p>心技术人员自公司股票上市之日起3个完整会计年度内,不得减持首发前股份;在前述期间内离职的,应当继续遵守本款规定。公司实现盈利后,前两款规定的股东可以自当年年度报告披露后次日起减持首发前股份,但应当遵守本节其他规定。</p> <p>《北京证券交易所股票上市规则(试行)》第2.4.6条:公司上市时未盈利的,在实现盈利前,控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员自公司股票上市之日起2个完整会计年度内,不得减持公开发行并上市前股份……公司实现盈利后,可以自当年年度报告披露后次日起减持公开发行并上市前股份,但应遵守本节相关规定。董事、监事、高级管理人员在前款规定期间内离职的,应当继续遵守前款规定。</p> |
| 4 | 突击入股股东的首发限售 | 36个月 | <p>《监管规则适用指引—关于申请首发上市企业股东信息披露》第三条:发行人提交申请前12个月内新增股东的,应当在招股说明书中充分披露新增股东的基本情况、入股原因、入股价格及定价依据,新股东与发行人其他股东、董事、监事、高级管理人员是否存在关联关系,新股东与本次发行的中介机构及其负责人、高级管理人员、经办人员是否存在关联关系,新增股东是否存在股份代持情形。上述新增股东应当承诺所持新增股份自取得之日起36个月内不得转让。</p> <p>《首发业务若干问题解答》问题4、发行人申报前后新增股东的,应如何进行核查和信息披露?股份锁定如何安排?答:(1)申报前新增股东……股份锁定方面,申报前6个月内进行增资扩股的,新增股份的持有人应当承诺:新增股份自发行人完成增资扩股工商变更登记手续之日起锁定3年。在申报前6个月内从控股股东或实际控制人处受让的股份,应比照控股股东或实际控制人所持股份进行锁定。(2)申报后新增股东,申报后,通过增资或股权转让产生新股东的,原则上发行人应当撤回发行申请,重新申报。但股权变动未造成实际控制人变更,未对发行人股权结构的稳定性和持续盈利能力造成不利影响,且符合下列情形的除外:新股东产生系因继承、离婚、执行法院判决或仲裁裁决、执行国家法规政策要求或由省级及以上人民政府主导,且新股东承诺其所持股份上市后36个月之内不转让、不上市交易(继承、离婚原因除外)。</p> |
| 5 | 非公开发行的 一般限售 | 6个月/18个月 | 《上市公司证券发行管理办法》第三十八条第二项:上市公司非公开发行股票,应当符合下列规定:(二)本次发行的股份自发行结束之日起,六个月内不得转让;控股股东、实际控制人及其控制的企业认购的股份,十八个月内不得转让。 |
| 6 | 非公开发行特定 认购对象的 限售 | 18个月 | 《上市公司非公开发行股票实施细则》第七条:……上市公司董事会决议提前确定全部发行对象,且属于下列情形之一的,定价基准日可以为关于本次非公开发行股票的董事会决议公告日、股东大会 |

| 序号 | 类型 | 限售期 | 相关规定 |
|----|-------------------|------------------|--|
| | | | <p>会决议公告日或者发行期首日,认购的股份自发行结束之日起十八个月内不得转让:</p> <p>(一)上市公司的控股股东、实际控制人或其控制的关联人; (二)通过认购本次发行的股份取得上市公司实际控制权的投资者; (三)董事会拟引入的境内外战略投资者。</p> |
| 7 | 境外战略投资者的限售 | 36个月(修订草案改为12个月) | <p>《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》第五条第三项:投资者进行战略投资应符合以下要求:(三)取得的上市公司A股股份三年内不得转让。</p> <p>《外国投资者对上市公司战略投资管理办法(修订草案公开征求意见稿)》第七条:外国投资者通过战略投资方式取得的上市公司A股股份12个月内不得转让。不符合本办法第四条、第五条规定的外国投资者通过虚假陈述等方式违规实施战略投资的,在其采取措施满足相应条件前及满足相应条件后12个月内,对所涉股份不得转让。</p> |
| 8 | 员工持股计划的限售 | 12个月/36个月 | <p>《关于上市公司实施员工持股计划试点的指导意见》第二条第(六)款第一项:每期员工持股计划的持股期限不得低于12个月,以非公开发行方式实施员工持股计划的,持股期限不得低于36个月,自上市公司公告标的股票过户至本期持股计划名下时起算;上市公司应当在员工持股计划届满前6个月公告到期计划持有的股票数量。</p> |
| 9 | 收购人的限售 | 18个月 | <p>《证券法》第七十五条:在上市公司收购中,收购人持有的被收购的上市公司的股票,在收购行为完成后的十八个月内不得转让。</p> <p>《上市公司收购管理办法》第七十四条:在上市公司收购中,收购人持有的被收购公司的股份,在收购完成后18个月内不得转让。收购人在被收购公司中拥有权益的股份在同一实际控制人控制的不同主体之间进行转让不受前述18个月的限制,但应当遵守本办法第六章的规定。</p> |
| 10 | 以资产认购而取得上市公司股份的限售 | 12个月/36个月/24个月 | <p>《上市公司重大资产重组管理办法》第四十六条:特定对象以资产认购而取得的上市公司股份,自股份发行结束之日起12个月内不得转让;属于下列情形之一的,36个月内不得转让:</p> <p>(一)特定对象为上市公司控股股东、实际控制人或者其控制的关联人; (二)特定对象通过认购本次发行的股份取得上市公司的实际控制权; (三)特定对象取得本次发行的股份时,对其用于认购股份的资产持续拥有权益的时间不足12个月。</p> <p>属于本办法第十三条第一款规定的交易情形的,上市公司原控股股东、原实际控制人及其控制的关联人,以及在交易过程中从该等</p> |

| 序号 | 类型 | 限售期 | 相关规定 |
|----|-------------------|----------|---|
| | | | 主体直接或间接受让该上市公司股份的特定对象应当公开承诺,在本次交易完成后36个月内不转让其在该上市公司中拥有权益的股份;除收购人及其关联人以外的特定对象应当公开承诺,其以资产认购而取得的上市公司股份自股份发行结束之日起24个月内不得转让。 |
| 11 | 核心技术人员的限售股 | 12个月、6个月 | 《上海证券交易所科创板股票上市规则》第2.4.5条:上市公司核心技术人員减持本公司首发前股份的,应当遵守下列规定:(一)自公司股票上市之日起12个月内和离职后6个月内不得转让本公司首发前股份..... |
| 12 | 高管、核心员工参与战略配售的限售股 | 12个月 | 《创业板首次公开发行证券发行与承销特别规定》第十八条:发行人的高级管理人员与核心员工可以通过设立资产管理计划参与本次发行战略配售。前述资产管理计划获配的证券数量不得超过本次公开发行证券数量的百分之十,且应当承诺自本次公开发行的证券上市之日起持有配售证券不少于十二个月。 《北京证券交易所股票上市规则(试行)》第2.4.5条:发行人高级管理人员、核心员工通过专项资产计划、员工持股计划等参与战略配售取得的股份,自公开发行并上市之日起12个月内不得转让或委托他人代为管理。其他投资者参与战略配售取得的股份,自公开发行并上市之日起6个月内不得转让或委托他人代为管理。 |

除上述法定限售要求外,特定主体(如控股股东、员工持股计划、战略投资者等)基于保持公司股份稳定性等考虑,也会自愿对其所持有或将持有的上市公司股份作出更为严格的限售承诺。例如在上市公司引入战略投资者认购其非公开发行股份的,为更体现战略投资者的长期持有上市股份的意愿,通常会自愿将限售期延长至36个月。

第二部分\

限售股被允许转让的法定情形

限售股在同一控制下的主体之间仍然可以进行转让,但根据限售股类型的不同,其转让需要符合相应的条件,具体如下:

(一)首发限售股的转让

根据《深圳证券交易所股票上市规则》和《上海证券交易所股票上市规则》第3.1.5条的规定,

对于首发限售股,若需要在同一控制下主体之间转让处于限售期的首发前股份,需满足以下条件:

1. 股东需为上市公司控股股东、实际控制人,相应锁定期为36个月;
2. 股票首发上市已满一年;
3. 需就转让事项向交易所申请并获得同意。

(二)收购及发行股份购买资产中取得的限售股的转让

根据《<上市公司收购管理办法>第六十二条、第六十三条及<上市公司重大资产重组管理办法>第四十六条有关限制股份转让的适用意见——证券期货法律适用意见第4号》(以下简称《**证券期货法律适用意见第4号**》)的规定,同一控制下主体之间转让尚处于限售期的以资产认购的股份,需满足以下条件:

1. 同一控制关系清晰明确,易于判断;
2. 不损害上市公司及投资者利益、受让方或实际控制人仍应当按照诚实信用原则忠实履行相关承诺义务;
3. 律师就是否属于同一控制下不同主体之间的转让出具法律意见书。

关于受让方应承继并履行出让方的哪些承诺,相关的法律、法规、规章、监管规定等并未做出明确的规定,但根据查询相关案例,我们理解限售股的受让方需要承继的承诺应当具备以下条件:

1. 出让方在取得该股份时做出的;
2. 截止本次限售股转让时仍在履行的/持续有效的;
3. 能够转给受让方的。

根据某药业公司披露的承诺函,其受让方公司将承继并履行出让方公司于重大资产重组所签订的发行股份购买资产协议及补充协议下未履行完毕的承诺及义务,以及在重大资产重组中所做的其他全部未履行完毕的承诺。

根据该药业公司披露的另一份承诺函,出让方将督促受让方履行其承继的重组承诺,如受让方未能履行的,由出让方承担连带保证责任。

受让方承继出让方的承诺情况主要如下:



| 序号 | 出让方取得发行人股份时作出的承诺 | 受让方承继的承诺 | 备注 |
|----|-----------------------|----------|-------|
| 1 | 关于保持上市公司独立性的承诺函 | √ | 未履行完毕 |
| 2 | 关于避免同业竞争的承诺函 | √ | 未履行完毕 |
| 3 | 关于减少、规范关联交易的承诺函 | √ | 未履行完毕 |
| 4 | 关于股份锁定承诺函 | √ | 未履行完毕 |
| 5 | 关于解决标的资产土地房屋瑕疵情形的承诺函 | √ | 未履行完毕 |
| 6 | 关于置入资产状况的承诺函 | √ | 未履行完毕 |
| 7 | 关于标的资产盈利预测的承诺函 | √ | 未履行完毕 |
| 8 | 关于提供资金支持的承诺 | √ | 未履行完毕 |
| 9 | 关于员工安置的承诺函 | × | 已履行完毕 |
| 10 | 关于诉讼事项的承诺函 | × | 已履行完毕 |
| 11 | 关于出售资产状况的承诺函 | × | 已履行完毕 |
| 12 | 关于不存在不得参与重大资产重组情形的承诺函 | × | 已履行完毕 |
| 13 | 关于标的资产权属清晰的承诺函 | × | 已履行完毕 |
| 14 | 关于提供资料真实、准确、完整的承诺函 | × | 已履行完毕 |

(三)非公开发行的限售股的转让

就上市公司非公开发行后的限售股在何种情形可以转让,相关规定并未作出明确规定;但在中国证监会于2011年10月8日给新疆维吾尔自治区政府回复的《关于新疆中泰化学(集团)股份有限公司限售股划转问题的复函》中明确指出:“对于中泰化学实际控制人划转其持有的仍处于限售期的非公开发行股份,请报相关单位比照《关于

已完成股权分置改革的上市公司原非流通股股份转让有关问题的通知》(证监发〔2006〕87号)和《证券期货法律适用意见第4号》(证监会公告〔2009〕11号)的规定办理。”

对于非公开发行的限售股,也可以适用协议等方式进行限售股的转让。如天茂实业集团股份有限公司(A股简称:天茂集团,A股代码:000627)披露的《关于控股股东和一致行动人拟

将所持公司股份在同一控制下进行协议转让的提示性公告》中,天茂集团的实际控制人刘某某拟通过协议转让的方式,将其通过非公开发行取得的股份转让给天茂集团的控股股东新理益集团有限公司,属于同一控制下不同主体的内部转让。

第三部分\

擅自处置限售股的效力探讨

(一) 擅自转让限售股

我们发现,除法定情形外,司法实践中亦存在未按照规定擅自转让限售股的情形,法院对此种情形下的股权转让协议效力仍然持肯定态度。

徐某与俞某合同纠纷案[案号:(2021)京01民初108号],俞某与徐某签署了《控制权变更框架协议》,主要约定由俞某将其持有的某公司166,926,322股股份对应的表决权全部委托给徐某行使,但鉴于该部分股份属于高管锁定股,只有在俞某离任六个月期满后才具备转让条件。因此,双方约定后续在符合转让条件的情况下,俞某将上述股份转让给徐某并过户登记。法院认为:“徐某与俞某签订的《股份转让协议》《控制权变更框架协议》……均系双方真实意思表示,其内容未违反我国法律、行政法规的强制性规定,均为有效。”

在(2020)沪74民初825号一案中,北京汉时

公司向胡某某出具了《承诺函》,承诺由北京汉时受让或由其指定第三方受让胡某某所持某上市公司18.82%股份(共计134,778,273股股票,其中限售股15,866,782股),双方同意在该15,866,782股股票解禁时,胡某某配合北京汉时完成股票交割手续。本案的争议焦点之一在于“关于《承诺函》是否违反了限售股不得转让的相关规定及其效力问题。”法院认为:“所禁止的买卖行为是指在限售期内通过变更股份所有权而变更股东身份,但并未禁止在限售期内签订关于限售解禁后转让股份的远期转让协议……《承诺函》中关于限售期内委托投票权及股票质押等约定亦未改变股票所有权关系及股东身份,不构成《证券法》第三十八条所规定的法律意义上的转让。”

综上,法院一般认为,法律禁止的是对于限售股的实质性变动行为,但对于在限售期内签署的《股份转让协议》,法院普遍认可其效力。

(二) 质押限售股

1. 限售股质押的规定

除《财政部关于上市公司国有股质押有关问题的通知》第二条规定:“公司发起人持有的国有股在法律限制转让期限内不得用于质押”外,相关法律法规并没有明确禁止限售股质押;相反上市公司相关规则对限售股质押后的信息披露表明证券监管部门并不禁止限售股质押。

关于限售股质押合同效力,《最高人民法院执行工作办公室关于上市公司发起人股份质押合同及红利抵债协议效力问题请示案的复函》(〔2002〕执他字第22号)对限售股质押合同效力有明确意见,即“一、关于本案发起人股份质押合同效力的问题,基本同意你院的第二种意见。《公司法》第147条¹规定对发起人股份转让的期间限制,应当理解为是对股权实际转让的时间的限制,而不是对达成股权转让协议的时间的限制。本案质押的股份不得转让期截止到2002年3月3日,而质押权行使期至2005年9月25日才可开始,在质押权人有权行使质押权时,该质押的股份已经没有转让期间的限制,因此不应以该股份在设定质押时依法尚不得转让为由确认质押合同无效。”此外,《国务院关于进一步提高上市公司质量的意见》(国发〔2020〕14号)第五条也规定,“.....严格执行分层次、差异化的股票质押信息披露制度。严格控制限售股质押。支持银行、证券、保险、私募股权基金等机构参与上市公司股票质押风险化解”。

关于限售股质押登记,中国证券登记结算有限责任公司(以下简称“**中证登**”)仅对材料进行形式审查,其质押登记并不当然表明质押协议合法有效,仍需要以相关的法律、法规或司法机关的认定为依据。在《中国结算深圳分公司证券质押业务指南》的《证券质押登记申请表》中也特别

要求申请人声明:“本次质押的质物为有限售条件证券的,本质押双方声明已知晓质物处于限售期间,并承诺因质物如属法律规定的不得转让情形导致质押登记无效而产生的法律责任由本质押双方承担.....”

2.限售股质押效力的判例

司法实践中,绝大多数法院观点与最高院执行办公室复函的意见一致,即认为限售股可以质押,也可以依法设立质权。

在(2015)川民终字第972号一案中,对于原审被告李世全作为慧能公司的董事,其将所持有的慧能公司22%的股份出质于泰森公司违反《公司法》第一百四十一条,二审法院认为:“股份质押并不同于股份转让,并不导致股份的直接、即时出让,上述法律规定并不适用于本案.....案涉《股权质押合同》合法成立并生效,李世全应按此合同向泰森公司承担相应质押反担保责任”。而对于质权是否设立成功,二审法院认同一审法院的观点,认为:“质押权的设立也应依据《中华人民共和国物权法》的规定自工商行政管理部门登记时起设立。”

1.现为《公司法(2018修订)》第141条:发起人持有的本公司股份,自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份,自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况,在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五;所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内,不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对本公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

在(2016)浙01民初899号一案中,法院认为:“案涉质押股票系限售股属实,但仅是禁售期内限制在二级市场买卖的流通股,并非法律、法规禁止流通的财产,并具有可转让性,因此资管公司与李某之间的质押融资行为系双方真实意思表示,也未违反法律法规的强制性规定,不存在无效的情形……资管公司依法享有对案涉股票的质权,具有优先效力。”

在(2020)最高法民终1167号一案,关于质押协议的效力问题,一审法院认为:“本案所涉的《客户协议》《交易协议书》《补充协议》均为双方当事人的真实意思表示,协议没有违反法律强制性、禁止性规定,且协议均已实际履行,证券公司作为融出方按约履行了付款义务,西藏公司作为融入方履行了按季付息的义务,上述协议均为有效协议。”而对于质权设立的效力,一审法院认为:“本案中质押限售股在到期日仍处于冻结状态,但该冻结股票仅是禁售期内限制在二级市场买卖的流通股,并非法律法规禁止流通的财产,具有可转让性,且双方已在规定部门办理了质押登记,因此,证券公司对登记的文化公司2750万股享有优先权,其诉请符合法律规定,予以支持”。在二审中,当事人对原审判决认定的上述事实 and 适用的法律不持异议。

第四部分\

强制执行限售股

根据执行依据的内容不同,限售股被强制执行的主要原因可以分为:

- 1.法院判令双方签署的《股份转让协议》有效,被告应向原告方过户限售股;
- 2.法院判令限售股质押登记有效,质权人对限售股享有优先受偿权;
- 3.因为债务人未履行法院的给付判决,债权人申请强制执行其所持有的限售股用于抵债。

关于司法强制执行的部门协同问题,《上市公司流通股协议转让业务办理暂行规则》(上交所、深交所、中登公司联合发布)第十三条规定:“因司法强制执行或自然人继承、遗赠或者法人丧失法人资格涉及股份变动的,申请人应当提供有效的股权归属证明文件,并按照结算公司的有关规定办理相关手续。”据此,中证登公司对人民法院执行限售股过户登记手续并无实质障碍。

(一)人民法院对处置限售股的相关规定

《最高人民法院执行办公室关于执行股份有限公司发起人股份问题的复函》([2000]执他字第1号)载明,“同意你院的意见。《公司法》第一百四十七条中关于发起人股份在3年内不得转让的规定,是对公司创办者自主转让其股权的限制,

其目的是为防止发起人借设立公司投机牟利,损害其他股东的利益。人民法院强制执行不存在这一问题。被执行人持有发起人股份的有关公司和部门应当协助人民法院办理转让股份的变更登记手续。为保护债权人的利益,该股份转让的时间应从人民法院向有关单位送达转让股份的裁定书和协助执行通知书之日起算。该股份受让人应当继受发起人的地位,承担发起人的责任。”

《北京市法院执行工作规范》第390条规定:“被执行人作为发起人持有本公司股份的,人民法院对该股份可以强制进行转让,不受《中华人民共和国公司法》第一百四十二条‘发起人持有的本公司股份,自公司成立之日起一年内不得转让’的限制,有关单位应当按照人民法院的裁定书和协助执行通知书办理转让股份的变更登记手续。”《上海金融法院关于执行程序中处置上市公司股票的规定(试行)》第十八条规定:“处置上市公司限售股、存托凭证,根据限售条件、解禁条件、案件情况可选择适用大宗股票司法协助执行方式或网络司法拍卖方式。”《广东省深圳市中级人民法院关于强制执行上市公司股票的工作指引(试行)》第十二条规定:“被执行人或股票持有人就已冻结的上市公司股票所作的转移、设定权利负担、延长限售期限、延长锁定期限或者增加限售条件等其他有碍执行的行为,不得对抗执行。”第十九条规定:“执行上市公司限售流通股,

一般应当采取网络司法拍卖方式进行变价。上市公司限售流通股不因强制执行而改变其股份性质,但属于本指引第十一条规定的情形除外。”

(二)限售股的司法处置案例

有法院支持采取强制执行的方式处置限售股,并在限售期内予以直接拍卖。如(2017)粤04执异63号一案,法院在执行过程中,冻结了被执行人吴某某(证券账户号码:01×××16)持有的上市公司72,222,222股首发后个人类限售股份,包括冻结期间所产生的红股(含转增股)、配股。后法院经依法委托评估,于2016年9月14日作出(2014)珠中法执字第869、870号之四执行裁定书,裁定拍卖被执行人吴某某(证券账户号码:01×××16)名下的上市公司首发后个人类限售股份,包括冻结期间所产生的红股(含转增股)。经二次公开拍卖,由申请执行人以411,666,665.4元竞得上述标的。

在(2015)杭江商初字第1274号一案,法院在执行过程中,已查封被执行人公司在中国银河证券股份有限公司限售股股票;浙江省杭州市江干区人民法院于2017年6月1日作出(2016)浙0104执434号之二裁定,拍卖被执行人公司在中国银河证券股份有限公司限售股股票。

此外,法院也支持对于因股东自身债务的原因,被强制执行其所持有的限售股。如(2017)苏

02执436号一案,因被执行人凌某某未按约定履行(2017)苏02民初459号民事调解书,法院作出裁定拍卖、变卖凌某某持有的凯众股份2,595,134股(证券类别:限售流通股)。再如(2016)苏0104执820号一案中,因被执行人未履行(2015)宁裁字第001-19号调解书项下的还款义务,因此法院裁定将江苏中海联合信息工程发展有限公司所有的江苏井神盐化股份有限公司3,500,000股(证券类别:限售流通股)扣划至申请人宋某名下。

尽管上述规定和司法判例表明,主流观点认为人民法院可以强制执行尚处于限售期的上市公司股份,但这一行为仍然存在部分争议:

《江苏省高级人民法院关于执行疑难问题的解答》第六条第二款规定:“执行被执行人所持上市公司限售股(股票),可以先将限售股强制扣划至申请执行人账户,待限售股办理解禁手续转为流通股后再行处置。在此过程中,执行法院视情可以冻结申请执行人该账户,防止变价款高于执行标的额时申请执行人转移变价款损害被执行人利益。”此外,在(2016)粤04执异21号案件中,珠海中院执行局法官就《关于限售股性质等有关问题》向中国证监会发出调查函,中国证监会发行监管部就珠海中院调查函正式复函明确指出:“对于限售股的限制性规定,有利于资本市场运行秩序,保护投资者合法权益。为此不建议以拍

卖等方式将处在‘不得转让’期间的股份强行过户。”

我们认为,允许司法拍卖限售股与证券监管部门禁止限售股转让的规定精神不一致,其主要原因在于司法部门和监管机构不同的法益诉求和价值导向。在司法层面,监管规则作为证券监管部门日常工作的经验总结,其立法层级较低,有待与上位法形成有效的衔接。如果立法机构进一步吸收证券监管部门的经验,完善上位法与监管规则的衔接,将更有利于维护债权人及广大中小投资者的合法利益。 ☒



曹承磊
合伙人
公司业务部
成都办公室
+86 28 6208 8011
caochenglei@zhonglun.com



周文星
非权益合伙人
公司业务部
成都办公室
+86 28 6208 8073
zhouwenxing@zhonglun.com

悬衡而知平，设规而知圆： 《汽车数据处理安全要求》的 合规实施与汽车数据年报应对

作者：陈际红 陈煜焱



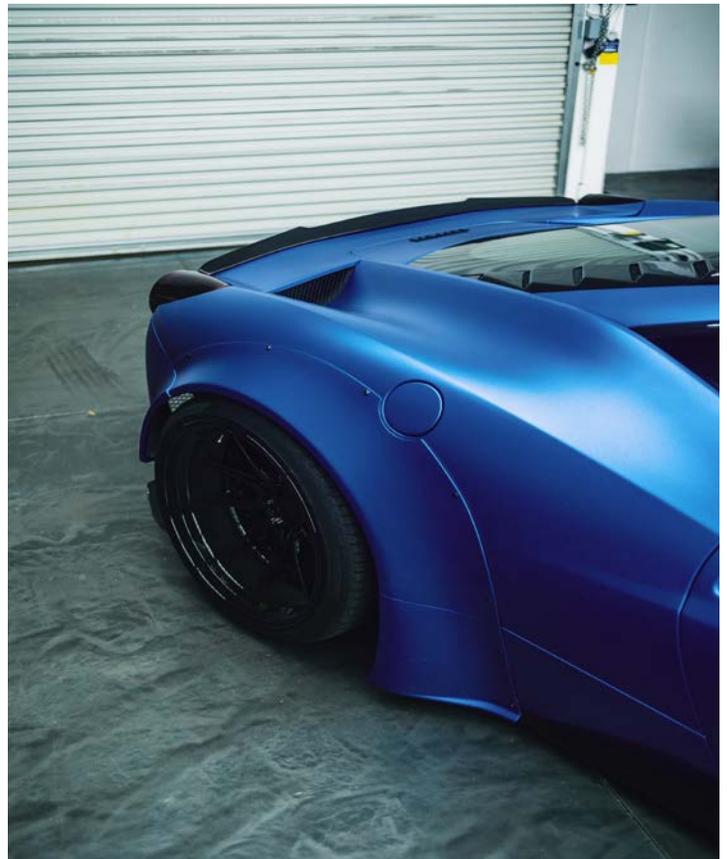
近日,北京、广东、天津、四川等省(市)网信办陆续发布通知,要求本省汽车数据处理者开展2022年度汽车数据安全管理的年度报送工作(以下简称“汽车数据年报”)。此前,全国信息安全标准化技术委员会于10月19日正式发布GB/T 41871-2022《信息安全技术 汽车数据处理安全要求》(以下简称《汽车数据要求》),这是继《汽车数据安全管理办法(试行)》(以下简称《若干规定》)出台后,首次从国标层面针对汽车数据处理者如何落实《若干规定》提出了全方位的要求。

本文全方位解读《汽车数据要求》,以期在进一步明晰《若干规定》所提出的监管要求的同时,讨论汽车数据处理活动的合规实践方案,助力车企更好地理解监管关切,以顺利通过汽车数据年报工作。

第一部分\

定位:提供企业落实《若干规定》的良好实践和监管侧重参照

从效力性质上看,“GB/T”意味着《汽车数据要求》系推荐性国家标准,并不会直接对汽车数据处理者产生法律上的强制约束力。然而,以汽车数据场景下敏感个人信息处理活动为例,对比《若干规定》与《汽车数据要求》,可发现该国标所提出的绝大部分合规要求并非现有规则之外的创设,而是对《若干规定》等上位法的细化与解释:



| 《汽车数据要求》 | 《若干规定》 |
|---|--|
| <p>4.2汽车数据处理者处理敏感个人信息符合下列要求 b) 取得个人信息主体单独同意时, 处理敏感个人信息的同意期限<u>不应设置为“始终允许”或“永久”</u>。</p> | <p>第九条 第一款 汽车数据处理者处理敏感个人信息, 应当符合以下要求或者符合法律、行政法规和强制性国家标准等其他要求 (三) 应当取得个人单独同意, 个人可以自主设定同意期限。</p> |
| <p>4.2c) 为了在收到删除个人信息请求后十个工作日内完成删除, 原则上应建立个人信息结构化目录, 实现个人信息的可追溯管理。</p> | <p>第九条第一款 (五) 个人要求删除的, 汽车数据处理者应当在十个工作日内删除。</p> |
| <p>4.3汽车数据处理者持续收集敏感个人信息符合下列告知要求。 a) 应通过车载显示面板图标或信号装置指示灯的闪烁或长亮等方式提示收集状态。 b) 持续提示收集敏感个人信息时, 应根据信息类型的不同设置差异明显且清晰易懂的提示。 注: <u>可通过摄像图标闪烁或长亮提示正在收集车内视频数据, 通过录音图标闪烁或长亮提示正在收集车内语音数据, 通过斜向上三角图标的闪烁或长亮提示正在收集位置数据。</u></p> | <p>第九条第一款 (四) 在保证行车安全的前提下, 以适当方式提示收集状态, 为个人终止收集提供便利。</p> |
| <p>4.4 a) 注 增强行车安全的目的包括身份验证以及驾驶人状态监测等。</p> | <p>第九条 第二款 汽车数据处理者具有增强行车安全的目的和充分的必要性, 方可收集指纹、声纹、人脸、心律等生物识别特征信息。</p> |

表1:《汽车数据要求》与《若干规定》关于敏感个人信息处理规则对比表

《若干规定》自去年发布以来, 业内对于其部分规则的理解引发了诸多讨论, 例如, 何谓“增强行车安全的目的”¹, 如何理解“无法征得同意”与“向车外提供车外个人信息”以及“匿名化处理”²的顺序和逻辑, 一直成为实务中困扰车企的难题。从上表可以看出, 《汽车数据要求》针对由《若干规定》引发的实务难题一一展开回应。可见, 尽管其作为推荐性国标并非强制性适用, 但可为车

企落实《若干规定》提供重要参考和指引。

此外, 对比《汽车数据要求》与各省近期发布的汽车数据安全情况报告模板的结构(以第三节为例), 也可发现二者存在高度相似性。

1.《若干规定》第九条第二款 汽车数据处理者具有增强行车安全的目的和充分的必要性, 方可收集指纹、声纹、人脸、心律等生物识别特征信息。
2.《若干规定》第八条第二款 因保证行车安全需要, 无法征得个人同意采集到车外个人信息且向车外提供的, 应当进行匿名化处理, 包括删除含有能够识别自然人的画面, 或者对画面中的人脸信息等进行局部轮廓化处理等。

| 汽车数据年报模板 | 《汽车数据要求》 |
|--------------------------------------|--|
| 三、汽车数据安全防护和管理措施 (一) 车外人脸信息匿名化处理情况 | 5 车外数据安全要求 汽车数据处理者对车外数据进行匿名化处理符合以下要求..... |
| (二) 默认不收集座舱数据情况 | 6 座舱数据安全要求 6.1 除非驾驶人自主设定, 汽车应默认设定为不收集座舱数据的状态, 包括不打开车内的摄像头、传声器、红外传感器和指纹传感器等部件..... |
| (三) 座舱数据向车外提供情况 | 6.2 汽车不应向车外提供座舱数据, 下列情形除外。 |
| (四) 处理个人信息的显著告知情况 | 4.1 汽车数据处理者处理个人信息符合下列要求 b) 取得个人同意时, 应通过至少一种显著方式向个人告知。显著方式包括用户手册单独章节提示、语音播放、车载显示面板单独弹窗提示、汽车使用相关应用程序交互.....等。 |
| (五) 汽车数据收集精度范围情况 | N/A |
| (六) 汽车数据脱敏处理情况 | 4.7 汽车数据处理者处理重要数据, 一般应在完成脱敏处理后再进行其他处理; 处理个人信息, 一般应在匿名化处理或去标识化处理后再进行其他处理。 |
| (七) 持续提示收集敏感个人信息情况 | 4.3 汽车数据处理者持续收集敏感个人信息符合下列告知要求。 |
| (八) 汽车数据保存地点与期限情况 | 4.1 汽车数据处理者处理个人信息符合下列要求 e) 向个人信息主体告知其个人信息保存地点时, 应将保存地点位置精确到地级市并告知所有保存地点 |

表2:《汽车数据要求》与汽车数据年报模板对比表

结合《汽车数据要求》第1条“本文件适用于汽车数据处理者开展汽车数据处理活动, 适用于汽车的设计、生产、销售、使用和运维, 也适用于主管监管部门和第三方评估机构等对汽车数据处理活动进行监督、管理和评估”, 车企对《汽车数据要求》的完整实施对于顺利通过汽车数据年报的重要性已不言而喻。

第二部分\

适用: 科研与定型实验活动的例外

(一) 适用范围

根据《汽车数据要求》, 其适用于汽车数据处理者的汽车数据处理活动。其中, **汽车数据指**汽车设计、生产、销售、使用、运维等过程中涉及的

个人信息和重要数据；汽车数据处理者指开展汽车数据处理活动的组织，包括汽车制造商、零部件和软件供应商、经销商、维修机构以及出行服务企业等。

从数据类型上讲，并非车企在汽车设计、生产、销售、使用、运维等过程中产生的全部与汽车相关的数据均属于《汽车数据要求》所规制的“汽车数据”，而仅考虑其中涉及个人信息和重要数据的部分，这与《若干规定》采取了相同的规制逻辑。关于个人信息³及重要数据⁴的定义，亦沿用了《若干规定》的表述。**车企在判断自身合规风险时，可优先识别所处理的数据是否含个人信息或重要数据，以快速判定自身是否需适用汽车数据层面的合规要求。**

从适用主体上讲，《汽车数据要求》明确其适用于包括汽车制造商、零部件和软件供应商、经销商、维修机构以及出行服务企业在内的主体，此等表述与《若干规定》一致。不过，实践中的出行服务企业，往往基于特殊行业监管要求或安全保障需要，在特定情形下难以履行《若干规定》的要求。据此，《汽车数据要求》明确提出了多种豁免场景，例如出租汽车和公共汽车等营运车辆向监管机构传输数据，不受“座舱数据不得向车外提供”的限制；正在提供出行服务的公共汽车持续收集座舱数据，不受“驾驶人选择终止收集座舱数据后，应关闭相应收集部件”的限制，这也体

现了《汽车数据要求》的实践贴合性。

(二) 排除范围

《汽车数据要求》第8条还特别明确了三种排除场景：

- 警车、消防车、救护车以及工程救险车等执行紧急任务时的汽车数据处理活动；
- 装置有专用设备或器具的作业车辆在封闭场所内从事作业活动时的汽车数据处理活动；
- 测试车辆在封闭场地开展科研以及定型试验等活动时的汽车数据处理活动。

在《汽车数据要求》出台之前，实践中常见的场景是，车企因自身研发目的而需要处理汽车数据，但同时受限于《若干规定》中较为严格的合规限制，例如“处理敏感个人信息**应基于直接服务于个人的目的**”⁵，进而导致车企研发场景下驾驶产生的座舱数据(可能含敏感个人信息)，用于算法训练、产品提升等处理活动陷入困境(难以论证算法训练、产品提升等研发行为目的系“直接

3.《若干规定》第三条 第四款 个人信息，是指以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的车主、驾驶人、乘车人、车外人员等有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。

4.《若干规定》第三条 第六款 重要数据是指一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能危害国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益的数据，包括：

(一) 军事管理区、国防科工单位以及县级以上党政机关等重要敏感区域的地理信息、人员流量、车辆流量等数据；

(二) 车辆流量、物流等反映经济运行情况的数据；

(三) 汽车充电网的运行数据；

(四) 包含人脸信息、车牌信息等的车外视频、图像数据；

(五) 涉及个人信息主体超过10万人的个人信息；

(六) 国家网信部门和国务院发展改革、工业和信息化、公安、交通运输等有关部门确定的其他可能危害国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益的数据。

5.《若干规定》第九条 第一款 汽车数据处理者处理敏感个人信息，应当符合以下要求或者符合法律、行政法规和强制性国家标准等其他要求：

(一) 具有直接服务于个人的目的，包括增强行车安全、智能驾驶、导航等。

服务于个人”）。

《汽车数据要求》第8条所针对测试车辆及封闭场所等情形下的豁免，即为解决上述困境。在此等测试及封闭场所下，其所涉及的地域范围通常有限，所针对的测试人员通常也充分知情，故该场景下风险可控，且其他规范例如《智能网联汽车道路测试与示范应用管理规范（试行）》已就封闭测试区（场）环境下的汽车数据处理进行特殊规制，故不必再通过《汽车数据要求》进行规制。

考虑到《汽车数据要求》效力位阶仅为推荐性国标，而《若干规定》并未规定此等豁免情形，故其尚无法直接作为车企豁免《若干规定》合规要求的法律依据。然而，考虑到《汽车数据要求》已是充分结合实践的产物，其立法结构亦与《若干规定》及汽车数据年报高度相似，可以理解为监管部门对本次国标中上述豁免规定持认同态度，或至少意味着，测试及封闭场所下的研发活动的监管风险将弱于商用场景。



第三部分\

合规要求：座舱数据+车外数据全方位规制

（一）通用处理规则

1. 如何告知个人信息处理规则

整体上，《汽车数据要求》与《若干规定》中关于告知要求保持一致，明确告知方式可包括用户手册单独章条提示、语音播放、车载显示面板单独弹窗提示、汽车使用相关应用程序交互、汽车销售协议单独章条提示、维修服务协议单独章条提示或出行服务应用程序交互等，并要求使用清晰易懂的文字向个人信息主体说明收集个人信息的具体情境和必要性。

不同之处在于，《若干规定》仅规定要求告知“保存地点、保存期限，或者确定保存地点、保存期限的规则”，实践中不少企业据此采用了“实现处理目的所必要的最小期限”等模糊表述，且大多数未告知在国内的具体存储地点。本次《汽车数据要求》则要求告知各类型个人信息的**保存期限应当具备且明确，例如30天或1年等**；并要求所告知的**保存地点应当精确到地级市，并且应当告知所有保存地点**。

合规提示：考虑到告知文本具有外部性，通常会成为监管重点，建议车企应及时梳理自身数据资产，制定数据存储管理规范，并及时更新隐

私政策、弹窗提示等告知文本，以应对上述要求。

2. 如何处理敏感个人信息

《汽车数据要求》针对敏感个人信息处理提出了一系列增强要求，不过，对比《汽车数据要求》与《若干规定》(如上表1)，可以发现其中大部分规则均存在上位法依据，而并非创设新的规则。其中值得关注的要点包括：

- **针对敏感个人信息的同意期限，不应设置为“始终允许”或“永久”，并且明确提出“为语音识别功能需要处理语音数据，取得个人信息主体单独同意时，可为个人信息主体提供单次、七天、三个月和一年等选项”。**

合规提示：目前，市面上连接智能车载系统的汽车大多均具备语音识别功能，根据前述规定，用户开启语音识别功能时应当同时向其提供明确的同意期限，而不能一经开启后即视为永久允许。当下，不少车企所提供的语音识别功能仍为一经开启后则始终保持开启状态，此规定或意味着大多数车企应据此针对自身语音识别界面设计及功能开展整改。

- **原则上不应以改善服务质量、提升用户体验以及研发新产品等为目的处理敏感个人信息。**此处关于处理敏感个人信息的目的限制，可能意味着即使在已取得个人同意的情况下，如何不能建立明确的

必要性，也不得基于上述目的处理敏感个人信息。

合规提示：目前业内不少网络产品服务提供者，均通过隐私政策+弹窗等形式告知并获得用户授权同意，以收集其个人信息以用于提升产品功能、改善服务质量等与本次服务无直接关联的场景。根据上述要求，未来车企将无法将通过商用场景下所获取的敏感个人信息直接用于产品改善或研发目的。不过，《汽车数据要求》采用了“原则上”的表述，未来何种情形属于此处例外，比如是否可对敏感个人信息进行脱敏处理后再行利用，仍有待监管进一步明确。

- **处理生物识别特征信息应当具有增强行车安全的目的和充分的必要性，增强行车安全的目的包括身份验证以及驾驶人状态监测等。**《若干规定》第九条就处理生物识别特征信息提出了“增强行车安全的目的”的要求，但业界对于何谓行车安全目的的一直没有定论。

合规提示：本次《汽车数据要求》明确提出“行车安全目的”即指“身份验证”和“驾驶人状态监测”，或将意味着基于其他目的而处理生物识别特征信息将很难再被论证为基于“行车安全目的”，也将进一步限缩车企处理生物识别特征信息的场景。

3. 哪些数据需要在境内存储?

《汽车数据要求》第4.6条明确规定, **涉及座舱数据、位置轨迹数据、车外视频和车外图像数据, 以及涉及个人信息主体超过10万人的个人信息, 应当依法在境内存储**, 此乃《汽车数据要求》所设定的“本地化”要求。此前《若干规定》第十一条仅要求构成重要数据的汽车数据应当在境内存储, 确需向境外提供的, 应当向网信办申报安全评估。

合规提示: 针对车外视频、图像(如含人脸、车牌)以及超过10万人的个人信息, 其本就构成重要数据; 但对于座舱数据和位置轨迹数据, 结合信安标委于10月8日发布的《汽车采集数据处理安全指南》(TC260-001)⁶要求, 由于其通常具有较高敏感性, 故亦被要求纳入本地化存储的范畴。值得注意, 近期各省发布的汽车数据年报模板亦要求明确“汽车数据保存地点与期限情况”, 并要求披露“向境外提供汽车数据情况”。据此, **车企开展自身数据资产盘点及汽车数据年报梳理时, 建议应充分考虑上述规定, 避免触发监管红线。**

除上述具体合规要求外, 《汽车数据处理安全要求》亦在第4.7条明确了兜底式的原则要求。**即处理重要数据, 一般应当在完成脱敏处理后再进行其他处理; 处理个人信息, 一般应在匿名化处理或去标识化处理后再进行其他处理。**

(二) 车外数据处理

近两年, 由于车外拍摄功能引起的数据安全事件屡屡出现, 比如某品牌车企曾被爆出拥有“车车互联”功能, 导致陌生车主可以看到其他车端所拍摄的车外画面; 前段时间部分车企作为试点, 其360哨兵功能/环视等功能被监管部门要求关停, 更是将“车外数据匿名化”推上了各大车企开展合规整改的日程。基于此, 《汽车数据要求》在《若干规定》基础上针对车外数据处理提出了一系列细化要求。

1. 向车外提供车外数据需先匿名化

《若干规定》第八条对此问题的规定为“因保证行车安全需要, 无法征得个人同意采集到车外个人信息且向车外提供的, 应当进行匿名化处理”。而《汽车数据要求》第5条规定, **“车外数据未完成匿名化处理前, 不应向车外提供”**, 没有设置例外情形。

2. 如何开展车外数据匿名化

根据《汽车数据要求》, 经过匿名化处理的视频以及图像应无法复原且无法关联个人信息主体, 包括**完整删除**包含个人信息的图像或帧, 或**局部轮廓化处理**个人信息, 如擦除区域或替换为其他无法关联个人信息主体且不可复原的其他图像。

6.《汽车采集数据处理安全指南》7.1 车外数据、座舱数据、位置轨迹数据不应出境; 运行数据如需出境, 应当通过国家网信部门组织开展的数据出境安全评估。

合规提示:中国汽车工业协会发布的团标 T/CAAMTB 77-2022《汽车传输视频及图像脱敏技术要求与方法》可作为车企执行具体技术的参考,如人脸区域替换可直接擦除原图上像素级别数据,确保擦除后的数据信息不可逆和不可复原(见下图):

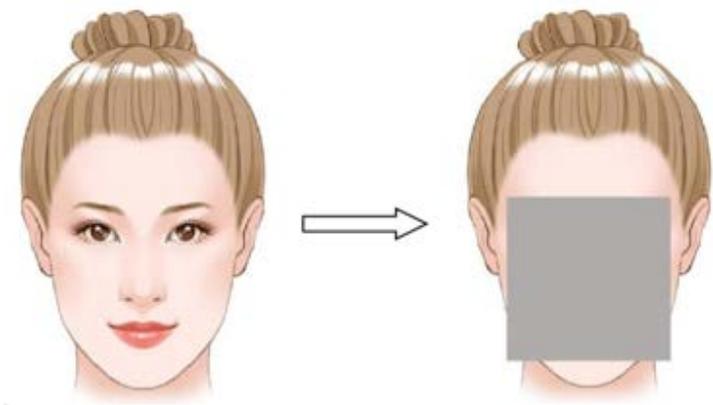


图1:人脸脱敏示意图

3. 匿名过程应当限定处理目的

《汽车数据要求》第5c)条对此问题进一步明确,“匿名化处理过程中,除分析确定包含人脸以及车牌等个人信息的区域,以及对这些区域进行删除或局部轮廓化处理外,不应进行人脸比对、步态分析以及语音识别等其他处理。”《汽车数据要求》的逻辑在于,此等车端处理行为仍属于个人信息处理活动,需要具备合法性基础(例如获得同意),而由于此等场景下不具有征得车外人员同意的可能性,故据此否认了车端处理的方式。

合规提示:《汽车采集数据处理安全指南》中曾提出需要通过远程信息服务平台实时执行匿名化处理操作的情形可作为车外个人信息对外提供的例外。我们理解,监管可能会容忍此方式的企业实践,前提是数据传输到平台后以匿名化处理作为唯一目的,保证数据安全且在匿名化处理后得到彻底删除。

(三) 座舱数据处理

根据《汽车数据处理安全要求》,座舱数据指通过摄像头、红外传感器、指纹传感器或传声器等部件从汽车座舱采集的可能包含个人信息的数据,以及对其进行加工后产生的数据。结合《汽车采集数据处理安全指南》,座舱数据不包括对汽车采集数据处理产生的操控记录数据。

考虑到座舱数据较其他数据对主体权益的影响更大,且其构成敏感个人信息的可能性较大(可能包括驾驶员和乘员的人脸、声纹、指纹、心律等数据),因此,《汽车数据处理安全要求》第6条就座舱数据处理提出了增强的安全要求:

- **默认不收集**,除非驾驶员通过实体按键或触摸按键等方式主动选择,否则汽车应默认设定为不收集座舱数据的状态;
- **原则上应车内处理**,除非属于例外情形,可大致分为三类:1)取得个人信息主体同意后,为实现语音识别功能以实时判断



汽车控制指令,且实现功能后立即删除原始数据及处理结果;2)取得个人信息主体同意后,为实现远程查看车内情况或云存储功能,向使用者提供数据,且应采取安全措施并确保除使用者之外的其他组织和个人无访问权限;3)基于执法、监管要求向有关公权力机关传输数据;

- 一 **向用户提供便利的终止收集活动的方式**,如实体按键、语音控制、触摸按键以及汽车使用相关应用程序等;在某些涉及公共利益的特定场景下,为保证行车安全及人身安全,可不关闭相关部件。

合规提示:针对第一种例外场景,即为实现语音识别功能并用于实时判断汽车控制指令,可

在取得同意的前提下向车外提供座舱数据(语音数据)。根据该要求,也可从反面作进一步解释,即:除语音数据之外的其他任何座舱数据,原则上必须在车端完成处理,例如,为完成身份验证而收集的人脸或指纹信息。

针对第二种例外场景,此处服务功能的接受主体是“使用者”,主要是指“使用者”可能并非实际驾驶人员或乘坐人员(即“个人信息主体”)的情况下,通过APP等远程查看车内情况,或将座舱数据存储于云盘供自身使用等场景,要事先获得所涉个人信息主体同意。车企为“使用者”提供此等远程访问或云存储功能时,应采取充分的技术措施以确保除使用者外的其他个人或组织无权访问此等数据。

第四部分\

管理要求:构建汽车数据合规管理体系

除前述针对具体数据处理活动的合规要求外,《汽车数据要求》还提出了如下具体管理要求:

- **开展汽车数据风险评估。**包括汽车数据识别、数据处理活动识别、汽车数据安全风险评估和风险分析及评价等。根据《若干规定》第十条,此等风险评估系专门针对重要数据,且应当向省级网信办和有关部门报送风险评估报告。
- **指定汽车数据安全负责人及用户权益事务联系人。**此等角色设定系《若干规定》的法定要求,《汽车数据要求》进一步明确汽车数据安全负责人应由汽车数据处理者主要负责人或分管数据安全负责人担任,并熟悉我国数据安全和个人信息保护政策法规,且应具备安全管理工作经历;用户权益事务联系人则负责受理和处置个人信息保护方面的投诉和举报,其应具备个人信息保护和个人权益保护方面的专业知识,且应当对外告知准确有效的姓名和联系方式。

- **建立安全事件应急处置机制,每年至少开展一次应急演练。**此前《若干规定》第十三条要求汽车数据处理者开展汽车数据年报时,应当报送汽车数据安全事件和处置情况,本次《汽车数据要求》针对处置机制建立、应急演练等作出明确要求,并提出宜通过汽车数据存证、汽车数据溯源等机制支撑安全事件发生后的取证分析。
- **10个工作日内处理完成汽车数据安全投诉并记录。**《若干规定》第十七条明确汽车数据处理者需建立投诉渠道,并及时处理用户投诉举报,《汽车数据要求》则进一步明确“投诉渠道”即“电话或即时通信平台等方式”,“及时”即“在10个工作日内处理完成”。
- **汽车制造商应承担对第三方的管理义务。**主要针对整车厂等汽车制造商,要求其全面掌握其生产的整车所含各零部件收集、传输数据情况,对零部件供应商处理汽车数据的行为并进行约束和监督的要求。此等第三方管理义务系《汽车数据要求》所新增,可以看出,目前监管部门仍倾向于将整车厂作为监管抓手。整车厂应尽快建立供应商管理制度,梳理第三方供应商的数据处理情况,并根

据各方数据处理角色, 签署数据处理协议, 明晰各方之间的权利义务及法律责任, 以应对监管。

第五部分\

建议: 由表及里开展合规, 助力汽车数据年报工作

目前, 全国已超过12个省市⁷陆续发布汽车数据年报报送通知, 结合前述分析, 《汽车数据要求》本质上是监管部门结合《若干规定》及汽车行业实践的产物, 车企关于《汽车数据要求》的合规遵循也会影响汽车数据年报的审查。据此, 我们建议:

- **第一**, 针对隐私政策等告知文本、车端交互等同意界面设计等, 由于其直接面向外部客户, 所面临的投诉、举报风险以及监管压力较大, 且此等文本、界面的整改难度通常相对可控, 故建议优先对此部分参照《汽车数据要求》进行逐项整改, 并及时更新相关文本。
- **第二**, 按业务场景开展数据资产梳理, 采取基于数据分类分级的管控措施, 并至少对个人信息(包括敏感个人信息、生物识别特征信息)、座舱数据、车外数据等《汽车数据要求》所明确的数据类型采取不同的管理要求和措施, 例如, 针对座舱数据, 语

音指令数据可在用于实现判断汽车控制指令时向车外提供, 车内视频和图像数据以及其他车内音频数据仅可用于远程查看车内情况或云存储功能向“使用者”提供。

- **第三**, 车端功能全梳理, 重点关注《汽车数据要求》所提出的合规要求的落地。例如, 目前不少车企所提供的语音识别功能仍为一经开启后则始终保持开启状态, 根据《汽车数据要求》, 此等处理敏感个人信息的同意应当提供具体期限, 而不应设置为“始终允许”。建议应及时对相关界面设计及功能进行整改, 如尚处于设计阶段的汽车数据处理者, 建议在设计之初即按照PbD的理念, 以《若干规定》《汽车处理要求》等作为产品设计的指引和参照。
- **第四**, 针对汽车数据年报, 考虑到《汽车数据要求》主体内容与《若干规定》及汽车数据年报模板结构的高度一致性, 也反映了网信办近期关于汽车数据监管的侧重点。建议以《汽车数据要求》所明确的要点及颗粒度, 作为车企填写汽车数据年报的指引和参照。如车企关于数据处理活动及业务功能的现状尚未达到《汽车数据要求》所要求的合规水准, 可在“其他补充情况”

7. 截止2022年12月4日, 已经发布报送通知的省市包括: 北京、天津、四川、江西、湖南、浙江、辽宁、山西、福建、上海、广东、山东。

⁸中明确未来将进一步整改和完善的计划,作出合规承诺等。 8

8.参见汽车数据安全情况报告(2022年度)模板第三部分汽车数据安全防护和管理措施,(十)其他补充情况。



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

世界杯赛事里的转播权

作者：李宁 王飞



2022年卡塔尔世界杯由主办方豪掷2200亿美元筹备,筹办费用为历届世界杯之首。同时,这届世界杯作为C罗、梅西、内马尔等著名球星参加的最后一届世界杯,被球迷称为“诸神黄昏”。而体育赛事的商业化转换主要依赖于转播权的授权,除广告费、门票费等各项收入,转播费是主办方收益的核心。本届杯赛除了中央广播电视总台的官方转播,共有中国移动咪咕、抖音、上海五星体育频道、广东体育频道、广州南国都市频道和广州竞赛频道等六家媒体平台从总台手中取得转播许可,抖音更是成为国内首家获得世界杯赛事转播授权的短视频网络平台。

相比于往届,卡塔尔世界杯为新《著作权法》实施及新《体育法》颁布后的首届世界杯,相应法律权利的扩张与明晰均使得赛事里涉及的转播权利的保护范围与以往有所不同,本文拟在世界杯热播的基础上,对体育赛事中的客体性质、权利内容、侵权要件等解析。

第一部分\

体育赛事里的客体

体育赛事的传播可分为三步:首先,体育赛事组织者组织体育赛事;其次,赛事信号制作和分发机构(通常和体育赛事组织者重合,由体育赛事组织者委托)摄制赛事并制成传播赛事实况的公共信号,形成体育赛事信号;最后,体育赛事组织者授权转播媒体在公共信号的基础上进行二次加工,制作成体育赛事节目。通过上述三个步骤,体育赛事与体育赛事节目两个客体得以形成。

(一) 体育赛事与体育赛事节目

体育赛事是运动员按照体育比赛规则进行

的一系列竞技较量活动。不同于体育赛事节目,体育赛事是客观发生的事实,进程和结果具有随机性,比赛的天气状况、运动员的受伤情况等均无法提前预知,每一场体育赛事都具有唯一性和不可复制性,鉴于此,体育赛事无法被纳入著作权或者邻接权所保护的客体范畴。既然体育赛事不是《著作权法》意义下的作品,体育运动员也就不属于表演者,由此,若仅从著作权保护来看,对于比赛过程中的信息和数据,任何主体都有权进行使用。所以,就世界杯而言,任何媒体都能够报道比赛赛果、分析各国球员阵容。

相比于体育赛事,体育赛事节目则在赛事实素材之上加入了慢镜头回放、解说等智力劳动,对于各个机位镜头的选取、剪辑、加工也使得

体育赛事节目具备了《著作权法》所保护的特性。本次卡塔尔世界杯,国际足联(FIFA)聘用了六个世界级导演和他们精心挑选的制作团队,场内外共安排42台摄像机,使每场比赛能够提供接近150小时的素材内容。通过体育赛事节目制作人员在短时间内对大量素材的删减整合,摄制素材被编辑为具有观赏性的世界杯节目。

(二) 体育赛事节目的作品与制品之争

无论是学界还是实务界,对于体育赛事节目是否构成《著作权法》意义下的作品这一问题均未达成统一意见。“作品说”与“制品说”之间的核心争议焦点在于对作品独创性的解释上:“作品说”认为体育赛事节目具有独创性,属于视听作品(修法前属于电影及类电作品);而“制品说”则认为体育赛事节目的独创性无法达到作品的高度,只能作为录像制品保护。

在央视国际网络有限公司与华夏城视网络电视股份有限公司案中,深圳市福田区法院认为:“虽然不同的团队直播剪辑所呈现的赛事直播画面会有所区别,但其所体现的创作性,尚不足以达到我国著作权法所规定的以类似摄制电影的方法创作的作品的高度,因此不属于我国著作权法规定的作品。”而在央视国际网络有限公司诉某知名影音公司案、某信息服务公司诉某网络技术公司案的再审判决中,北京高院均一改二

审法院所持的制品说,认为“对于电影类作品的独创性认定,应当以独创性之有无作为认定标准。对于体育赛事节目构成电影类作品还是录像制品,不能一概而论,应当从是否具有独创性的角度予以分析认定。一般而言,对于由多个机位拍摄的体育赛事节目,如制作者在机位的设置、镜头切换、画面选择、剪辑等方面能够反映制作者独特的构思,体现制作者的个性选择和安排,具有智力创造性,可认定其符合著作权法规定的独创性要求”。

笔者以为,作品与制品的区分不在于独创性的高低而在于有无。从文义解释来看,《著作权法》第三条作品定义仅称“具有独创性”,并未提及独创性高低;从体系解释来看,著作权与邻接权的划分目的在于区分创作与传播,而非以独创性高低为依据。从解释效果来看,将独创性高低作为划分作品与制品的标准,将会导致法律适用的不确定。相比于有无,独创性高低的主观性更强,采用高低标准存在过分扩大法官司法裁量权的同时加重当事人的举证负担的可能。鉴于此,笔者认为体育赛事节目应当作为视听作品给与保护。

第二部分\

体育赛事里的转播权

体育赛事的转播将涉及体育赛事组织者、体育赛事节目制作者以及广播组织三大主体,各个主体均为体育赛事商业价值的实现做出贡献,享有着不同的权益。

(一) 体育赛事组织者的转播权益

我国目前并未有法律明文规定体育赛事转播权,而一般是指“根据契约产生的民事权利”。由此,笔者认为,就体育赛事转播涉及的权益而言,称作“转播权益”更为适宜,关于体育赛事组织者转播权益的权利性质有“娱乐服务说”、“企业权利说”、“商品化权说”、“特许经营说”、“营业权说”、“场所权说”等。从商业视角看,转播权益是指赛事组织者授权媒体机构播送体育赛事以获得经济利益的权利,包括被授权媒体对赛事的“直播”和“转播”以及以任何方式获取赛事信息等。但该授权的权利基础不是基于创作作品产生的著作权权利,而是基于对赛事资源的控制。2023年1月1日即将实施的《体育法》第52条第2款规定,“未经体育赛事活动组织者等相关权利人许可,不得以营利为目的采集或者传播体育赛事活动现场图片、音视频等信息”,该条规定将为体育赛事组织者对于体育赛事转播权益保护提供请求权基础。

关于转播权益的保护,部分体育赛事协会会在章程中对转播权利进行规定,但一般未详细界定相应权利的内涵。例如,《国际足联章程》在第71条规定,“国际足联、其会员协会以及各洲际足联享有其管辖各项赛事和竞赛的所有权利。”该规定事实上将体育赛事转播权益的归属和分配交由各会员机构自行决定。但相应章程一般由体育赛事组织自主制定,目的在于约束其行业领域内的主体,对世法律效力存疑。例如,在体奥动力(北京)体育传播有限公司与上海全土豆网络科技有限公司案中,上海一中院认为,“我国目前并无相关法律对体育赛事‘转播权’作出规定,此项权利不是一项法定的权利。所谓的‘转播权’通过体育赛事的组织章程或相关协议约定产生。此种基于体育赛事享有的权利不能当然及于或者控制对体育赛事节目进行传播的行为。”鉴于此,体育赛事组织者一般通过授权合同将在一定时期和地域内转播赛事的权利以许可方式授权给被授权媒体,就是否独家、能否进行录制、转播、分销、转许可等事宜进行约定。

而对于未经授权擅自转播赛事的行为,一般可通过《反不正当竞争法》寻求保护。例如,上海知识产权法院在某视频平台诉某知名直播平台截取独家转播权赛事直播画面案中,法院认为网络游戏比赛的转播权对于网络直播平台来讲,是其创造商业机会、获得商业利益、提升网站流量和知名

度的经营项目之一。该知名直播平台未对赛事的组织运营进行任何投入,也未取得视频转播权的许可,却免费坐享涉案赛事所产生的商业成果,为自己谋取商业利益和竞争优势,构成不正当竞争。

(二) 体育赛事节目制作者的广播权

与通过体育赛事的组织章程或相关协议约定产生的转播权益不同,《著作权法》中的转播具有特定法律含义,是指对初始传播作品的同步二次传播,行为具有次级性和同步性。但前提是,转播的客体构成著作权法上保护的作品。正如本文第一点论述的,笔者认为,体育赛事节目应作为视听作品给与保护。

体育赛事节目转播一般是通过广播组织(无线)和互联网(有线)以非交互式形式进行实时直播或转播,属于新《著作权法》修改后的广播权范

畴。新《著作权法》将广播权从原来的无线转播权扩张至对作品的有线转播权,使得著作权人的广播权能够控制各类非交互式远程传播行为。除广播组织的无线转播外,通过网络直播或转播实施的非交互式远程传播他人作品的有线转播,亦落入修改后广播权的规制范围。而对于赛后回看体育赛事节目的交互式传播行为,应通过信息网络传播权予以保护此处不再赘述。

(三) 体育赛事节目广播组织者的邻接权

新《著作权法》除对广播权进行扩张外,对广播组织者权亦进行了扩张,赋予广播组织者有权禁止各种有线和无线转播其播放的广播、电视。由此,广播组织者在播放体育赛事节目时,将有权禁止他人以无线(广播组织)或有线(互联网)将其播放的体育赛事节目进行转播(非交互式形式),亦禁止通过信息网络将其播放的体育赛事节目进行传播(交互式)。笔者认为,此处禁止权是保护广播组织者播放体育赛事节目的信号,而非保护构成视听作品的体育赛事节目。对于体育赛事节目著作权人而言,其可直接主张广播权禁止任何形式的转播,而不需要借助广播组织者的邻接权。广播组织者的邻接权是广播组织者在不是体育赛事节目等作品的著作权人的情形下,用于禁止未经授权转播其体育赛事节目信号的行为。

值得探讨的是,短视频直播平台作为转播卡



塔尔世界杯体育赛事节目的平台(网播组织),能否作为广播组织者享有邻接权?笔者认为,邻接权是绝对权,必须由法律加以清楚、明确地界定。对于著作权,避免因立法的滞后和术语的过时而导致对作品的新型利用方式无法受到著作权人的控制,《著作权法》为著作权人提供了“其他权利”的兜底保护。而对于邻接权,《著作权法》并未规定“其他权利”。显然,立法者无意为包括广播组织权在内的邻接权留下拓展保护范围的空间。根据《广播电视管理条例》第八条和《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》第三条定义,结合我国《著作权法》保护广播组织权的立法背景和各国的立法例,笔者认为,在我国能够享有“广播组织权”的广播组织为“无线广播组织”和“有线广播组织”,但不包括“网播组织”。

第三部分\

体育赛事里转播权的保护

(一) 体育赛事转播权益的保护

正如本文前述所分析,体育赛事“转播权”暂不是一项法定的权利,对于转播者擅自自行制作赛事画面转播赛事,而非转播体育赛事组织者制作赛事画面的,一般需考虑通过《反不正当竞争法》寻求保护。但2023年1月1日以后,《体育法》将为体育赛事组织者提供禁止未经授权转播赛事一

项权利基础,然而体育法赋予赛事组织者的这项权利怎样行使、怎样适用都将会成为未来司法实践需要考虑和研究的新课题。此外,关于《体育法》对转播权定义中的“不得以营利为目的”也势必会与新闻报道合理使用、著作权法上的合理使用的边界产生冲突,限于本文篇幅,此处不再展开。

(二) 体育赛事节目转播权的保护

新著作权法将复制要件从作品定义中去掉以后,为体育赛事节目以视听作品进行保护进一步扫清障碍。而北京高院在央视赛事转播权案件中,对于作品独创性的认定以独创性有无为标准,也将为未来体育赛事节目作为视听作品进行保护提供有利支持。

除未经任何授权直接转播体育赛事节目的侵权行为外,授权主体不适格也会成为侵害体育赛事节目转播权的常见情形。究其原因是,体育赛事由赛事组织者组织并委托赛事信号制作和分发机构摄制赛事并制成传播赛事实况的公共信号,再授权转播商在信号基础上继续增加解说、编辑。但授权转播商若超出授权范围使用或转授权,那么超范围使用或授权将侵害赛事组织者摄制赛事形成的体育赛事节目权利。例如,在某视频网站公司与某网络通信公司纠纷案中,视频网站公司从中国排球协会取得排球赛事全部全媒体权利(含IPTV),中视体育作为赛事制作方同时取得卫视独

家版权及央视新媒体播放权。本案中该网络通信公司即从中视体育取得IPTV转授权。最终,法院认定,赛事制作方中视体育并不享有所制作赛事节目的著作权,赛事节目著作权仍归赛事组织者(排球协会)享有,中视体育仅是取得赛事节目的卫视独家版权及央视新媒体播放权授权,且相应授权中不包含IPTV转播权,由此,该网络通信公司从中视体育取得授权无效,构成侵权。

(三) IPTV定时回看体育赛事的行为分析

正如前文所述,体育赛事节目转播侵权案件中,通过IPTV形式进行侵权的案件是较为典型的类型之一,而此类案件涉及侵害著作权哪一项权利亦颇有争议。区别于传统电视,IPTV除直播外,还能够提供体育赛事定时回看服务。从技术手段上来看,IPTV虽然利用传统有线电视网络的基础设施,但其本质上仍属于通过互联网提供包括电视节目在内的多种互联网媒体服务。因此,以点播和回看等方式提供已经播出并录制的广播、电视节目,实际上是将录制下来的广播、电视节目内容存储在互联网中实现的,其行为的法律性质属于交互式传播,并不因广播、电视节目在网络上存续时长的限制,以及点播和接收客户端为家用电视机而改变。因此,IPTV定时回看行为更适合纳入信息网络传播权而非广播权范畴。

第四部分\ 结语

体育赛事从组织到传播需要体育赛事组织者、体育赛事摄制和信号制作者、体育赛事授权转播商等层层主体,而每一主体的贡献将产生与转播相关的权益,每一权益怎样保护则需从权利客体、权利内容等层面逐一明晰。新《体育法》的颁布实施以及新《著作权法》的修订对于体育赛事转播的保护都将产生积极深远的作用,但亦将带来法律适用的新问题。 ☞

谭梦溪对本文亦有贡献。



李宁
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2093
lining@zhonglun.com

外商投资新机遇：2022年版《鼓励外商投资产业目录》为扩大开放做“加法”

作者：周洋 朱熠凝



2022年10月26日, 国家发改委和商务部第52号令公布《鼓励外商投资产业目录(2022年版)》(“《鼓励目录》”)。《鼓励目录》将于2023年1月1日正式施行。新的《鼓励目录》会给哪些行业和地区的外商投资带来新机遇?在负面清单管理模式下, 外国投资者进入中国市场, 又会受到哪些监管要求?本文将结合实践经验对上述问题进行深入解读。

第一部分\

什么是《鼓励目录》?

《鼓励目录》来源于《外商投资产业指导目录》项下的鼓励类外商投资产业目录。1995年原国家计委、经贸委、外经贸部首次联合发布《外商投资产业指导目录》(“《指导目录》”), 将外商投资产业分为鼓励类、限制类、禁止类和允许类, 并以《指导目录》为依据对外商投资项目进行逐案审批。《指导目录》共历经7次修订。最后一版《指导目录》修订于2017年, 当时为配合外商投资备案管理制的实施, 《指导目录》将外商投资产业分类修改为鼓励类和负面清单类。2019年《中华人民共和国外商投资法》(“《外商投资法》”)颁布后, 我国不再采用《指导目录》的体例, 而是将《指导目录》下的鼓励类和《中西部地区外商投资优势产业目录》合并修订为“《鼓励外商投资产业目录》”, 并作为一份单行文件发布。《鼓励目录》由国家发展和改革委员会负责制定, 修订周期通常为1至3年。

《鼓励目录》包含两个子目录, 一是《全国鼓励外商投资产业目录》(“**全国目录**”), 适用于全国; 二是《中西部地区外商投资优势产业目录》(“**中西部目录**”), 适用于中西部地区、东北地区及海南省。

第二部分\

本次修订主要包含哪些内容?

1. 持续引导外资投向先进制造业和现代服务业

2022年版《鼓励目录》继续将先进制造业作为鼓励外商投资的重点方向, 在医药制造、半导体、新材料、计算机与通信、新能源、人工智能等技术密集型行业均新增或扩充了产业条目。值得注意的是, 本次修订不仅涉及技术研发及终端产品, 还关注了原材料、关键零部件领域。原材料方面, 新增了覆铜板专用电子级玻璃纤维布开发、生产等条目内容, 对高性能涂料等条目进行扩充; 关键零部件方面, 新增了自动驾驶相关关键

零部件等条目,扩大了既有“新能源汽车关键零部件研发、制造”等条目范围。吸引外资进入这些行业、领域有助于补齐现阶段我国部分供应链环

节自主研发能力不足的短板,从而增强产业供应链韧性。我们整理了2022年版全国目录制造业内的部分修订条目,请见图1。

图1:2022年版全国目录制造业修订条目摘录

| 行业 | 全国目录修订条目摘录 |
|--------|--|
| 医药制造 | <ul style="list-style-type: none"> ● 罕见病用药、儿童专科用药的开发、生产; ● 医药制造业相关耗材开发、生产:分离纯化介质、固相合成介质、手性拆分介质、药物杂质控制检测耗材等。 |
| 半导体 | <ul style="list-style-type: none"> ● 超大规模集成电路制造用刻蚀机、PVD、CVD、氧化炉、清洗机、扩散炉、MFC等关键装备开发、制造;集成电路封装及测试设备制造; ● 晶圆制造及再生; ● 高纯电子化学品、高性能光刻胶开发、生产; ● 覆铜板专用电子级玻璃纤维布开发、生产。 |
| 新材料 | <ul style="list-style-type: none"> ● 有机高分子材料生产:锂离子电池隔膜;高新技术有色金属材料及其产品生产:化合物半导体材料(砷化镓、磷化铟、氮化镓); ● 高性能涂料、胶粘剂,高固体份、水性、粉末、辐射固化,无溶剂等低VOCs含量工业涂料及配套树脂,水性工业涂料及配套水性树脂(包括高端丙烯酸丁酯和高端丙烯酸辛酯)生产。 |
| 计算机与通信 | <ul style="list-style-type: none"> ● 虚拟现实(VR)、增强现实(AR)、融合现实(MR)设备研发、制造。 |
| 新能源 | <ul style="list-style-type: none"> ● 新能源发电成套设备或关键设备制造:光伏发电、光热发电、地热发电、潮汐发电、波浪发电、垃圾发电、沼气发生与发电、2.5兆瓦及以上风力发电设备;大尺寸异质结基体材料制造; ● 充电桩、储能充电桩制造,充电/储能一体化节能综合设施或解决方案开发、制造; ● 海上风电装备、海洋新能源装备(含潮流能、波浪能、温差能等)的设计、研发。 |
| 汽车制造 | <ul style="list-style-type: none"> ● 与L3/L4/L5自动驾驶相关的硬件及关键零部件制造:激光雷达,毫米波雷达,智能摄像头。 |
| 人工智能 | <ul style="list-style-type: none"> ● 智慧健康养老产品的研发、制造(老年用品及辅助产品制造,老年医疗器械和康复辅具制造,老年人智能与空载设备制造等); ● 可穿戴智能设备、智能无人飞行器、服务消费机器人等智能消费设备制造。 |

注:上文蓝色字体部分为2022年版《鼓励目录》新增内容,红色字体部分为2022年版《鼓励目录》删改部分,下同。

此外，2022年版《鼓励目录》还持续引导外资投向现代服务业。节能环保领域，新增有关低碳环保绿色节能节水的先进系统集成技术及服务、清洁生产评价认证与审核等条目；商贸流通领域，新增农村电子商务及乡村新型服务业等条目，修改电子商务零售和电子商务供应链公司条目以明确将跨境电商纳入鼓励外商投资范围；职

业教育培训及人力资源服务领域，新增职业院校（含技工学校）、人力资源服务等条目。上述修订有助于促进服务业与制造业融合，并助推制造业高端化、智能化、绿色化发展。我们整理了2022年版全国目录现代服务业内的部分修订条目，详情请见图2。

图2:2022年版全国目录现代服务业修订条目摘录

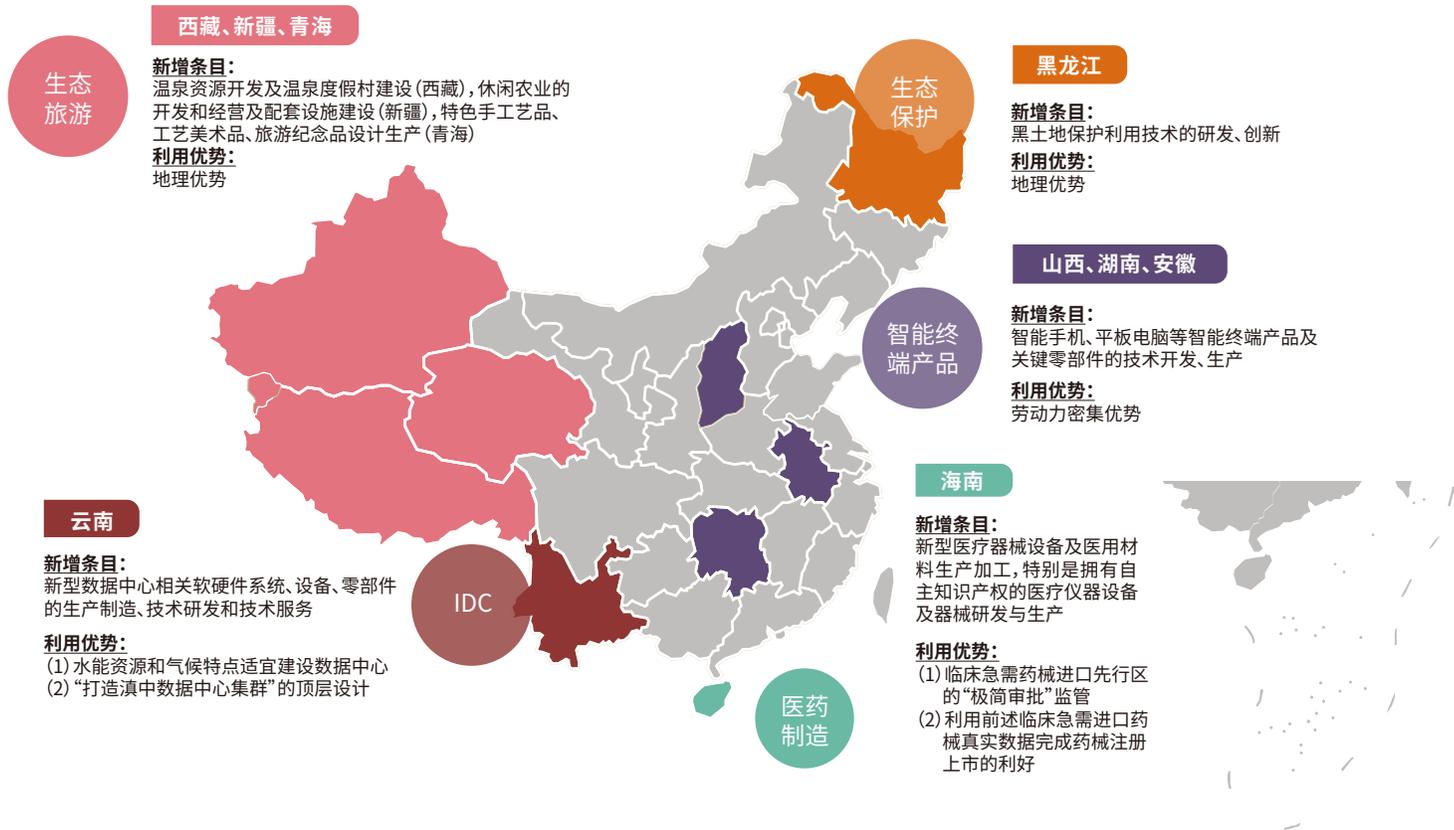
| 行业 | 全国目录修订条目摘录 |
|-------------|---|
| 电子商务 | <ul style="list-style-type: none"> ● 农村电子商务及乡村新型服务业, 包括适应农业生产规模化、标准化、机械化的农业生产性服务, 以及乡村生活服务; ● 电子商务零售(含跨境电商, 不包括法律法规实施特殊管理的药品医疗器械等商品); ● 电子商务供应链公司(含跨境电商, 不包括法律法规实施特殊管理的药品医疗器械等商品)。 |
| 节能环保 | <ul style="list-style-type: none"> ● 清洁生产技术开发与服务, 传统能源清洁运营、工程施工与技术服务, 清洁生产评价、认证与审核; ● 低碳、环保、绿色、节能、节水的先进系统集成技术及服务; ● 再生水厂的咨询设计、投资、建设、经营。 |
| 职业教育和人力资源服务 | <ul style="list-style-type: none"> ● 人力资源服务; ● 非学制学历类职业培训机构; ● 职业院校(含技工学校)。 |

2.持续引导外资投向中西部、东北地区以及海南省优势产业

2022年版《鼓励目录》结合各地自身的特色资源优势大幅扩充了中西部目录，鼓励外商在中

西部、东北地区以及海南省投资布局，以促进区域协调发展。下图介绍了中西部目录本次部分新增条目。

图3:2022年版中西部目录部分新增条目



第三部分\

外商投资《鼓励目录》行业可以享受哪些便利和优惠?

外商投资列入《鼓励目录》内的行业领域, 主要可以享受如下优惠政策:(1)在投资总额内进口自用设备及按照合同随前述设备进口的技术和配套件、备件¹, 除国家规定不予免税的产品, 免征关税;(2)对于集约用地的鼓励类工业项目

优先供应土地, 并且可以按不低于所在地等别²相对应全国工业用地出让最低价标准的70%确定出让底价;(3)在西部地区³和海南省投资, 还可进一步减按15%税率缴纳企业所得税。

在便利措施方面, 国家发改委于2020年发

1. 参见中华人民共和国海关总署公告2021年第9号。
2. 土地等别根据《全国工业用地出让最低价标准》划定。
3. 根据现行《西部地区鼓励类产业目录(2020年本)》, 西部地区是指重庆、四川、贵州、云南、西藏自治区、陕西、甘肃、青海、宁夏回族自治区、新疆维吾尔自治区(含新疆生产建设兵团)、内蒙古自治区、广西壮族自治区。

布了《国家发展改革委关于应对疫情进一步深化改革做好外资项目有关工作的通知(发改外资〔2020〕343号)》，要求“利用外资重点省市发展改革委要推动建立健全地方层面的重大外资项目专班机制”，并“建立绿色通道，推动项目尽快落地”。北京2021年颁布的“稳外资”二十五条措施⁴中进一步明确，符合《鼓励目录》的投资项目可以纳入北京市重大外资项目专班，协调解决该类投资项目涉及的规划、用地、用海、环评、能耗等事项，便利项目落地。

第四部分\

如何理解《鼓励目录》与《负面清单》的关系？

根据《外商投资法》第四条，在现行外商投资管理体制下，我国对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。这里的“准入前国民待遇”，是指在投资准入阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇；所称“负面清单”，是指国家规定在特定领域对外商投资实施的准入特别管理措施。⁵《外商投资法》第二十八条进一步明确了负面清单管理制度的内涵，根据该条规定：(1)《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》(“《负面清单》”)内规定禁止投资的领域，外国投资者不得投资；(2)《负面清单》

规定限制投资的领域，外国投资者进行投资应当符合《负面清单》规定的条件；(3)《负面清单》以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理⁶。

为了吸引高质量外资进入中国市场，我国近年来在外资准入方面采取了“加减法”的路径：一方面做加法，扩充《鼓励目录》条目，从产业政策角度引导和鼓励外资投向我国重点发展的行业、领域和地区；另一方面做减法，缩短《负面清单》长度，进一步放开对于外资准入的限制。值得注意的是，《鼓励目录》所涉产业条目多为我国现阶段总体发展较为薄弱、自主研发能力有待提高的行业、领域，而这些行业、领域中的相当部分与国防(例如与半导体行业相关条目)、公共服务(例如公共航空运输公司、核电站建设、经营等条目)等行业密切相关，具有一定敏感性，因此在外资准入环节这类行业会面临一定限制。这也解释了为什么《鼓励目录》与《负面清单》会存在重合的产业条目。外商投资于《鼓励目录》内的行业、领域可以享受税收和用地等优惠政策，但与此同时，如这些行业、领域同时属于《负面清单》内的非禁止投资领域的，外国投资者还需要遵守《负面清单》在股权比例、公司治理结构等方面的限制要求。

4. 参见《北京市关于进一步加强稳外资工作的若干措施(京商资发字〔2021〕14号)》。

5. 参见《外商投资法》第四条。

6. 外商投资除需遵守《负面清单》规定的禁限要求外，进入国内市场后，还要符合市场准入负面清单。市场准入负面清单是适用于境内外投资者的一致性管理措施，由国家发改委和商务部发布，并适时修订。

图4:《负面清单》与《鼓励目录》重合的产业条目

| 序号 | 重合条目 | 现行《负面清单》规定的准入限制条件 |
|----|------------------------------|--|
| 1 | 核电站的建设、经营 | 须由中方控股。 |
| 2 | 公共航空运输公司 | (1) 须由中方控股, 且一家外商及其关联企业投资比例不得超过25%; (2) 法定代表人须由中国籍公民担任。通用航空公司的法定代表人须由中国籍公民担任。 |
| 3 | 宽带业务和增值电信业务(限于中国入世承诺开放的电信业务) | 电信公司: 限于中国入世承诺开放的电信业务, 增值电信业务的外资股比不超过50%(电子商务、国内多方通信、存储转发类、呼叫中心除外), 基础电信业务须由中方控股。 *根据《工业和信息化部关于在自由贸易试验区做好相关增值电信业务开放试点有关事项的通知》(工信部通信[2020]72号《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2021年版)》)《工业和信息化部关于港澳服务提供者在内地开展电信业务有关问题的通告》及海南自由贸易港、北京服务业扩大开放综合试点示范区(“示范区”)适用的相关政策, 自由贸易区或示范区内部分增值电信业务的外资股比限制已被放开。 |
| 4 | 高等教育机构 | 限于中外合作办学, 须由中方主导(校长或者主要行政负责人应当具有中国国籍, 理事会、董事会或者联合管理委员会的中方组成人员不得少于1/2)。 |
| 5 | 医疗机构 | 限于合资。 |

注: 现行《负面清单》是指《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2021年版)》。

第五部分\

现行外商投资管理体制下, 外商投资还需要遵守哪些监管要求?

1. 外商投资安全审查

根据《外商投资法》第三十五条⁷, 外商投资如影响或可能影响国家安全的, 需要接受安全审查。

从《鼓励目录》层面来看, 《鼓励目录》中的部分行业、领域(例如与半导体相关的产业条目等)

属于可能关系国防安全的敏感行业、领域, 或者虽非关系国防安全但属于关系国家安全的重要领域(例如重要基础设施、重要金融服务等)且外国投资者对所投资企业取得控制权⁸。除行业性

7.《外商投资法》第三十五条:“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。依法作出的安全审查决定为最终决定。”

8.《外商投资安全审查办法》第四条:“.....前款第二项所称取得所投资企业的实际控制权, 包括下列情形:
(一) 外国投资者持有企业50%以上股权;
(二) 外国投资者持有企业股权不足50%, 但其所享有的表决权能够对董事会、股东会或者股东大会的决议产生重大影响;
(三) 其他导致外国投资者能够对企业的经营决策、人事、财务、技术等产生重大影响的情形。
对本条第一款规定范围(以下称申报范围)内的外商投资, 工作机制办公室有权要求当事人申报。”

质之外,部分外商投资项目建设选址也可能较为敏感,例如建设于军事设施和军工设施周边地域等。而根据《外商投资安全审查办法》第四条的规定⁹,存在上述情形的外商投资,有较大可能会被认定为属于外商投资安全审查范围,相关外国投资者或境内相关当事人应按要求,在实施投资前主动向设于国家发改委的外商投资安全审查工作机制办公室申报安全审查。¹⁰如投资者存在:(1)未依照要求申报即实施投资;或(2)向外商投资安全审查工作机制办公室提供虚假材料或隐瞒信息的;或(3)附条件通过安全审查但未按照附加条件实施投资的,则可能面临自限期申报至被采取措施以恢复到投资实施前状态不等的法律后果¹¹。

2. 反垄断审查

外国投资者投资《鼓励目录》内的行业,可能会选择新设合资企业或并购中国境内企业的交易路径。如果这类交易构成《中华人民共和国反

垄断法》规定的经营者集中,并且达到了《国务院关于经营者集中申报标准的规定》规定的申报标准,则需要进行反垄断申报。《外商投资法》第三十三条¹²也再次明确外国投资者如以并购或其他方式参与经营者集中的,有接受经营者集中审查的义务。

第六部分 结语

《鼓励目录》通过做“加法”进一步扩大开放,对于助力中国产业转型升级、促进区域协调发展具有重要意义。同时,外国投资者也应正确理解《鼓励目录》与《负面清单》以及其他外商投资监管措施之间的关系,从而实现拟议投资项目安全落地。 ☒

9.《外商投资安全审查办法》第四条:“下列范围内的外商投资,外国投资者或者境内相关当事人(以下统称当事人)应当在实施投资前主动向工作机制办公室申报:

(一)投资军工、军工配套等关系国防安全的领域,以及在军事设施和军工设施周边地域投资;
(二)投资关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重大装备制造、重要基础设施、重要运输服务、重要文化产品与服务、重要信息技术和互联网产品与服务、重要金融服务、关键技术以及其他重要领域,并取得所投资企业的实际控制权。

前款第二项所称取得所投资企业的实际控制权,包括下列情形:

(一)外国投资者持有企业50%以上股权;
(二)外国投资者持有企业股权不足50%,但其所享有的表决权能够对董事会、股东会或者股东大会的决议产生重大影响;

(三)其他导致外国投资者能够对企业的经营决策、人事、财务、技术等产生重大影响的情形。

对本条第一款规定范围(以下称申报范围)内的外商投资,工作机制办公室有权要求当事人申报。……”

10. 参见《外商投资安全审查办法》第三条及第四条。

11. 参见《外商投资安全审查办法》第十六、十七及十八条。

12.《外商投资法》第三十三条:“外国投资者并购中国境内企业或者以其他方式参与经营者集中的,应当依照《中华人民共和国反垄断法》的规定接受经营者集中审查。”



周洋
合伙人
知识产权部
上海办公室
+86 21 6061 3658
zhouyang@zhonglun.com

房地产项目债务重组中既有担保的延续

作者：胡宜 周丽 刘书璐



在众多房地产企业出现流动性问题的大背景下, 债务重组成为房地产项目化解危机的重要方式之一。房地产项目的融资通常都附有保证、股权质押和抵押等担保措施, 而在债务重组的过程中, 主债权内容将根据商业条件发生不同形式和程度的变化。债务重组是否会影响既有担保措施的效力或使得既有担保范围减损, 将直接影响债权人在重组后能否顺利主张担保权利, 故而成为债权人关注的核心问题。

第一部分\ 债务重组及方式

《企业会计准则第12号—债务重组》第二条规定, “债务重组, 是指在不改变交易对手方的情况下, 经债权人和债务人协定或法院裁定, 就清偿债务的时间、金额或方式等重新达成协议的交易。” 第三条规定, “债务重组一般包括下列方式, 或下列一种以上方式的组合: (一) 债务人以资产清偿债务; (二) 债务人将债务转为权益工具; (三) 除本条第一项和第二项以外, 采用调整债务本金、改变债务利息、变更还款期限等方式修改债权和债务的其他条款, 形成重组债权和重组债务。”

在房地产项目债务重组中, 债务重组的方式由商业谈判条件决定, 通常包括延长还款期限、调整利率、债务本息及违约责任的减免、债务加入以及担保/增信监管措施的增减、以物抵债等。在原交易结构较复杂、AMC收购不良债权的场景

下, 为使债务重组、债权转让顺利推进, 债务重组可能还涉及通过转让、现状分配等方式先拆除嵌套结构或载体 (例如资管、信托、债券等), 将原有交易简化为实际债权人和债务人之间直接的债权债务关系。

第二部分\ 债务重组与既有担保措施

在债权人与债务人协商达成债务重组交易时, 为最大程度确保既有担保措施得以延续, 理想方案当然是重新签订担保合同¹, 对于担保物权而言, 还需要重新办理抵押/质押登记手续或变更登记手续。但是, 在房地产项目债务重组的现实操作中, 无法重新签署担保合同、办理抵押/质押登记的情况时有发生。

1. 为避免歧义, 本文“重新签署担保合同”为简化表述, 指债务重组中担保人以担保合同、担保函、重组文件中的担保条款等任何书面形式确认其对重组后的债务承担担保责任。

结合我们所做的债务重组交易,常见的原因为:(1)房地产项目存在合作开发方股东,在债务重组中不配合出具重组及担保必要的决议文件;(2)房地产项目存在其他资金方,担保方的公章印鉴已被其他资金方实际管控,无法配合签署交易文件;(3)对于担保物权而言,实践中很多登记机关无法根据主债权的变更情况直接办理变更登记,而重新办理抵押/质押登记需要先注销原有登记,债权人担心存在空档期内债权脱保、资产被其他债权人司法保全等操作风险;(4)对于抵押担保而言,不动产登记机关对已经取得预售证的项目可能不予办理新的抵押登记,或是必须将原有土地使用权抵押变更为在建工程抵押,但抵押物的变更可能会使得抵押率下降,难以满足重组后的风控要求等。

从既有担保措施是否得以延续的角度考虑,债务重组过程中需要判断的首要问题是债务重组的法律性质,即债务重组是构成债的更改还是债的变更。现行法律没有对债的更改制度作出规定,而在法理上,债的更改亦称为债的更新,通常认为是当事人就已有债务达成新的合同,变更已有债务的要素,成立新的债务,并将原债权债务关系消灭,而取代之以新的债权债务关系的行为意思。

如债务重组被认定为系债的更改,将导致既有担保措施灭失;如债务重组被认定系债的变

更,则需要考虑当事人针对既有担保措施未能重新签署担保合同及/或办理抵押/质押登记对既有担保措施效力及担保范围的影响。

第三部分\

债的更改与既有担保措施的灭失

(一) 债的更改

判断一项债务重组是否构成债的更改,应当结合债的客观变化以及债务重组各方的真实意思表示进行综合考虑。

1. 客观因素:是否产生了新的债权债务关系

债的更改的首要特征是在债务重组中产生了新的债权债务关系。

最高人民法院编写组编著的《买卖合同司法解释适用解答》及最高人民法院民事审判第二庭编著的《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》提及,债的更改是以新债务取代旧债务,前后合同已不属同质;合同的部分变更则是在保持合同同一性的前提下,对合同部分内容或条款所作的局部性改变,前后合同仍属同质。合同内容的变更究竟属于债的更改还是狭义的合同变更,区别的关键在于变更的内容是否属于合同的重要部分即合同的要素,合同要素的变更一般认为属于债的更改,合同要素以外的部分发生变更一般认为属于狭义的合同变更。

通常认为,若债务重组中对债的内容的变更仅限于对利息、违约金、担保等从给付义务或履行期限、履行地点、履行方式等非要素的变更,并不产生新的债权债务关系,而是原债权债务关系的延续。²

根据我们对现有案例的不完全检索,目前主流裁判观点亦与上述观点一致。例如,(2021)粤2071民初16158号判决书、(2019)豫民申1015号再审裁定书中均认为,债务展期、调整原借款利率、还款期限等,并不形成新的债权债务关系。

2. 主观因素:是否存在以新债权债务关系消灭旧债权债务关系的合意

债的更改的另一个特征是新债权债务关系完全取代并灭失了原债权债务关系。

基于不同商业目的的考虑,债务重组中有时不得不对主债权的要素如债务本金(如对数笔本金进行整合、结算及重新确认)、还款(给付)方式(如以物抵债、以票据支付)等进行变更,并由此产生新的债权债务关系。此时,是否构成债的更改还应当考虑债务重组各方对新旧债权债务关系的真实意思表示。

(1) 新债作为履行旧债的方式

在很多债务重组的场景中,债务重组各方成立新债权债务关系的意图只是作为履行旧债务的方式,新债务未得到履行的,旧债务并不消灭。

根据我们对现有案例的不完全检索,针对此问题的认定,司法实践大多选择尊重当事人的意思自治,在当事人没有约定或约定不明时,司法实践总体倾向于认定原债务并不消灭,若新债务不能履行时,债权人可以请求履行原债务。例如,(2016)最高法民终字第484号判决书³、最高人民法院第124号指导案例(法〔2019〕294号)⁴中均认为,债的更改需要以当事人之间有明确的以新债务完全取代并消灭旧债务的意思表示。

(2) 新债作为消灭旧债的手段

如果债务重组产生了新债权债务关系,且实质产生了“借新还旧”的效果,则通常被认定为新债权债务关系完全取代并消灭了旧债权债务关系,发生了债的更改。

例如,(2018)粤03民终21415号判决书中指出,对于“借新还旧”的借款,应当认为原借款已经归还完毕,是以新债还了旧债,先期的借款合同履行完毕。随着主债务的履行完毕,相应的抵押权也一并消灭。

(二) 债的更改与既有担保措施的灭失

如一项债务重组交易被认定为发生了债的

2.最高人民法院编写组编著:《买卖合同司法解释适用解答》,人民法院出版社2012年7月第1版,第185-186页。最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2016年2月第2版,第389-390页。
3.(2016)最高法民终字第484号判决书:“基于保护债权的理念,债的更改一般需有当事人明确消灭旧债的合意,否则,当事人于债务清偿期届满后达成的以物抵债协议,性质一般应为新债清偿。”
4.最高人民法院第124号指导案例(法〔2019〕294号):“构成债的更改,应当以当事人之间有明确的以新债务的成立完全取代并消灭旧债务的意思表示。”



更改，原债权消灭，则根据《民法典》第三百九十三条、第五百五十九条之规定，原债权消灭的，附属于原债权上的担保物权、保证等从权利将全部灭失。

因此，在房地产项目债务重组的过程中，债权人及律师均应对债务重组的法律性质认定保持充分关注和谨慎。实践中，一项债务重组交易是否构成债的更改，并继而导致既有担保权利全部灭失，是需要司法机关结合客观及主观因素进行综合判断的事项。而债权人和律师可以通过调整商业条件安排、协议文本表述等尽可能降低债务重组被认定为债的更改、进而导致既有担保措施全部脱保的风险。

在客观因素层面，司法机关一般根据主债权变动的内容与程度进行分析⁵，如债务重组中仅涉及对利率、还款期限、担保措施的调整，则通常可认为是对原债权债务关系的延续；如债务重

组中涉及对债的本金（如数笔本金的整合、结算及重新确认）、还款（给付）方式（如以物抵债、以票据支付）等作出实质性改变，则属于对合同的要素作出了变更，有可能会被认定为是产生了新的债权债务关系。因此，若债务重组中未能重新签署担保合同及/或重新办理抵押/质押登记，在商业条件允许的情况下，尽量减少对原债权内容的变动。

在主观因素层面，债务重组各方应尽可能明确的表达针对债务重组安排的意思表示。若债务重组可能导致产生新的债权债务关系，应在重组文件中明确是否具有债的更改意思表示，并充分说明新债权债务关系与原债权债务关系的延续性、关联性。

5. (2018)粤03民终21415号判决书：“对实质性变更的判断，一方面需要考察变更的内容，另一方面也需要考察变更的量化程度。”

第四部分\

债的变更及对既有担保措施的影响

如一项债务重组交易未被认定为发生债的更改,而是仅发生了合同内容的部分变更、原债权债务关系延续,属于债的变更,在未能重新签署担保合同及/或重新办理抵押/质押登记的情况下,既有担保措施的效力和担保范围仍有可能受到主债权变动的影响。

(一) 未重新签署担保合同的影响

根据《民法典》第六百九十五条⁶、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(“《担保制度司法解释》”)第二十条规定⁷的规定,未经担保人书面同意,债权人和债务人变更主债权内容,加重债务的,担保人对加重部分不承担担保责任。

根据上述规定,在债务重组中,如担保人未重新签署担保合同的,则担保人对债务展期、利率调升等可能造成债务加重的部分将不承担担保责任。

有一种特殊情形是,在债务重组前签署的大部分的担保合同中,事先通常都有事先豁免约定,即约定债权人与债务人协商变更主合同条款的,无需经担保人另行同意,担保人同意对变更后的主合同项下被担保债务(无论加重减轻)继

续承担担保责任。

司法裁判中对此类约定的效力存在不同观点。例如,(2018)沪民初47号判决书中认为,虽然保证合同约定债权人或债务人无须就主合同的变更事宜另行取得保证人同意,但该特殊约定不能对抗因主合同变更导致保证人法定免责的情形。保证人对保证合同签订后增加的利息不承担保证责任。与之相反的,(2020)沪02民终2388号判决书中认为,保证合同明确约定借款合同内容发生变更、展期无需再经保证人确认同意,且保证人对展期仍应承担保证责任。在无证据证明债务人与债权人恶意串通的情况下,债权人、债务人对债务进行展期,并未加重保证人的债务负担。

虽然司法裁判中对前述事先豁免约定的效力尚存在不同观点,但大部分裁判结果还是倾向于认为担保人无需对其事后未明确同意的加重债务承担担保责任,亦即事先豁免约定不构成担保人对加重债务的部分承担担保责任的书面同意。因此,在房地产项目债务重组的过程中,即使原有担保合同中已有相关事先豁免约定,但实际条件允许的情况下,仍应要求担保人针对重组后

6.《民法典》第六百九十五条:债权人和债务人未经保证人书面同意,协商变更主债权债务合同内容,减轻债务的,保证人仍对变更后的债务承担保证责任;加重债务的,保证人对加重的部分不承担保证责任。债权人和债务人变更主债权债务合同的履行期限,未经保证人书面同意的,保证期间不受影响。

7.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第二十条规定,人民法院在审理第三人提供的物的担保纠纷案件时,可以适用民法典第六百九十五条第一款、第六百九十六条第一款、第六百九十七条第二款、第六百九十九条、第七百零一条、第七百零二条等关于保证合同的规定。

的债权人重新签署担保合同并提供有效决议文件。如未能取得担保人明确同意,对于重组后债务加重部分,将可能存在较高的脱保风险。

(二) 未办理变更登记的影响

房地产项目中常见的股权质押、不动产抵押等担保均以登记为设立要件。因此,在债务重组中,对于此类担保物权,还需要考虑主债权变更但未办理变更登记手续是否影响原担保物权的效力或担保范围。

1. 担保物权的效力

《不动产登记暂行条例实施细则》第六十八条⁸规定,被担保的主债权数额、债务履行期限等内容发生变更的,当事人应当办理抵押权变更登记。司法实践中,债务重组后发生争议的,担保人往往以未办理变更登记或重新登记为由主张原有抵押权无效。

但是,在担保人已重新签署担保合同的情形下,债权人依据重组文件及原有登记继续享有优先受偿权的主张仍在较多司法案例中获得了支持。法院主要基于主债权利息调整、债务履行期限等债的变更没有产生新的债权债务关系,原来主债权未消灭,由此认定原抵押权继续有效。

例如,(2015)湘高法民二初字第4号判决书中认为,债权人与债务人、抵押人签订了债务重组协议及相应的抵押合同,债务重组经过了债务

人、抵押人的全体同意,且债务重组协议的内容系延续原债务合同而来、抵押合同的内容系延续原抵押合同而来。现因债务人、抵押人违约未在约定期限内办理抵押变更登记手续,原抵押登记手续继续有效,债权人依法享有原债权的抵押权。

2. 担保范围

在既有担保物权效力得以延续的前提下,需要进一步考虑的问题是:担保人重新签署担保合同后出现了债务重组后约定的担保范围与原登记的担保范围不一致的情况(如原登记的担保范围可能不包括利率调升部分的利息、增加的违约金等),原登记担保范围是否可以覆盖重组后的债权?

《全国法院民商事审判工作会议纪要》第58条规定,不动产担保物权的担保范围一般应当以登记的范围为准。但如果由于登记系统未设置“担保范围”栏目等原因,致使合同约定的担保范围与登记不一致的,应当以合同约定认定担保范围。而《担保制度司法解释》第四十七条并未延续这一规定⁹,而是规定不动产登记簿就抵押财产、被担保的债权范围等所作的记载与抵押合同约

8.《不动产登记暂行条例实施细则》第六十八条规定,有下列情形之一的,当事人应当持不动产权属证书、不动产登记证明、抵押权变更等必要材料,申请抵押权变更登记:(一)抵押人、抵押权人的姓名或者名称变更的;(二)被担保的主债权数额变更的;(三)债务履行期限变更的;(四)抵押权顺位变更的;(五)法律、行政法规规定的其他情形。

9.最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用中,阐述的理由是《民法典》施行后不动产登记部门对抵押权登记信息进行了完善,可以实现合同约定与登记簿记载一致。

定不一致的, 人民法院应当根据登记簿的记载确定抵押财产、被担保的债权范围等事项。

在司法实践中, 目前对于物权担保范围是仅依据登记范围认定, 还是需要结合担保合同的约定予以综合认定, 仍然观点不一:

例如, (2022)京03民终7579号判决书中认为, 本案中, 不动产登记证明中没有“担保范围”的具体记载, 在办理抵押权登记时的相关申请材料中亦无可以填报担保范围的栏目, 不动产抵押登记的内容与双方合同约定的内容不一致系不动产登记部门的系统中未设置“担保范围”栏目所致, 而非当事人自身原因造成, 因此, 应以抵押合同中约定的担保范围作为债权的抵押担保范围。”而与之相反的, (2022)京0114民初67号判决书中认为, “抵押合同约定的担保范围包括主债权400万元、利息、违约金, 而不动产登记证明中记载的被担保数额为400万元, 依据法律规定, 本案被担保的债权范围应以400万元为限。”

我们认为, 虽然《担保制度司法解释》明确规定担保范围应以不动产登记簿为准, 但如原有登记确因登记系统的原因未能明确登记担保范围的, 仍应该参照《全国法院民商事审判工作会议纪要》第58条规定, 以双方真实的意思表示确定担保范围更为合理, 如债务重组中担保人和债权人已就继续担保重组后的债务达成合意的, 担保范围应当覆盖债务重组中变动的部分。但

是, 我们亦从案例检索结果中注意到, 在《担保制度司法解释》生效后, 出现了更多直接依据不动产登记簿确定担保范围的裁判结果。

基于上述, 如果原有物权担保登记已经明确记载了担保的本金、利息、违约金等主债权信息, 而债务重组后未就其中变化办理变更登记或重新登记的, 物权担保范围将可能无法覆盖债务重组中增加的债权部分。

因此, 从最大化保证既有物权担保的延续考虑, 应尽量针对原有登记进行变更登记以降低风险; 如确实无法办理变更登记的, 对于抵押登记而言, 可考虑以重组后的主债权文件作为主合同, 办理第二顺位登记后再行解除原登记, 但毕竟两次抵押登记针对的是同一债权, 登记机关是否同意办理第二顺位登记, 仍取决于与登记机关的沟通。在确实无法办理变更登记或重新登记的情形下, 则应尽量要求担保人针对重组后的债权重新签署担保合同或其他书面确认文件以缓释风险。同时, 可考虑将债务重组后的还款优先用于抵扣原有登记不能覆盖的债权部分。

在房地产项目债务重组中, 确保既有担保措施能够有效延续, 对于债权人利益的保护至关重要, 也往往成为此类项目能够顺利推进的前提。诚然, 各个项目的交易结构、商业条件千差万别, 也决定了对每一项担保效力的判断与维护都需要结合整体交易结构和各种变量进行综合考

量, 需要债权人及律师在商业谈判和协议文本的设计中予以充分关注。 ㉔



胡宜
合伙人
私募基金与资管部
深圳办公室
+86 755 3325 6828
huyi@zhonglun.com



周丽
非权益合伙人
私募基金与资管部
深圳办公室
+86 755 3325 6827
zhouli@zhonglun.com



中伦研究院出品



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、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨,欢迎与本所联系。