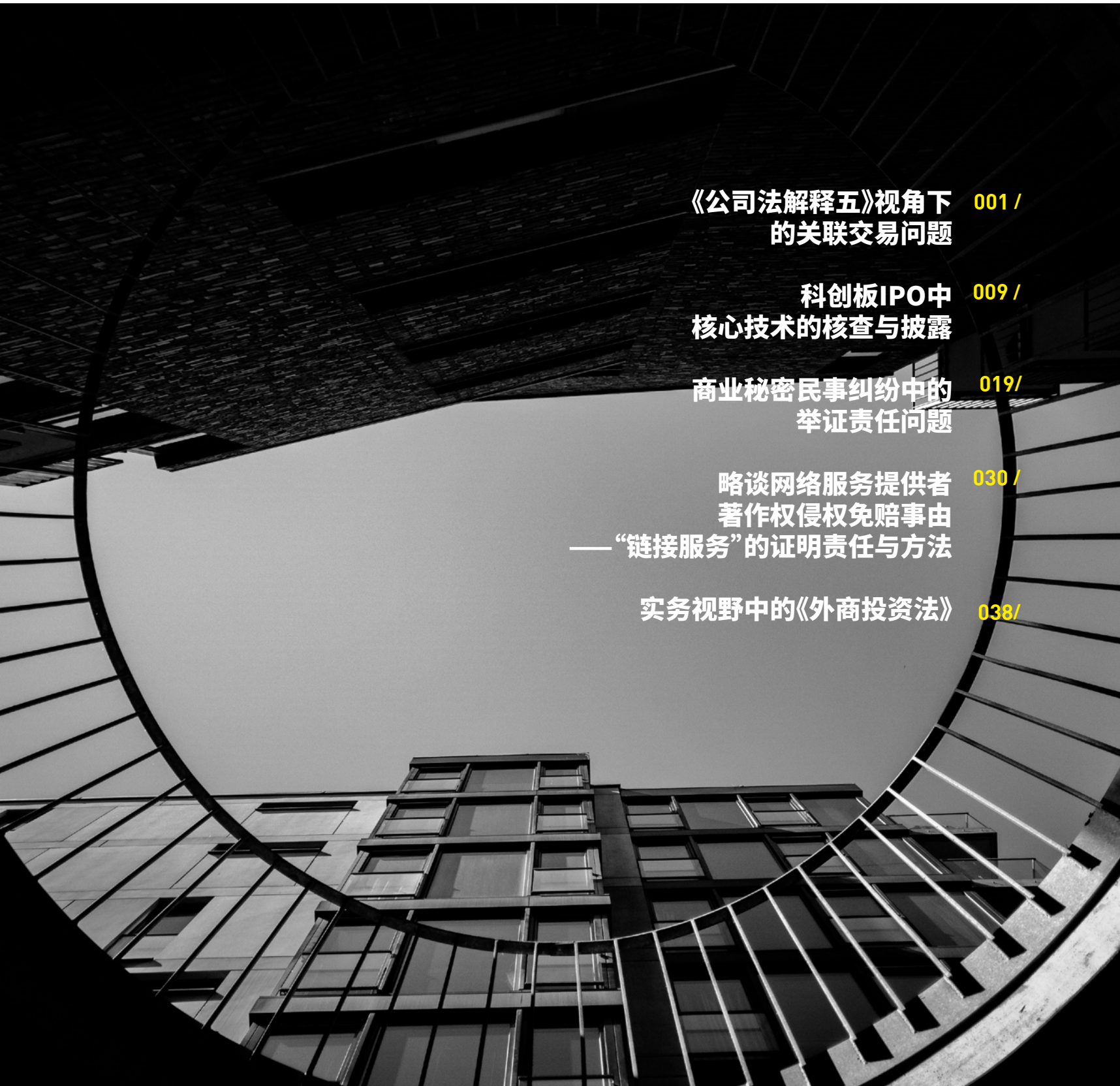
NEWSLETTER 中伦e简报 深度观察

中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM



《公司法解释五》视角下的关联交易问题 001 /

科创板IPO中核心技术的核查与披露 009 /

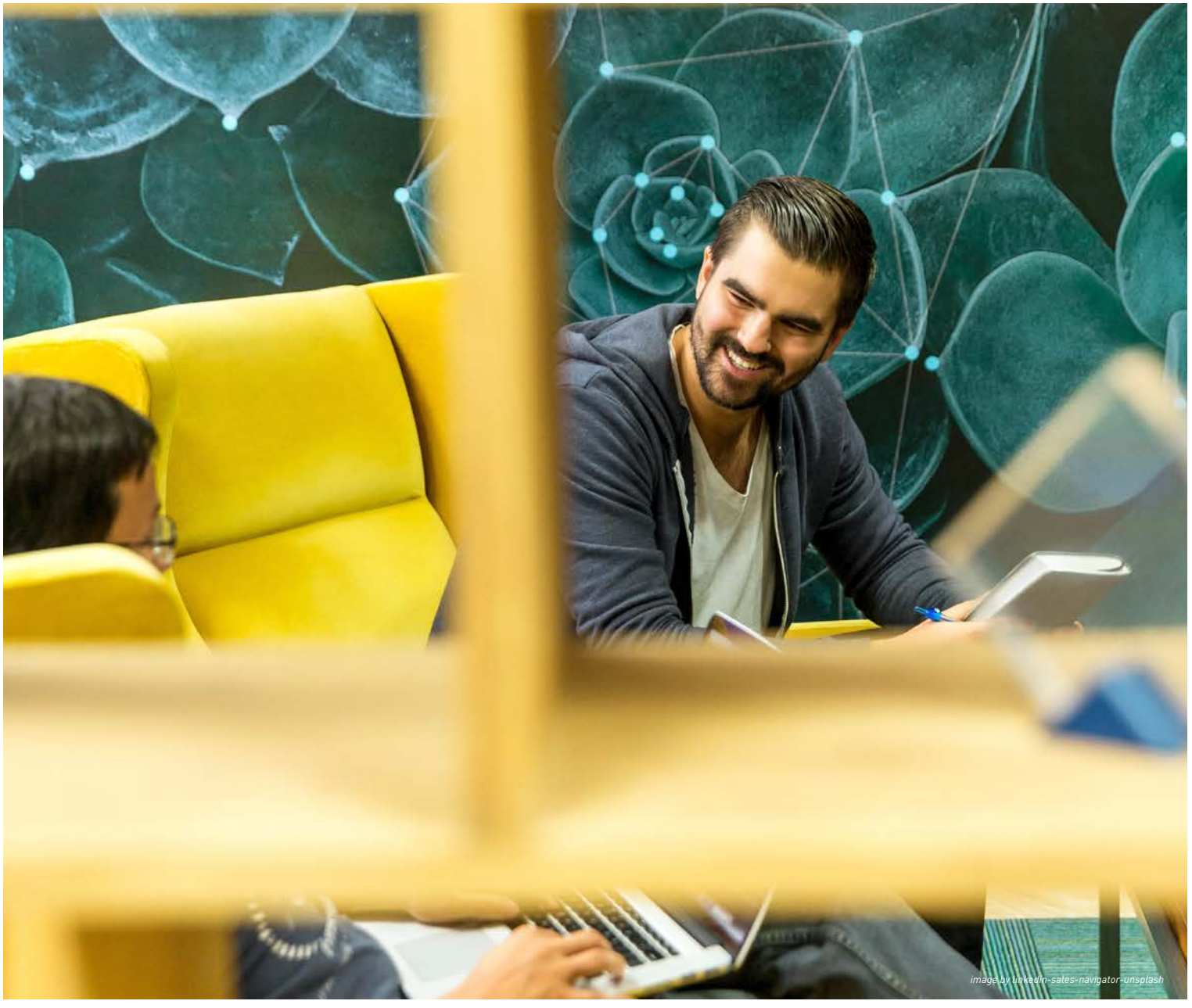
商业秘密民事纠纷中的举证责任问题 019/

略谈网络服务提供者著作权侵权免赔事由——“链接服务”的证明责任与方法 030 /

实务视野中的《外商投资法》 038/

《公司法解释五》视角下的关联交易问题

作者：刘相文、赵振、赵超、李振伟



2019年4月28日，最高人民法院发布《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定(五)》(下称“《公司法司法解释五》”)，该规定第一条对关联交易损害公司利益纠纷案件处理过程中的相关实体和程序进行了明确，这将对关联交易损害公司利益引发的纠纷案件的处理产生重要影响。

《中华人民共和国公司法》(下称“**《公司法》**”)第216条第(4)项规定“关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。”前述具有关联关系的主体之间的交易，即为关联交易。关联交易是公司经营过程中的普遍存在的现象，为公司高效经营提供便利，但同时它也是一把双刃剑，为一些损害公司利益行为的滋生提供了温床。在实践中，通过关联交易的形式转移公司利润或者部分股东通过关联交易不当占用公司资金等行为屡见不鲜，这类行为不仅严重损害公司、公司中小股东以及债权人的合法权益，也严重危及市场秩序。因此，关于关联交易以及对其损害公司利益的认定也成为了公司治理以及司法实践中的风险和问题的高发地带。

关联交易的初衷在于减少公司经营中的不必要环节，获得最大的利润。随着市场经济的发展，非公允性关联交易行为日渐增长，不仅严格损害了正常的竞争秩序，也严重损害公司及中小股东、债权人的合法权益。然而，目前司法实践中，各地法院对认定关联交易损害公司利益的标准不统一，对公司正常经营、市场秩序的稳定均造成了较大的影响。在此情况下，《公司法司法解释五》的出台是一针强心剂，对保护中小股东的权益，规制非公允性关联交易具有重要意义。

近年来，因关联交易损害公司利益导致的纠纷案件(下称“关联交易纠纷”)频发，经不完全统计，近三年(2016年-2018年)来涉关联交易纠纷案件的数量呈现逐步增长的趋势(见下图1)：

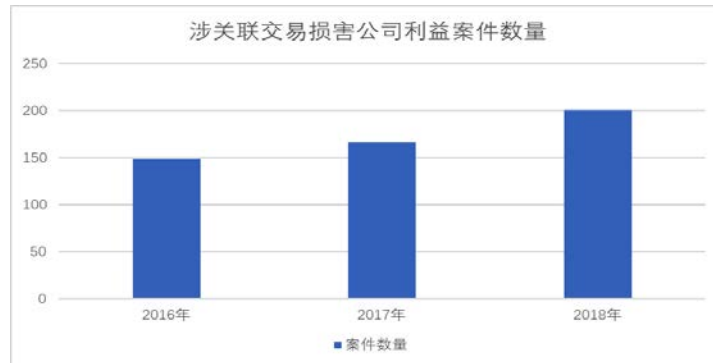


图1

我们在就逐年增长的案件进行研读总结之后，发现在该类案件的审理过程中，常见的难点、重点问题主要包括如下四类：(1) 如何认定案涉关联交易是否损害公司利益？(2) 已履行《公司法》及公司章程规定程序的关联交易是否当然不损害公司利益？(3) 关联交易损害股东利益与损害公司利益之间如何界定？(4) 公司或股东如何对关联交易给公司造成的损害进行救济？

对于上述部分问题，由于《公司法》及相关的行政法规未进行过明确规定，缺乏统一的裁判指导，各地法院司法裁判中对同一问题的认定标准和尺度存在差异。随着近年来该类诉讼案件的增加，就上述问题的法律适用不统一的现象愈发明显。在上述背景之下，《公司法司法解释五》专门出台了关于关联交易损害公司利益的细化司法解释规定，希望对类似问题在司法实践中统一裁判标准。

第一部分\
《公司法司法解释五》出台前关联交易纠纷的解决路径

在商业活动中，关联交易并非必然损害公司利益，根据关联方实施关联交易的真实目的以及是否损害公司利益，实践中可以将关联交易分为“公允性关联交易和非公允性关联交易”。所谓公允性关联交易指交易双方严格按照法律规定、市场规律，诚实公平地与公司进行交易。而非公允性交易则违反了诚实信用原则和公平原则，损害了公司、股东及债权人的合法权益。

在《公司法司法解释五》出台之前，如公司发生非公允性关联交易，损害公司股东、债权人以及公司利益的，受损害的主体一般主要依据《公司法》第21条[①]以及第22条[②]的规定，向法院提起股东损害赔偿之诉或公司决议撤销/无效之诉；在涉及公司利益受损但公司怠于提起诉讼的情况下，相关主体则在程序上依据151条[③]之规定提起股东代表诉讼。但是，该解决之道存在诸多问题：

1. 如非控股股东利用关联交易损害公司利益，受害方只能依据《公司法》第20条之规定维护自身的合法权益，举证难度较大。对于股东利用关联交易损害公司利益的行为，我国公司法第21条仅对控股股东实施该行为进行规制。然而实践中，存在部分公司股权结构较为分散，没有控股股东之情形。因此，若非控股股东利用关联交易损害公司利益，受害方不能依据《公司法》第21条之规定维护公司及自身的合法，如在黄山西园置业有限公司与朱建洪等关联交易损害责任纠纷一案[④]中，因被告久大公司并非西园

公司的控股股东，因此法院认为原告不得基于《公司法》之21条之规定要求其承担赔偿责任。

在上述情况下，受害方仅可根据《公司法》第20条之规定，证明股东存在滥用权利损害公司利益之行为。然而，在非控股股东回避且股东会通过相关决议的前体下，受害方难以举证证明非控股股东滥用了其权利，受害方的利益难以得到充分保护。

2. 司法实践中，受害方亦经常依据《公司法》第21条的规定，要求认定关联交易所涉股东会决议、董事会决议无效，但司法实践中对此争议较大。在贵州东圣恒泰矿业投资管理有限公司、兖矿贵州能化有限公司公司关联交易损害责任纠纷一案⑤中，最高人民法院认为，不能仅因涉及关联交易，便认定股东会、董事会决议当然无效，判定关联交易的股东会、董事会决议的

效力时需考量是否系股东滥用股东权利，以及是否损害公司或其他股东利益。从另一个角度而言，可以推导出如下观点：如果某决议内容违反了《公司法》第21条，即相关主体通过关联交易损害公司利益，该决议内容可以被认定为无效。

3. 司法实践中，受害方可否依据《公司法》第21条的规定，直接认定关联交易所涉合同无效尚缺乏明确的裁判尺度。例如，在江西伟业实业有限公司、邓俊股权转让纠纷一案⑥中，伟业实业公司与被告邓俊就伟业地产公司股权签订股权转让协议，且伟业地产公司为此作出了股东会决议，法院认定该股权转让系关联交易。然而，本案中，一、二审法院就受害方可否依据《公司法》第21条的规定，直接认定关联交易所涉合同无效产生了较大的冲突。一审法院认为该关联交易履行了法定的程序要件，应为合法有效；而二审法院则认为，“司法实践中，除适用合同法的一般规定外，还应当考虑《公司法》和其他相关法律法规的特别规定”，故二审法院认为该决议系关联交易损害公司利益，其违反了《公司法》第21条之规定，直接判定该合同无效。由此可见，就此问题在司法实践中存在较大分歧。

第二部分\

《公司法司法解释五》出台后对关联交易纠纷解决的影响

此次《公司法司法解释五》的出台，在一些重要领域，统一了司法实践的裁判标准，可以有效规制非公允性关联交易行为。

司法解释第1条明确规定“关联交易损害公司利益，原告公司依据公司法第二十一条规定请求控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员赔偿所造成的损失，被告仅以该交易已经履行了信息披露、经股东会或者股东大会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序为由抗辩的，人民法院不予支持。公司没有提起诉讼的，符合公司法第一百五十一条第一款规定条件的股东，可以依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定向人民法院提起诉讼。”该条明确规定履行法定程序不能豁免关联交易赔偿责任，同时赋予股东就该行为提起股东代表诉讼的权利。具体而言，该条款的进步之处如下：

首先，该条款进一步明确了判断非公允性关联交易需要从程序和实体两方面进行考量。该条规定“被告仅以……人民法院不予支持”。从“仅”字可以看出，一方面，程序是构成公允性关联交易的重要部分，如果在关联交易中被告未履行合法程序，也可能构成非公允性关联交

易。有鉴于此，该条款亦明确履行法定程序不能豁免关联交易的法定赔偿责任，明确关联交易的合法性与是否履行法定程序无关。司法实践中，在涉非公允性关联交易案件中，被告通常以关联交易经过了法定的程序为由，主张关联交易为公司自己同意或认可，不存在所谓的“所造成的损失”，不应追究被告的法律责任。然而，事实上，在大股东控制公司的情况下，小股东的话语权可能已被完全剥夺，即使小股东投反对票，其他股东或为迎合大股东而依然投赞同票，在此情况下，即使某关联交易通过股东会决议，仍不能认定该关联交易系公允的。另一方面，被告可以从实体角度进行抗辩，如举证证明关联交易不损害公司和债权人的利益，由此免除自己的赔偿责任。

其次，根据《公司法司法解释五》第1条、第2条之规定，为充分保护小股东利益，该条款总结当前司法实践之经验，从法律上进一步明确和扩大股东代表诉讼的范围，有利于充分保护小股东的合法权益。实践中，一些关联方利用其在公司的优势地位转移公司资产，严重损害公司、其他股东以及债权人的利益，但是由于关联方通常实际控制公司，即使关联交易合同存在无效或者可撤销情形，公司也很难主动提起诉讼。因此，《公司法司法解释五》明确规定，如公司没有起诉合同相对方的，股东可向法院提起股东代表诉讼。自此，小股东撤销关联交易或主张关联交易无效有了《公司法》下的救济途径，实际是扩展了股东代表诉讼的适用范围，将之扩大到关联交易合同的确认无效和撤销纠纷中，符合权利救济充分且及时的原则。

第三部分\

《公司法司法解释五》需要进一步完善之处

如上所述，《公司法司法解释五》有诸多进步之处，但是其也存在需要完善的地方，此次司法解释并未对“如何认定非公允性交易中损害公司利益”、“公司利益于股东利益如何区分”进行明确。我们推测，最高院未规定上述内容可能基于下述考量：

首先，认定是否损害公司利益是商业判断，而法律判断与商业判断截然不同，难以进行笼统原则的统一认定。在涉关联交易的案件中，被告很可能以某关联交易的交易价值降低，系因商业风险所致进行抗辩。从法院的角度而言，法官并非是良好的商业决策判断者，所以在涉及某行为是否损害公司利益的问题上，此次司法解释并未进行笼统规定，交由法官在具体个案中结合案件事实和证据情况予以判断。

其次，公司利益与股东利益难以区分，只能

在具体个案中予以考量。如前所述，关联交易损害股东利益与损害公司利益之间如何界定是该类案件认定的重点和难点。根据《公司法》第21条及《公司法司法解释五》之规定，小股东仅能以关联交易损害公司利益为由提起股东代表诉讼，而不能以损害自身利益为由提起诉讼。但是，在当前司法实践中，诸多小股东就关联交易提起诉讼名义上系为公司利益，但是实质上是为了维护自身的权益，法院在判定关联交易损害何种利益上存在较大矛盾⑦，因此，《公司法司法解释五》对此并未规制。

根据上述考量，我国《公司法司法解释五》并未对何谓“损害公司利益”、“公司利益与股东利益如何区分”进行明确细化规定。在目前的司法实践中，各地法院可根据审判的实际情况做出个案判决较为稳妥，如随着司法实践的发展，各地法院对上述问题的认定较为统一时，最高人民法院可对其做细化规定。

第四部分\
对《公司法司法解释五》进一步完善内容的建议

如前所述，《公司法司法解释五》对何谓“损害公司利益”并未进行明确的规定，根据我们的实践经验，法院在审判过程中可参考如下要素进行认定：

（一）关联交易是否违反公平原则

在《公司法司法解释五》答记者问中，最高人民法院也认为“关联交易的核心是公平，……是尽管交易已经履行了相应的程序，但如果违反公平原则，损害公司利益，公司依然可以主张行为人承担损害赔偿责任。”⑧

在具体应用上，可从形式公平和实质公平出发，判定关联交易是否损害公司利益。所谓形式公平是一种手段，是公司关联交易达到实质公平的必要保障，如是否披露相关信息、是否回避、有无干涉他人投票等。实质公平即在关联交易中，各方实体利益分配均衡，没有造成对公司的损害。如某关联交易定价明显高于或低于市场价值，则可能严重损害公司利益。

同时，关联交易是否违反公平原则还可从该关联交易是否违反商业惯例的角度进行考量。因关联方都存在一定的自利动机，所以在交易过程中，关联方会滥用对公司的控制权或影响力，不按等价有偿的原则向公司支付对价，进而损害公司及小股东、债权人的合法权益。因此，在判断某关联交易是否损害公司利益时，可从该关联交易是否遵循市场竞争原则，是否符合正常或一般的商业惯例出发进行判断，如交易价格、交易条件是否符合商业惯例等。

（二）关联方是否履行诚实义务和信义义务

目前，我国仅对董监高的诚实义务和信义义务有具体的认定，并未规定股东和实际控制人的信义义务。对此，可参考国外关于股东信义义务之规定。在公司法律实践中，某项决议是否通过通常以少数服从多数为原则，控股股东享有大比例的投票权，因此享有股东大会决议的决定权。因此，不管股东进行投票表决，还是控股股东对公司管理施加影响，控股股东都应当履行信义义务，不能滥用控股地位，损害公司、小股东和债权人的权益。如果控股股东不能证明其对公司的行为是公允的，其应当承担损害赔偿责任。[9]

希冀在《公司法司法解释五》施行以后，能够进一步统一各地法院对认定关联交易损失公司利益的标准，进一步维护公司和中小股东利益，促进我国市场经济的进一步规范和公司治理的进一步完善。

参考资料

【1】《公司法》第21条：公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。 违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

【2】《公司法》第22条：公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。 股东依照前款规定提起诉讼的，人民法院可以应公司的请求，要求股东提供相应担保。 公司根据股东会或者股东大会、董事会决议已办理变更登记的，人民法院宣告该决议无效或者撤销该决议后，公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。

【3】《公司法》第151条；董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百四十九条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。 他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。

【4】参见（2015）皖民二终字第00560号

【5】参见(2017)最高法民终416号

【6】参见（2016）赣01民终1276号

【7】如司法实践中有学者认为公司利益等同于股东利益，然而，公司在经营过程中不可能仅以股东为单一的服务对象，其他包括雇员、债权人、供货商、消费者和社区等在内的利益相关者也需考虑在内，因此，公司利益与股东利益截然不同。但两者边界在何处，仍需在司法实践中在个案中具体考量。

【8】https://baijiahao.baidu.com/s?id=1632059429181734188&wfr=spider&for=pc

【9】吕志伟. 关联交易法律规制完善研究[D].河北大学,2018.

刘相文
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2050
liuxiangwen@zhonglun.com

科创板IPO中
核心技术的核查与披露

作者：熊川 、王以璇

2019年4月30日、5月1日，上交所披露了第2批共15家科创板企业的反馈问题及回复。截止目前，已有共计18家科创板企业披露了交易所的反馈问题及回复。本文将在总结分析主板、中小板、创业板（以下简称“传统板块”）IPO中核心技术的审核重点的基础上，重点对科创板IPO中核心技术的审核重点展开分析，并结合审核重点对之后的科创板IPO的信息披露工作提出一些初步建议。

第一部分\

《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则》中关于发行人技术相关内容的披露要求对比

传统板块	科创板
《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第1号—招股说明书》（中国证券监督管理委员会公告[2015]32号）	**《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第41号——科创板公司招股说明书》（中国证券监督管理委员会公告[2019]6号）**
第四十五条　发行人应列表披露与其业务相关的主要固定资产及无形资产，主要包括：（二）商标、专利、非专利技术……等主要无形资产的数量、取得方式和时间、使用情况、使用期限或保护期、最近一期末账面价值，以及上述资产对发行人生产经营的重要程度。 第四十七条　发行人应披露主要产品生产技术所处的阶段，如处于基础研究、试生产、小批量生产或大批量生产阶段。 发行人应披露正在从事的研发项目及进展情况、拟达到的目标，最近三年及一期研发费用占营业收入的比例等。与其他单位合作研发的，还需说明合作协议的主要内容、研究成果的分配方案及采	第五十四条：发行人应披露主要产品或服务的核心技术及技术来源，结合行业技术水平和对行业的贡献，披露发行人的技术先进性及具体表征。披露发行人的核心技术是否取得专利或其他技术保护措施、在主营业务及产品或服务中的应用和贡献情况。 发行人应披露核心技术的科研实力和成果情况，包括获得重要奖项，承担的重大科研项目，核心学术期刊论文发表情况等。 发行人应披露正在从事的研发项目、所处阶段及进展情况、相应人员、经费投入、拟达到的目标；结合行业技术发展趋势，披露相关科研项目与行业技术水平的比较；披露报告期内研发投入的构成、占营业收入的比例。与其他单位合作研发的，还应披露合作协议的主要内容，权利义务划分约定及

传统板块	科创板
取的保密措施等。 发行人应披露保持技术不断创新的机制、技术储备及技术创新的安排等。	采取的保密措施等。 发行人应披露核心技术人员、研发人员占员工总数的比例，核心技术人员的学历背景构成，取得的专业资质及重要科研成果和获得奖项情况，对公司研发的具体贡献，发行人对核心技术人员实施的约束激励措施，报告期内核心技术人员的主要变动情况及对发行人的影响。发行人应披露保持技术不断创新的机制、技术储备及技术创新的安排等。

第二部分\

传统板块中核心技术核查重点

根据《上海证券交易所科创板企业上市推荐指引》（上证发〔2019〕30号）中明确的科创板优先推荐的行业，我们检索了此类行业中部分已在传统板块上市的企业，并对其中核心技术的审核要点进行了如下的归纳：

序号	公司名称/股票代码	发行人业务领域	反馈问题要点
1	吉大通信/300597	为通信运营商提供通信网络技术服务	1. 从实际控制人处受让专利的交易金额、在发行人业务体系中发挥的作用、与发行人核心技术的对应情况； 2. 结合从实际控制人处受让部分专利以及委托实际控制人进行软件开发等情况，说明公司技术研发的独立性，是否对实际控制人及其关联方存在依赖； 3. 募投项目涉及的关键技术、与发行人现有核心技术的联系、对发行人业务的促进作用

序号	公司名称/股票代码	发行人业务领域	反馈问题要点
2	康泰生物/300601	人用疫苗的研发、生产和销售	1. 发行人核心技术的取得方式，是否存在对外部技术单位的依赖； 2.专利或技术许可协议主要条款、权利和义务、专利或技术的许可方式、期限、费用支付方式及支付情况，是否存在纠纷或潜在纠纷； 3. 说明发行人在招股书中披露其技术水平属于国际先进是否合理； 4.专利的形成过程、目前专利的使用情况、是否与发行人主要产品相关；
3	铁汉生态/300197	水土保持，生态修复，园林绿化工程施工和园林养护，生态环保产品的技术开发（不含限制项目）	报告期内，核心技术产品收入占营业收入的比例分别为97.04%、97.61%、98.12%，核心技术来源、形成过程、成熟程度及保持技术创新的机制，核心技术在工程中的实际使用情况。
4	凯伦股份/300715	新型建筑防水材料的研发、生产与销售	1. 核心技术的来源，与对外技术单位共享专利权的专利是否存在纠纷及潜在纠纷； 2. 发行人核心技术研发是否对外部科研机构存在依赖。

根据上述反馈问题要点，我们发现，在传统板块IPO的审核中，证监会针对核心技术问题，通常会关注以下几个方面：

1.核心技术的来源问题，是否权属清晰、是否存在潜在纠纷、是否存在对其他相关方的依赖

证监会首要关注且重点关注的问题之一即为核心技术的来源问题。具体而言，明确来源主要在于明确两方面的问题，其一在于公司的核心技术是否权属清晰，是否存在潜在的纠纷；其二则在于了解公司对于核心技术是否具有独立自主的研发能力，是否存在对其他相关方的依赖。

结合相关案例来看，当公司的核心技术存在受让自第三方、与第三方共同研发、研发人员曾就职于竞争对手企业等情况时，证监会通常会让发行人就核心技术的来源问题发表意见，以此来明确其核心技术是否存在权属争议、是

否存在对其他相关方的依赖。以凯伦股份(300715)为例。根据其招股说明书的披露,发行人三名董事及两名核心人员曾在与发行人主营业务一致的企业(以下简称"竞争对手企业")任职,上述部分人员还曾与竞争对手企业签署过保密协议及竞业禁止协议。针对该情形,证监会在反馈意见中明确要求核查并披露发行人核心技术的来源、是否与竞争对手企业存在技术纠纷及潜在纠纷等情况。发行人律师在反馈意见中披露:其核心技术来源系企业初创时期通过与研究院订立合作协议的方式共同研发而成,但后续从小试中试到量产的整个技术转化中产品线设计、安装和量产调试等关键环节的技术、参数及工艺都由发行人独家掌握,不存在潜在纠纷、不存在对相关方的依赖。

2.核心技术对发行人业务的重要程度及贡献作用

此外,就核心技术在发行人业务中的作用和贡献问题也频频受到证监会的关注。如在吉大通信(300597)的案例中,证监会就两项发行人受让自实际控制人处的专利予以了关注,要求发行人就两项受让的专利在公司业务体系中发挥的作用进行补充说明。在反馈回复中,发行人律师通过该专利所涉技术的演进情况说明了该专利随着通信技术的发展已非主流技术,其在发行人业务体系中发挥的作用将逐步降低。另外,针对核心技术产品在发行人营业收入中占比较高的情况,如铁汉生态(300197),也多会被关注到此类问题。

3.其他与取得、维持、发展核心技术相关的重要因素

其他与取得、维持、发展核心技术相关的因素包括:核心技术人员的情况及稳定性、核心技术在同行业中的水平、核心技术的保护及续展情况等等。

综上,我们理解,就传统板块IPO而言,核心技术的审查重点在于核心技术本身的合法合规性以及对于发行人自身业务发展的影响与作用。换句话说,就发行人拥有的核心技术在整个行业所处的地位及优势、该技术未来的发展前景、是否具有行业上市场上的独特领先地位等等这些因素并未频繁地被证监会问及与关注。

第三部分\

以五家企业为例看科创板中核心技术核查重点

接下来,我们拟以五家企业的反馈意见为

例，分析总结交易所在核心技术方面的高频核查重点：

序号	公司名称	发行人业务领域	反馈问题要点
1	睿创微纳	非制冷红外热成像与MEMS传感技术开发的集成电路芯片	1.相关知识产权与发行人产品的内在联系； 2.相关知识产权是否权属清晰、存在潜在纠纷； 3.就产品的具体技术参数或指标与行业平均水平进行比较，量化分析说明技术及产品如何达到国内领先水平； 4.结合同类产品的技术性能和参数指标，分析与竞争对手的技术特点差异、发行人产品的技术先进性以及在较短时间内销量超越国内竞争对手、迅速开拓境外市场的主要因素； 5.核心技术的研发阶段，核心研发项目的进展情况及研发成果的权属归属情况。
2	晶晨股份	多媒体智能终端SoC芯片的研发、设计与销售	1.专利权属是否清晰； 2.专利的取得方式； 3.披露的部分专利是否构成核心技术，如构成，结合有关专利形成的对应产品型号及对收入的贡献程度披露重要性； 4.研发人员的工作履历，是否涉及原单位的竞业禁止、保密协议，是否存在潜在纠纷； 5.公司的部分核心技术是市场共性技术还是公司特有技术，说明独特性； 6. 部分技术的国内、国际领先程度。
3	哈尔滨新光光电科技	光学目标与场景仿真、光学制导、光电专用测试和激光对抗等方向的高精尖组件、装置、系统和解决方案	1.发行人所处行业市场空间和技术壁垒； 2.行业地位及主要竞争优势； 3.企业是否具有高效的研发体系（人员、设备、技术储备等方面）； 4.发行人是否符合科创板的定位； 5.对于国际领先或国内先进水平的依据及证明（通过披露具体技术参数或指标，量化分析领先水平）； 6.与同行业竞争对手的技术特点差异及技术先进性； 7.研发项目的具体内容披露及与行业技术水平的比较、相关技术类奖项的具体情况披露等。

序号	公司名称	发行人业务领域	反馈问题要点
4	安集微电子科技(上海)	关键半导体材料的研发和产业化,目前产品包括不同系列的化学机械抛光液和光刻胶去除剂,主要应用于集成电路制造和先进封装领域	1.核心技术在产品工艺流程中的具体应用; 2.“国际先进”“国内领先”的具体评价标准,是否存在快速迭代的风险; 3.与竞争对手在技术、性能等方面的差异; 4.结合技术优势及可持续性说明企业的成长性; 5.市场需求情况,铜抛光液是否存在市场需求瓶颈及是否存在迭代风险; 6.报告期内没有取得新专利的原因,研发难度及是否拥有高效的研发体系; 7.研发项目的计划量产时间及市场空间,是否存在技术过时风险; 8.在研项目人员、经费投入和拟达目标、与行业技术水平的比较。
5	宁波容百新能源科技	锂电池正极材料及其前驱体的研发、生产和销售	1. 专利、技术、核心技术人员方面是否存在潜在纠纷; 2. 核心技术及专利的形成过程; 3. 核心技术的突破背景和主要核心技术来源; 4.核心技术或产品是否存在被近年国际、国内市场上其他技术替代、淘汰的风险; 5.受让取得专利的来源,与发行人所提供产品的内在联系,收入、利润贡献情况; 6. 所属行业及其技术发展趋势与国家战略的匹配度; 7.说明与竞争对手的技术特点差异、发行人产品的技术先进性以及在较短时间内销量大幅增长的主要因素; 8.技术存在的更新迭代或技术路线变动的风险及对发行人竞争优劣势的影响,行业近三年的发展情况和未来发展趋势; 9.核心技术开发产品的情况,产品类别、产业化时间、销售数量、在细分行业的市场占有率等; 10. 研发环节组织架构及人员具体安排、业务流程及内部控制措施; 11. 研发投入的情况及其与研发成果的对应关系; 12. 核心技术人员的变动情况对公司生产经营的影响。

第四部分\

交易所审核重点分析及相关信息披露建议

通过总结归纳交易所披露的相关反馈及其回复情况，我们发现了其中一些与传统板块IPO审查的不同重点。针对新的审核重点，我们理解，这与科创板企业自身存在尚未盈利可能、成长性强、主要依靠核心技术开展生产经营的特点有很大的关系。接下来，我们将就部分交易所审核关注中的重点进行分析：

(一)国际先进、国内领先水平的核查问题

根据相关规定，科创板企业应当具有“面向世界科技前沿、面向经济主战场、面向国家重大需求”的特点，因此，科创板企业的核心技术是否能够达到“国际先进、国内领先水平”是判断其是否符合科创板定位的重要因素之一。此外，从目前交易所披露的反馈问题来看，交易所也频繁地要求发行人就核心技术如何达到了国际先进、国内领先水平做出具体的说明和依据。

以哈尔滨新光光电科技为例。交易所在反馈意见中明确要求其通过披露具体技术参数或指标，量化分析领先水平的认定依据。但通过我们检索发行人的反馈回复，我们发现，发行人并未按反馈要求的方式进行披露。发行人在反馈中表明公司的产品均为军工产品，相关技术参数或指标信息涉及国家秘密，因此无法进行量化分析。之后，发行人从专家意见、鉴定证书、各项荣誉、科研项目经验、用户的应用证明、产品所适用项目的先进性等多个方面对认定国际先进、国内领先水平的依据进行了论证。除了该案例外，睿创微纳、晶晨股份、哈尔滨新光光电科技、安集微电子科技（上海）等发行人均被问及了该问题。

综上，就“国际先进、国内领先水平”的依据及标准方面，我们认为目前的披露质量及详细程度仍不能符合交易所的审查要求。我们理解，如何结合同行业及其自身的技术参数对比、市场占有率对比等量化指标对抽象的先进性标准进行论证、说明，是之后科创板企业完善信息披露的方向之一。

(二)研发体系的高效性核查问题

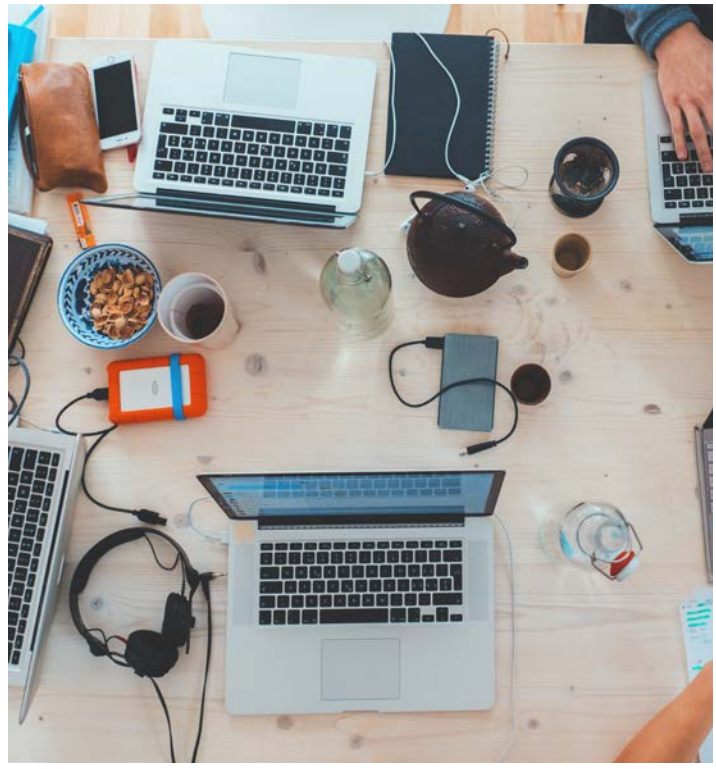
科创板企业作为技术驱动型企业，内部的研发体系是否健全、完善、高效是决定其是否具有持续创新能力、是否拥有持久发展驱动力的重要因素之一，也是决定其是否具有成长性、是否符合科创板定位的标志之一。就目前披露的交易所反馈问题中，我们发现，交易所对于科创

板企业的研发体系是否高效、是否具有持续创新能力多次给予关注。

以安集微电子科技(上海)为例,该发行人在招股说明书中披露的专利均为在报告期前获得,报告期内没有新增专利。就该情况,交易所在反馈问题中给予了关注并要求发行人说明其内部的研发体系是否高效、是否具有持续创新能力。在反馈回复中,发行人通过阐述内部研发管理控制流程及相关《研发管理制度》对公司具有高效的研发体系和持续的创新能力进行了说明。此外,发行人还详细披露了公司的技术研发人员构成、内部自主研发与外部研究机构合作并举的研发机制、研发设备情况及其成新率、技术储备情况等,从整体和细分的多个层面对研发体系的高效性、持续创新能力进行了论证。

综上,我们理解,科创板企业自身是否建立了高效的研发体系、是否具有持续的创新能力是目前交易所的高频关注重点。而就该问题的具体披露尺度而言,交易所的核查要求较为多样,如应当结合核心研发人员的背景情况、研发设备情况及技术储备情况、研发内控制度、研发项目的进程及投入情况等等进行综合论证。

(三)同行业技术差异比较及竞争优势的核查问题



作为技术指向型企业,核心技术的独特性、无可替代性是其在可预见的未来赢得市场、实现盈利与快速成长的重要因素之一,因此,也是其能否符合科创板定位的审核重点。在交易所目前披露的反馈意见中,我们也注意到,就发行人技术的独特性以及竞争优势方面,交易所多次要求发行人结合同行业情况、竞争对手情况说明自身技术的独特性及竞争优势。

以哈尔滨新光光电科技为例。交易所在反馈意见中两次关注到了该问题,如:“结合行业地位及主要竞争对手情况说明发行人是否具有相对竞争优势”,“结合行业内主要竞争对手分类对比同类产品的技术性能和相关参数指标,

充分披露发行人与竞争对手的技术特点差异、发行人产品的技术先进性”等。在反馈回复中，发行人对相关竞争对手进行了披露，并通过行业细分的方式解释说明了其与相关竞争对手在业务方向上的差异性。此外，就竞争优势层面，发行人结合我国的导弹技术在世界上的整体先进地位、制导系统在导弹生产中的核心成本地位、内外贸市场的广阔需求等方面进行了阐述。

综上，交易所在对科创板企业核心技术的核查中，会充分关注相关核心技术的独特性及其对于公司开展业务所发挥的优势作用。而通过相关反馈问题的考察，我们也发现，交易所对于该问题的披露要求不仅仅限于发行人自身技术水平的论证，而是要充分结合所处行业、市场、相关竞争对手、国内外的技术现状等多个维度进行披露。因此，我们理解，在如何论证核心技术的独特性及是否具有市场竞争优势方面，之后的科创板企业在信息披露中应当注重从交易所关注的上述多个维度进行披露。

第五部分\
初步结论

根据上述案例的归纳总结并结合相关规定中对于科创板的定位要求，我们认为，就核心技术方面，交易所对科创板企业有更高也更严格的核查要求。具体而言，就科创板企业本身，交易所会着重关注其是否具有可持续的研发能力及创新能力；就科创板企业所处的市场和行业大环境而言，交易所会重点关注科创板企业技术的独特性，与同行业、同市场的可比对手的差异与竞争优势。整体上的核查方向还是要通过核查全面核查企业确保其充分符合科创板的定位要求。

熊川
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2274
xiongchuan@zhonglun.com

商业秘密民事纠纷中的举证责任问题

作者：马远超

我国《反不正当竞争法》（以下简称《反法》）制定于1993年9月，第一次修订于2017年11月，时隔24年；第二次修订于2019年4月，时隔仅1年半。近年来，就商业秘密保护予以单独立法的呼声不绝于耳。2018年中美贸易争端全面爆发，美国不断指责中国企业存在大量窃取美国企业商业秘密的行为。2019年《反法》第二次修订正是在“内需外压”的时代背景之下，对如何强化商业秘密保护问题进行了新的探索。

我国2017年制定的《民法总则》首次将商业秘密明确列为一种知识产权专有权利客体。相对于版权、商标专用权、专利权等知识产权权利而言，商业秘密具有权利内容不清晰、权利边界不清晰、权利状态不稳定、权利独占相对性等特点。由于商业秘密存在上述特点，导致商业秘密案件存在以下难点：权利人证明权利内容难、证明侵权主体难、证明侵权行为难、证明自身损失与侵权获利难。由于这些切切实实的难点，导致商业秘密权利人、甚至司法人员对提起诉讼或者审理商业秘密案件，望而生畏、心存顾虑。

令人欣慰的是，我国企业正越发重视、规范商业秘密管理制度，我国司法实践也已经积累了相当丰富的商业秘密保护经验。只要能全面掌握并贯彻执行现有的商业秘密保护规则，保护商业秘密并非难以实现。

第一部分\

商业秘密保护范围的举证责任案例背景

寻求商业秘密保护，首先需要明确商业秘密保护内容即“秘点”范围。权利人即可以根据自身持有的商业秘密载体角度界定“秘点”范围，也可以从侵权人实施侵权行为覆盖内容角度界定“秘点”范围。实践中，往往是两个角度方向交替进行，也可能需要多轮次的增减、调整。

权利人证明商业秘密保护范围，涉嫌侵权人否定商业秘密保护范围，都需要从商业秘密构成要件出发，进行“攻守”。

（一）商业秘密构成要件

2019版《反法》第九条第四款规定：“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。”根据该规定，商业秘密蕴含了三个基本构成要件，缺一不可：

1、秘密性，即不为公众所知悉。

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（以下简称2007《反法司法解释》）对秘密性要件进行了解释。该司法解释第九条第一款规定："有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的'不为公众所知悉'。"

该司法解释第九条第二款列举了常见的"不为公众所知悉"的六种例外情形，即：1）该信息为其所属技术或者经济领域的人的一般常识或者行业惯例；2）该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容，进入市场后相关公众通过观察产品即可直接获得；3）该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露；4）该信息已通过公开的报告会、展览等方式公开；5）该信息从其他公开渠道可以获得；6）该信息无需付出一定的代价而容易获得。

2、商业价值性。

2007《反法司法解释》第十条规定："有关信息具有现实的或者潜在的商业价值，能为权利人带来竞争优势的，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的'能为权利人带来经济利益、具有实用性'。"

商业价值性不仅体现为具有现实的、看得见的商业价值，也包括潜在的、未来的、暂时看不见的商业价值。商业价值具体体现为能否为权利人带来竞争优势。如果该商业秘密被公开披露了，是否会给权利人带来损失，如果该商业秘密被竞争对手掌握了，是否能给竞争对手增加商业竞争优势。例如，实验失败的方案和数据一旦被竞争对手非法获取，竞争对手就可以少走弯路、节省试错成本，因而也属于能为权利人带来竞争优势的商业信息。

3、保密性，即权利人采取了相应保密措施。

2007《反法司法解释》第十一条规定："权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的'保密措施'。人民法院应当根据所涉信息载体的特性、权利人保密的意愿、保密措施的可识别程度、他人通过正当方式获得的难易程度等因素，认定权利人是否采取了保密措施。"

权利人是否采取了符合司法保护要求的保密措施，需要从以下维度综合考量：1）足以体现权利人的保密意愿。2）与商业秘密商业价值相适应。商业秘密商业价值越高，保密措施形式与内容要求越高。3）具有可识别性。保密措施需具备一定的外在表现形式，需体现具有保密用途。4）具有关联性。即权利人主张的保密措施即针对涉案主张的商业秘密，两者之间具有明确的关联性。

商业秘密三个构成要件之间具有内在联系。对于不为公众所知悉的、具有商业价值的商业信息，权利人才愿意投入商业成本采取保密措施。采取保密措施的目的，正是为了维护商业信息持续处于不为公众所知悉的状态，维护自身的商业竞争优势，从而给自身创造商业价值。

商业秘密三个构成要件又具有相对性。秘密性，所要求的保密状态具有相对性，允许多个主体在一定条件下同时掌握商业秘密，也允许相同的商业信息在不同环境下处于相对保密状态。相同的保密措施，面对不同商业价值的商业信息、面对内容不同的商业信息，也会产生不同的法律效力。商业价值性，对于不同的商业主体、不同的商业环境、不同的时间周期都会发挥不同的商业价值、甚至丧失商业价值。因而，讨论商业信息是否属于商业秘密，不仅需要逐一判断是否符合各个构成要件，也需要对三个构成要件予以整体考量、综合判断。

（二）权利人的举证责任及其转移

2007《反法司法解释》第十四条规定："当事人指称他人侵犯其商业秘密的，应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人的信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任。其中，商业秘密符合法定条件的证据，包括商业秘密的载体、具体内容、商业价值和对该项商业秘密所采取的具体保密措施等。"

2019版《反法》第三十二条第一款规定："在侵犯商业秘密的民事审判程序中，商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。"

概括而言，两者相比，前者要求权利人提供"商业秘密的载体、具体内容、商业价值和对该项商业秘密所采取的具体保密措施"等证据，以证明自己主张的商业秘密符合法定条件。后者要求权利人提供"对所主张的商业秘密采取保密措施"的证据。

从保密性角度而言，两者没有变化。从商业秘密客体内容角度而言，两者没有实质性变化。后者从文字表达上弱化了权利人的举证责任，没有强调权利人需要举证商业秘密载体、具体内容，但并不意味着权利人无需举证。因为只有举证证明商业秘密载体，才能证明商业秘密客观存在；只有举证证明商业秘密具体内容，才能判断权利人是否采取了保密措施。如果权利人没有举证证明商业秘密载体以及具体内容，涉嫌侵权人也无从抗辩反驳。

从商业价值性角度而言，两者具有实质性变化。前者要求权利人对商业信息是否具有商业价值进行举证，后者则没有隐含这一举证要求。事实上，权利人提供证明商业价值的直接证据并非易事，鲜有案件通过无形资产评估报告等证据评估商业价值的具体金额。在司法实践中，是否具有商业价值以主观判断为主，即通过对商业秘密具体内容、权利人商业模式的具体分析从而推定或者认定具有现实的或者潜在的商业价值。因而笔者认为，2019版《反法》没有明确要求权利人就商业价值进行举证，正是顺应了司法实践的通行做法，适度降低了权利人的举证责任。

从秘密性角度而言，两者均没有涉及。在刑事案件司法实践中，公安机关往往要求报案人提供非公知性检索鉴定报告，以证明报案人主张的商业秘密具有"非公知性"。在民事案件司法实践中，法院并无统一做法，主流观点认为权利人在立案之初无需提交秘密性证据，因为权利人对于不存在的消极事实难以举证，如果涉嫌侵权人对此有异议的，则由涉嫌侵权人提交

反证。如果法院要求权利人在民事案件中首先举证证明秘密性，也缺乏实质意义。无论权利人是否进行了实质性检索，形式上提供一份符合秘密性要件的检索报告之后，举证责任都将转移到涉嫌侵权人。实践中，权利人要得到符合秘密性要件的结论无需付出实质性劳动，涉嫌侵权人要否定秘密性要件往往需要付出大量实质性劳动。

根据2019版《反法》第三十二条第一款的规定，权利人一旦完成商业秘密符合法定条件的“初步证据”的举证责任，涉嫌侵权人则需要承担“证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密”的举证责任，即举证责任在双方之间发生转移。对涉嫌侵权人而言，只要权利人明确了商业秘密具体内容，即可通过检索证明其是否符合秘密性要件；只要权利人提供了保密措施的相关证据，涉嫌侵权人主要从保密性证据的三性进行陈述性反驳，是否能提供反驳证据需要视情况而定；对于商业价值性而言，涉嫌侵权人通过举证证明不具有商业价值的难度较大，这也是司法实践中对权利人最为宽容之处。

第二部分\
商业秘密侵权行为的举证责任

（一）权利人的举证责任

根据2007《反法司法解释》第十四条规定，权利人对涉嫌侵权人采取的不正当手段以及两者信息具有同一性或者实质相同负有举证责任。根据2019版《反法》第三十二条第一款规定，权利人应当提供“合理表明商业秘密被侵犯”的“初步证据”。笔者认为，两者并无实质性变化。2007《反法司法解释》第十四条规定，仍可视为2019版《反法》第三十二条的具体化标准，后者通过立法的方式将前者司法解释具体标准进行了高度概括性表述。

具体而言，权利人的举证责任包括以下内容：1、证明侵权行为实施主体；2、证明涉嫌侵权人实施的具体不正当手段；3、证明两者信息具有同一性或者实质相同。上述三项举证内容缺一不可，缺少任何一项，都无法符合“合理表明”标准。首先，如果权利人无法证明侵权行为实施主体，则无法证明后续侵权行为与涉嫌侵权人之间存在关联性，这是权利人的基本举证要求。需要注意的是，行为实施主体与行为责任主体之间并不当然相同。行为实施者未必是行为责任主体，行为责任主体未必是行为实施者。其次，如果权利人没有证明涉嫌侵权人实施的具体不正当手段，则无法证明涉嫌侵权人行为具有违法性或者不正当性；如果涉嫌侵权人是通过反向工程、自行研发、授权许可等合法手段获

得商业秘密信息，就不具有违法性或者不正当性，权利人也无权追责。所谓权利“被侵犯”，必然是“被非法侵犯”。再次，如果权利人没有证明两者信息具有同一性或者实质性相似性，既可能是权利人并不掌握涉嫌侵权人的具体侵权行为，也可能是涉嫌侵权人具体行为指向的商业信息的确与权利人主张的商业信息不相同或者不构成实质性相似；在这种情形下，权利人并无“合理表明”自己权益受到侵害。

换言之，如果允许权利人免于举证上述任一项或者多项举证内容，都会导致权利人捕风捉影式地任意提起诉讼，从而无端加重涉嫌侵权人一方的举证责任与应诉成本，也容易导致所谓权利人利用商业秘密诉讼“刺探”竞争对手的商业秘密信息。如此一来，有可能使得商业秘密案件从权利人维权难，走向权利人滥用诉讼的另一个极端。

（二）权利人举证责任转移至涉嫌侵权人的前提

2019版《反法》第三十二条第二款规定：“商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，且提供以下证据之一的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为：（一）有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且其使用的信息与该商业秘密实质上相同；（二）有证据表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险；（三）有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。”

可见，权利人举证责任转移至涉嫌侵权人，具有以下两个前提：1、权利人已经提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，包括三项具体要件：1）证明侵权行为实施主体；2）证明涉嫌侵权人实施的具体不正当手段；3）证明两者信息具有同一性或者实质相同。2、权利人举证证明涉嫌侵权人有可能获取商业秘密或者涉嫌侵权人已经、即将披露、使用商业秘密。

“有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且其使用的信息与该商业秘密实质上相同”（以下简称例外情形一），实际上是对2019版《反法》第九条第一款第（二）项侵害商业秘密行为进行了举证责任的重新分配。首先，例外情形一指向的行为不是2019版《反法》第九条第一款第（一）、（三）、（四）项行为。该条款第（一）项行为仅指不正当手段获取商业秘密行为，不包括使用行为，例外情形一指向的是使用行为。该条款第（三）、（四）项行为指向的是合法获取商业秘密后实施的直接侵权行为或者间接侵权行为，不包括不正当手段获取商业秘密行为。其次，根据2019版《反法》第九条第一款第（二）项，权利人应当举证证明涉嫌侵权人实施了某种不正当手段获取了商业秘密；根据例外

情形一，只要权利人有证据表明“涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密”，则推定涉嫌侵权人是通过不正当手段获取了商业秘密。例如只要涉嫌侵权人曾在权利人单位任职，有渠道或者机会获取商业秘密，即推定涉嫌侵权人以盗窃、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密。

“有证据表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险”（以下简称例外情形二），实际上是对2019版《反法》第九条第一款第（二）、（三）项直接侵害商业秘密行为进行了举证责任的重新分配。首先，2019版《反法》第九条第一款第（一）项指向的不正当手段非法获取商业秘密的直接侵权行为，第（四）项指向的是间接侵权行为，例外情形二指向的是已经或者即将披露、使用商业秘密的直接侵权行为。其次，根据2019版《反法》第九条第一款第（二）、（三）项，权利人不仅应当举证证明涉嫌侵权人存在披露、使用行为，而且应当举证证明涉嫌侵权人存在不正当手段获取商业秘密行为；根据例外情形二，权利人只需举证证明涉嫌侵权人存在披露、使用行为，无需举证证明涉嫌侵权人存在不正当手段获取商业秘密行为，即可推定涉嫌侵权人存在不正当手段获取商业秘密行为。

值得强调的是，例外情形二，将即发性侵权行为直接推定为存在直接侵权行为，是2019修法的重大变化。TRIPs协议第50条第3款规定：“司法当局应有权要求临时措施之请求的申请人提供任何可以合法获得的证据，以使该当局自己即足以确认该申请人系权利持有人，确认其权利正在被侵犯或侵权活动发生在即，该当局还应有权责令申请人提供足以保护被告和防止申请人滥用权利的诉讼保证金，或提供与之相当的担保。”我国《专利法》（2008）第六十六条

规定："专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯专利权的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为的措施。"在伊莱利利公司诉甘李药业有限公司侵犯专利权纠纷案【(2007)高民终字第1844号】中，原告认为专利即发侵权属于一种侵权行为，北京市高级人民法院并不赞同原告该观点，认为属于一种即将可能发生侵权行为的"状态"。可见，在以往的立法渊源以及司法实践中，即发性侵权行为不是一种侵权行为，而是一种即将可能发生侵权行为的状态；规制即发性侵权之民事程序，是申请行为保全程序，而非侵权之诉；一旦构成即发性侵权，法院可"责令停止有关行为"，而非判令承担赔偿损失等民事侵权责任。根据2019版《反法》第三十二条第二款规定，一旦权利人有证据表明商业秘密有被披露、使用的风险，涉嫌侵权人"应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为"，如果涉嫌侵权人无法证明的，就会被认定存在侵犯商业秘密的行为。笔者认为，2019版《反法》第三十二条第二款的表述，值得商榷，建议相应内容修改为："涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯或者即将侵犯商业秘密的行为"。

第三部分\

商业秘密侵权人的赔偿责任认定

2019版《反法》第十七条第三款规定："因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。"第四款规定："经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。"

与2017版《反法》相比，存在三大重要变化：1、针对恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照权利人损失或者侵权人获利数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。2、明确侵权人赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。3、将法定赔偿上限由三百万元提高到五百万元。目前，版权侵权的法定赔偿上限为五十万元，商标侵权的法定赔偿上限为三百万元，专利侵权的法定赔偿上限为一百万元。商业秘密侵权的法定赔偿上限在距离上一次修订为三百万元之后的一年半内再次

提升到五百万元，已经无法用“内需”解释，应是中美贸易争端“外压”的作用结果。这对于国内外的权利人而言，显然都是重大利好。

计算权利人损失或者侵权人非法获利的方法，主要可以归纳为收益法、成本法、市场法三种。收益法，包括：1、计算权利人市场份额、销售量的减少乘以平均利润率；2、计算侵权人营业利润或者销售利润；3、计算权利人预期可得收益、丧失竞争优势持续时间相对应的预期收益。成本法，适用于因侵权行为导致商业秘密丧失秘密性时，计算权利人的研发经费。市场法，是指参照市场上存在的相同或者同类商业秘密的公允许可费标准。

商业秘密民事纠纷中的权利人获得胜诉且获赔超过百万元的案件，背后都有刑事案件的取证作为支撑。例如，周慧民与衢州万联网络公司侵犯商业秘密纠纷上诉案【(2011)沪高民三(知)终字第100号】，权利人获赔100万元；新发公司与亿帆鑫富公司侵害商业秘密纠纷案【(2012)沪高民三(知)终字第62号】，权利人获赔910万元；深圳岳览时代公司与姚林强、黄伟林、陈迪、深圳东谷公司侵害商业秘密纠纷案【(2015)深宝法知民初字第434号】，权利人获赔121万元；保定胜迪斯公司等与永红保定铸造公司侵害商业秘密纠纷上诉案【(2017)冀民终58号】，权利人获赔200万元。在这些刑事案件中，公安部门具备强有力的侦查取证手段，也由于刑事定罪必须以量化犯罪嫌疑人非法所得或者权利人损失为必要前提，在主客观原因的共同作用下，往往可以准确计算权利人损失或者侵权人非法所得。后续发生的商业秘密民事案件，被害单位即权利人往往能获得高额的民事赔偿。

在单纯民事案件中，建议权利人积极搜集、提供以下证据：1）权利人或者侵权人的销售单价、销售利润、销售成本、利润率证据；2）权利人销售数量减少、侵权人销售数量、生产数量、库存数量证据；3）侵权人的主观恶意证据；4）侵权人的侵权地域范围证据；5）侵权人的侵权行为持续时间证据；6）侵权人侵权次数证据；7）权利人的研发成本证据；8）商业秘密市场许可费证据；9）权利人支出的律师费、公证费、鉴定费、翻译费、采购费、差旅费等合理费用证据。权利人通过积极举证，在基本查明权利人损失或者侵权人非法所得的情形下，将会大大提高法院判决侵权人承担高额赔偿责任的可能性。

第四部分\
结语

商业秘密作为一种特殊的知识产权财产

性权利，具有自身独特的保护规则与规律，也发挥着独有的保障市场主体竞争优势的功能。毫不夸张地说，每个企业都有自身的商业秘密，都有商业秘密保护需求，商业秘密是每个企业安身立命、谋求发展之根本。因而，如何在日常管理中加强商业秘密保护，如何预防商业秘密遭受侵权，是每个企业经营者的必修课。一旦发生商业秘密侵权纠纷，需要以日常积累的商业秘密保护管理措施为基础，辅之深入挖掘侵权行为、索赔依据等证据，必能将不法侵权者绳之以法，令其后悔莫及。

马远超
合伙人
知识产权部
上海办公室
+86 21 6061 3188
myc@zhonglun.com

略谈网络服务提供者著作权侵权免赔事由

——“链接服务”的证明责任与方法

作者：赵刚、刘用印、戴越

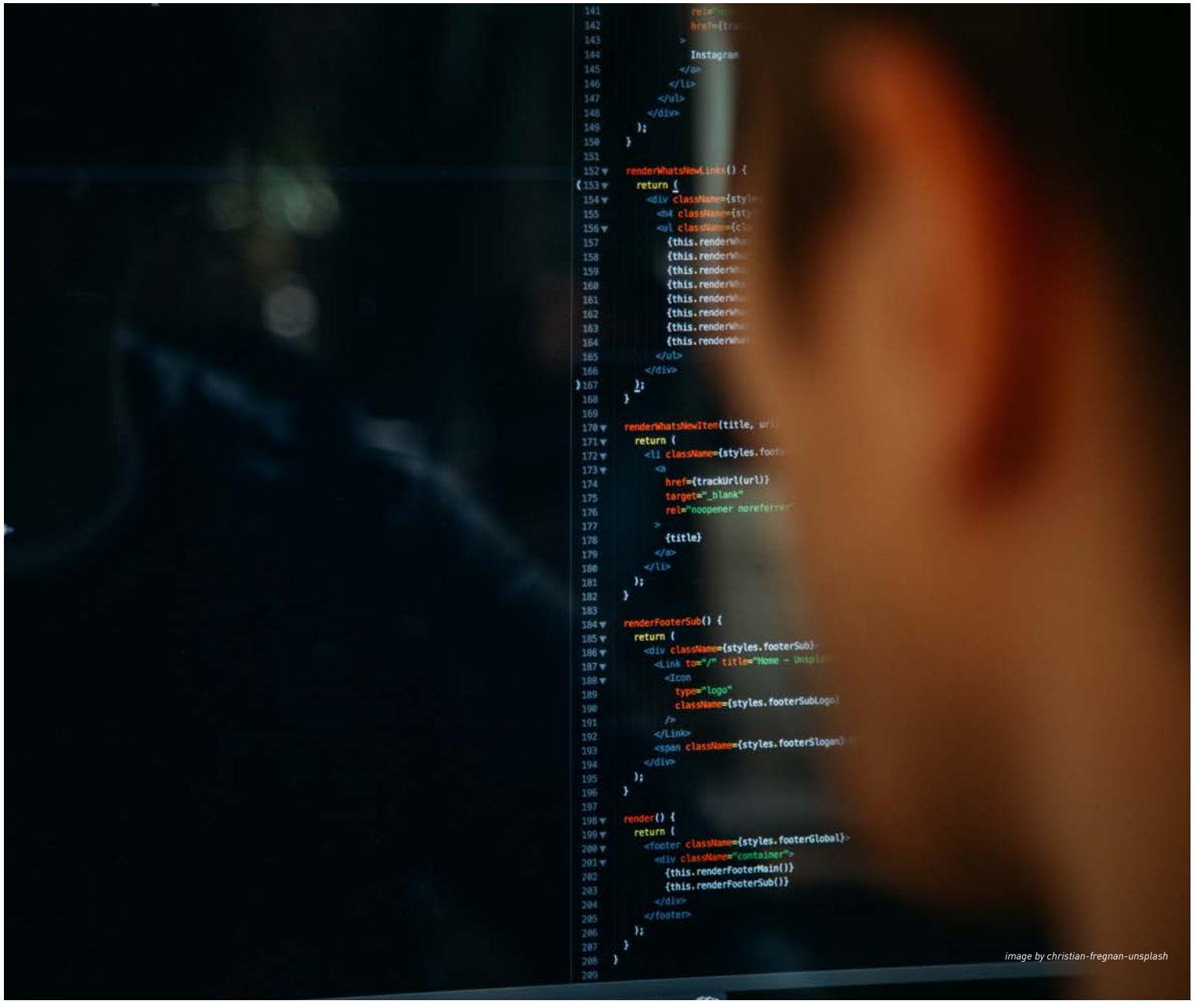


image by christian-fregnan-unsplash

“链接服务”本质上是一种事实判断，甚至可以说是更专业的一种网络技术判断。之所以能够被作为一个重要的议题在法律领域内广泛被人讨论，原因在于基于这一事实的判断，能够对网络服务提供者的侵权认定与责任承担产生极为重要的影响，即确立“避风港”原则是否存在可以适用的事实基础。本文笔者将结合代理同类案件的法律服务经验，略谈网络服务提供者著作权侵权免责事由之“链接服务”的证明责任与方法，以期为广大网络服务提供商解惑一二。

第一部分\

“链接”服务的证明意义及法律规定

1.信息网络传播权侵权的一般法律责任

按照侵权责任法的理论，判断某一主体是否应当承担侵权责任，应从致害行为、损害事实、因果关系、主观过错等进行逐一判断，排除抗辩事由后，如被侵权人过错与受害人故意、不可抗力、正当防卫等抗辩事由，才需要承担责任。

互联网环境下的著作权侵权多表现为对信息网络传播权的侵害。相关侵权判定也应遵守一般侵权构成要件及相应的免责等事由，但原则上只要相应的社会公众能够在某网站获取相关的作品，只要该网站运营主体未获得著作权人的许可，即侵害了著作权人的信息网络传播权。但是随着互联网技术的发展，考虑到互联网产业的发展以及互联网领域传输内容的庞杂，目前立法层面的指导思想是“根据网络著作权保护的实际、需要和特点，在传统的合理使用、法定许可之类的免责事由之外，另行设定了专门免责规则，这些免责规则俗称‘避风港’制度。”[1]

2.避风港制度及链接服务的证明意义

适用避风港制度的前提是准确划分两类行为，一种行为是互联网内容提供行为，即服务提供者直接提供了作品或者制品本身，对应的是互联网内容提供者（ICP）；另一种行为是互联网网络服务提供行为，即服务提供者并不直接提供作品或者制品，而是提供（他人上传作品的）信息存储空间或者（指向他人作品的）网络链接，对应的即是互联网网络服务提供者（ISP）。该两类行为的划分存在重大意义，即区别了网

1.孔祥俊：《网络著作权保护司法理念与裁判方法》第101页，中国法制出版社，2015年4月第1版

络侵权领域的直接侵权责任与间接侵权责任。如果某主体提供的是内容，则对其承担侵权责任的认定仅需考虑著作权法一般规定。而一旦某主体被认定提供的是互联网网络服务，其直接侵权责任则基本可以免除（分工合作情况除外），判断其责任的焦点则一般会集中在是否符合“避风港制度”予以免责之情形上。对网络服务网提供者来讲，这也是事实层面提供证据证明其提供的是“链接”服务的重要意义所在，即如果不能证明该事实，从网络界面亦无法直接看出该事实的情况下，个案中则会被推定提供的是“内容服务”，从而面临构成“直接侵权责任”的法律风险。

3.现行法律关于网络服务提供者提供“链接”服务的有关规定

按照法律位阶的顺序，在著作权法体系中，关于网络服务提供者提供“链接”服务主要有以下规定：

我国《信息网络传播权保护条例》第二十三条规定，网络服务提供者为服务对象提供**搜索或者链接服务**，在接到权利人的通知书后，根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的，**不承担赔偿责任**；但是，明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的，应当承担共同侵权责任。

《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第四条，有证据证明网络服务提供者与他人以分工合作等方式共同提供作品、表演、录音录像制品，构成共同侵权行为的，人民法院应当判令其承担连带责任。网络服务提供者能够证明其仅提供自动接入、自动传输、信息存储空间、**搜索、链接、**文件分享技术**等网络服务**，主张其不构成共同侵权行为的，人民法院应予支持。

《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第六条则进一步规定，原告有初步证据证明网络服务提供者提供了相关作品、表演、录音录像制品，但网络服务提供者能够证明其仅提供网络服务，且无过错的，人民法院不应认定为构成侵权。

《北京市高级人民法院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》[2]第五条规定，被告主张其仅提供信息存储空间、搜索、链接等网络技术服务的，应承担举证证明责任。被告应当就涉案作品、表演、录音录像制品的提供主体或者其与提供主体之间的关系提供相应证据，否则可以认定其并非仅提供网络技术服务。被告未提供证据或者提供的证据不足以证明其系仅提供信息

2.据笔者了解，多地地方高院出台了当地关于信息网络传播权侵权案件相关的司法解释，各自的具体规定不同，但基本精神类似，故仅列举北京市高级人民法院的有关规定以作示例。

存储空间、搜索、链接等网络技术服务的，可以认定被告实施了提供作品、表演、录音录像制品的行为。

基于上述现行法律规定，可以看出，**链接服务的举证责任主要在被告，并且只要能证明互联网主体提供的是链接服务，则其一般无需承担直接侵权的法律责任（仅提供内部链接的分工合作情况除外）。**

第二部分\

链接的分类[3]及性质

1. 普通链接

链接也称超级链接。普通链接也就是通常我们在互联网网站网页浏览时能够点击跳转的链接，通常是从一个网页指向一个目标，所指向的目标可能是另一个网页，或者是相同网页上的不同位置的内容，也可能是图片、应用程序等。普通链接最大的特点就是明显感受到网页的跳转，伴随的是网址栏显示网络地址的变化。伴随着这种跳转行为一般情况下域名也会发生相应的变化，进而可以直接看出互联网服务提供者实施的链接行为性质。

2. 聚合链接

聚合链接往往体现为“加框链接”，是相对于普通链接而言的一种深层次链接形式。“聚合链接”不仅绕过被链网站的主页，而且链接的只是目标网页的一部分内容（比如只是一个文件、或一个视频播放器），对该部分进行加“框”，而使该部分内容“嵌”在设链网站自己的网页或客户端应用上。”在聚合链接中，用户无需经过通常意义上的跳转行为，就能访问被链接网页内容，访问网页体验也更佳。但该种情况下，具体链接的内容来源地址一般无法通过网络地址栏予以体现。

普通链接毫无争议属于著作权法中的“链接服务”，但是“聚合链接”是否属于著作权法中的“链接服务”并进而适用避风港原则，存在不少的争议。有人认为聚合链接因为直接“替代”提供了作品内容，因而属于直接在信息网络传播作品行为；也有观点认为聚合链接技术上仍旧属于链接行为。我们认为，之所以产生分歧，主要在于对《著作权法》中法律规定的“提供”理解不同。

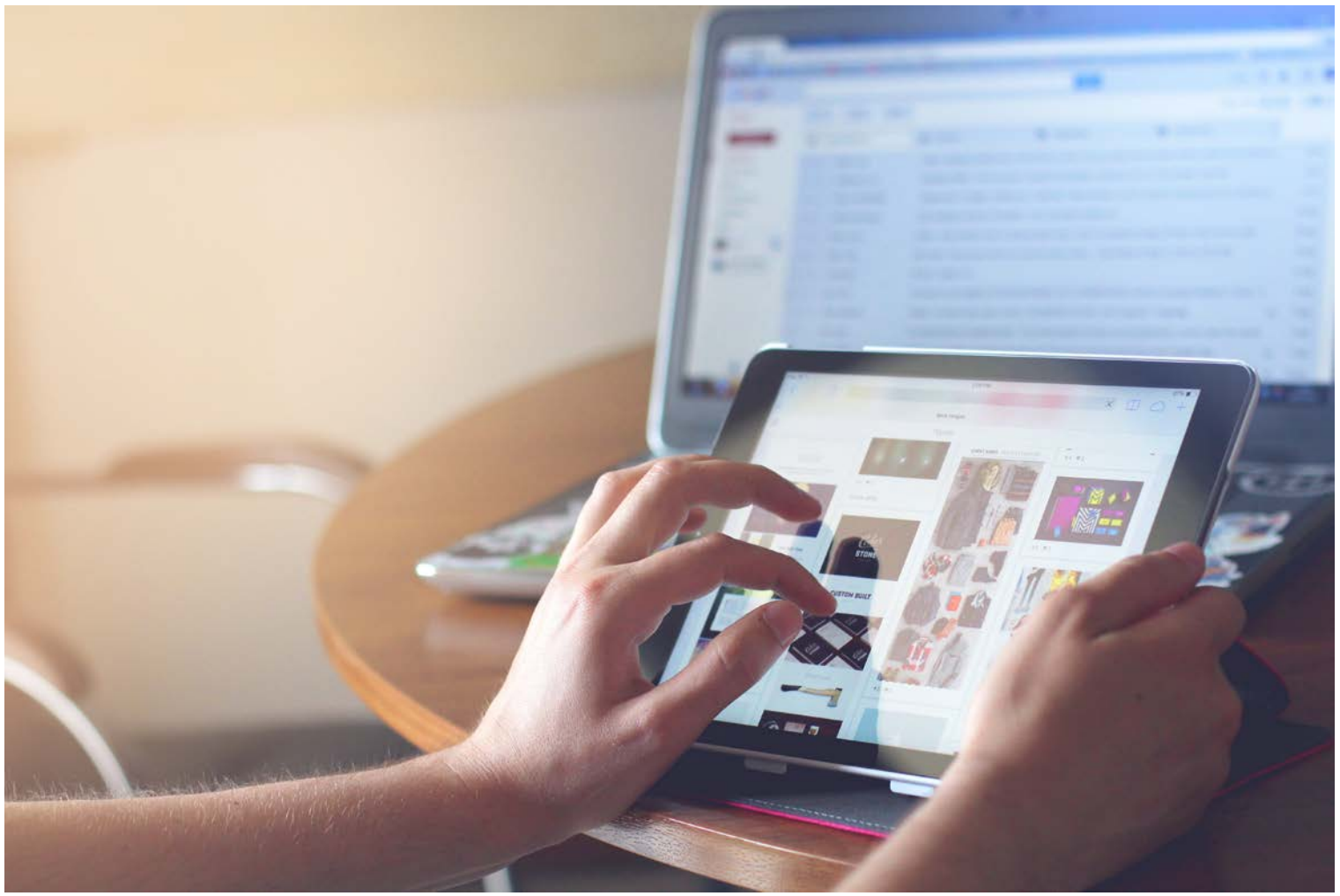
根据我国《著作权法》第十条规定，信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。按照服务器标准，“将作品初始上传并存储于服务器”才属于直接侵害信息

3.这里仅根据司法实践中证明的难度做一般性分类，并非严格互联网技术层面的分类。

网络传播权的行为，而其他的,无论是聚合链接行为,还是普通链接行为,均不属于信息网络传播行为。按照用户感知标准，如果被诉行为使得用户认为被诉内容系由某一主体提供，即应认定该主体实施了信息网络传播行为。2016年，北京知识产权法院一份生效判决暂时平息了“服务器标准”与“用户感知标准”的争议，此后，在涉及信息网络传播权的案件中，北京地区目前多数法院均以“服务器标准”作为认定信息网络传播行为的依据。即目前情况下，基于“服务器标准”而言，聚合链接仍旧属于事实层面链接的范畴（具有意思联络的共同侵权实施主体的内部聚合链接行为在法律层面的认定除外）。

第三部分\
链接服务的证明实务

链接服务的证明往往需要根据个案具体情



况进行具体分析，下面笔者结合曾经代理的一个案例，略作说明。

在我们代理的一起案件中，原告是一家音乐公司，即通常意义上的版权方，被告是一家搜索引擎公司。为改善用户体验，部分内容提供商向被告开放端口设置链接，在被告“音乐”栏目加框设置了一些第三方音乐播放器平台。网络用户通过依次点击“音乐”及具体的播放器后，就能通过对来自该播放器中的音乐进行试听下载等。当然，由于是加框链接，具体音乐播放页面网址栏仍显示的是作为搜索引擎服务提供者的被告的网址，网络用户也不会感受到通常意义上的“跳转”。原告遂以被告提供了侵权作品构成对其信息网络传播权的直接侵权为由，将被告起诉至法院，要求停止侵权、赔偿损失。

在本案件中，初看证据，被告确有很大的可能被认定为侵害原告的信息网络传播权，因为当用户播放音乐时，界面网址显示的是被告的域名并且并未有任何跳转链接。按照一般规则，域名的所有者通常被认定是相关网页内容的提供者。根据我们与技术人员的沟通和了解，被告使用的是iframe技术，只是将第三方的播放器端口内嵌到被告运营的搜索引擎页面，而并不审查和直接链接音乐作品本身。这属于典型的聚合链接（加框链接）技术。

该种情况下，基于司法实践，如果能够证明涉案作品未上传、存储于网络运营主体的服务器中，则聚合链接并非直接提供作品的行为，仍然可以适用避风港制度予以免责，因此论证某一主体提供链接行为的关键在于“论证涉案作品未存储于该网络主体的服务器中”，这是举证责任所涉及的焦点事实问题，难度也非常大。

1.在先判例有迹可循

无论在什么时候，证“有”比证“无”总是要简单很多。要求某一主体证明“涉案作品未存储于该网络主体的服务器中”就是一个典型的证“无”情况，虽然难度较大，但在先司法判例中提供了一些可以值得借鉴的思路：1）以网页页面源代码来采用iframe语句认定系“对存储在外部服务器中的视频资源进行远程调用，并未直接在本地服务器存储视频文件。”[4] 2）以网页状态栏的显示作为判断涉案作品存储位置的标志，“虽然整个过程并未进入搜狐网，但在视频播放页面左下角短暂显示有“http://tv.sohu-.com/upload/……”等字样，在涉案节目加载完成后，取而代之为“完成”字样。因该显示内容通常系视频播放过程中，浏览器对播放视频所存储网址的自动显示，设链网站较难对其进行更改，故在无相反证据的情况下，依据这一显示内

4.（2014）穗中法知民终字第778号判决书

容，本院合理认为涉案内容系存储于搜狐网站，而非上诉人网站。”[5]该在先司法判例已经生效，为有针对性的搜集证据提供了有益的借鉴。

2.举证需要先了解技术事实

在涉及互联网类的知识产权案件中，技术问题对于事实判断至关重要，在与技术人员沟通过程中，我们了解到该网站确实采取的是iframe技术这一较为通用的技术对其他网站进行了链接。尽管在在先判决中，采用iframe技术被认定为链接，但是被告的网站并未有任何标志显示被告采用的是iframe链接技术，况且被告的单方陈述被法院采信的可能性很低。这就需要至少在事后向法院详细提供技术原理的说明及证据，以便于法院能够充分了解技术层面的可行性。比如，可以充分利用“检查元素”工具进行验证，通过显示相应网页的数据代码，将引用数据来源直接可视化打开进行验证。

3.以其人之道还治其人之身，善于从原告取证证据中查找蛛丝马迹

既然要搜集被控侵权网页状态栏的显示内容，原告提交的取证证据相应的显示最为直接也最具有说服力。从原告提交的取证视频中浏览器状态栏寻找被链接网站的网址展示，以此来论证所有涉案作品均存储于被链接网站服务器而非被告将会是最为有利的证据。比如作品播放过程中，当鼠标滑过某些内容时，取证页面状态栏会短暂显示被链接网站的域名；再比如部分播放器弹出广告的来源也能侧面印证数据来源等。这些显然都属于在先判决中提及的判断涉案内容存储位置的初步证据。以原告证据的内容印证被告观点，能够起到“以其人之道还治其人之身”的举证效果。

4.基于“用户感知”标准提供有利证据也可以起到辅助作用

虽然目前阶段“服务器标准”是法院认定是否存在直接侵权行为的核心标准，但并不意味着基于“用户感知”标准的举证不具备任何意义。我们认为，基于“用户感知”标准提供有利证据也可以起到部分辅助证明作用。比如可以将播放页面被链接网站的图标展示界面、被链接网站界面与实际网站界面的对比情况等进行详细展示，描绘出用户使用作品的具体场景。其效果在于即使从网络用户角度来看，用户也会认为音乐内容的提供者是具体音乐播放器的运营平台，而并非搜索引擎服务提供者，被告只是提供了链接服务。

5.（2015）京知民终字第1174号

第四部分\
一些建议

个案中网络服务提供者提供的具体链接服务表现形式多样，较难通过一个案件对链接服务如何举证进行全面涵盖。但我们认为，在处理涉及信息网络传播权纠纷时，首先应以当前审判实务中的普遍观点，尤其是涉案法院能够接受的标准原则为立足点，在了解核心技术事实的基础上，进行针对性的证据组织。其次，从细节来讲，需要善于从原告证据中发现“亮点”，为己所用，并充分运用好互联网工具，做好勘验工作。如此以来，方能在此类案件中做到尽力满足司法实务中关于“链接服务”的证明标准，进而才能最终实现“以退为进”、“反败为胜”的目标。

赵刚
非权益合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5087 2893
zhaogang@zhonglun.com

实务视野中的《外商投资法》

作者：曾赞新、孙望清、黄怡欣、张潇予、潘玺茗

《外商投资法》立意高远，提纲挈领，旨在确立外商投资制度的基本原则，但由此也留下了一些待澄清、细化或完善之处，包括如何与三资企业法下现行制度衔接和转换等。我们相信相关立法和行政机关将陆续出台配套法规和规章，以细化《外商投资法》确定的主要法律制度，形成具体的操作规则。本文将结合笔者在既往外商投资法律业务方面的经验，梳理和分析《外商投资法》中一些待澄清、细化或完善的实务疑点。

第一部分\

几个基本概念

(一)外商投资

《外商投资法》第二条规定："本法所称外商投资，是指外国的自然人、企业或者其他组织（以下称"外国投资者"）直接或者间接在中国境内进行的投资活动"，并列举了四种投资活动情形。

我们认为，界定"外商投资"概念可从两方面入手：一是"外国投资者"的界定，即如何确定投资者是否为"外国投资者"，此点将在下文讨论；二是"投资"的定义，即通过概括投资的特征或者列举投资的表现形式来确定可以纳入其管理范围的投资活动或行为。就投资形式而言，《外商投资法》的规定基本涵盖了现行制度下外商投资的常见形式，包括新设商业实体、并购、投资新建项目和其他方式，但在实务中可能存在如下疑点：

(1)关于自然资源开发的对外合作。根据《对外合作开采陆上石油资源条例》和《对外合作开采海洋石油资源条例》，"外国企业"可以与中方石油公司合作进行陆上和海上石油资源的勘探、开发和生产。《外商投资法》规定的"投资新建项目"是否涵盖上述项目，尚待明确。

(2)关于间接投资。可能涉及两个方面，一是境外交易导致境内企业的实际控制权在境外间接向外国投资者转移的，是否视同外国投资者在中国境内投资的问题；二是外国投资者享有控制权的境内企业（即外商投资企业）在境内再投资的问题。目前关于外商投资企业境内再投资在《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》及《商务部关于涉及外商投资企业股权出资的暂行规定》等中有规定。根据该等规定，外商投资企业境内再投资的，仍受限于《外商投资产

业指导目录》(负面清单)的制约,不得投资于禁止类行业,投资限制类行业需要审批等。该等规定均为国务院部委发布的部门规章,随着《外商投资法》的颁布,关于外商间接投资的投资形式及上述法规具体适用情况,尚待调整和明确。

(3)关于协议控制架构。更为众人关注的是将如何对现实中数量众多的以协议控制架构形式存在的投资或权益安排进行界定。这一点我们将在本文第三部分进一步讨论。

(4)取得不动产权利。根据原建设部等部门的《关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》等规定,我国目前的做法是按照是否自用为标准对外国投资者投资境内房地产实行分类管理:境外机构和个人购买非自用房地产,应当申请设立外商投资企业;境外机构在华设立的分支、代表机构和在境内工作、学习时间超过一年的境外个人可以购买符合实际需要的自用、自住商品房,由土地和房地产主管部门办理相应的土地使用权及房屋产权登记手续;其他境外机构和个人不得购买商品房。对于设立实体取得不动产权利的,适用《外商投资法》之相关规定应无疑问,但是对于外国投资者通过其他形式取得中国境内的不动产权利的,是否纳入外商投资管理范围,包括是否适用国家安全审查、信息报告等规定,仍待明确。

从其他国家的立法情况来看,有些国家外资法所调整的投资范围较窄,例如《加拿大外资法》仅对新设或并购加拿大企业做出规定;有些国家外资法所调整的投资范围则很宽泛,例如美国(拥有或控制任何财产权益,或者拥有或控制的股票、证券或短期和长期债权)、日本(收购股权、绿地投资、提供中长期贷款、认购中长期债券等)、澳大利亚(收购股权、收购资产、收购城市土地、就董事职位安排达成协议、就控制权达成协议等)。从国际组织来看,OECD和UNCTAD都认为直接投资包括股本投资、利润再投资和投资者向被投资企业的贷款;而UNCTAD进一步认为,除股权形式的投资外,分包合同、管理合同、许可协议等也可能构成外国直接投资。而中国与各国签订的双边投资协议中对于"投资"通常也规定了较宽泛的定义。

因此,我们认为,作为新时期规范外商投资管理的基本法律,原则上应该把实践中存在的各种形式的外商投资活动和行为均纳入其管理范围。一方面,新设外商投资企业、并购境内企业、取得境内不动产权利、取得自然资源勘探开发等特许权等,均可纳入"投资"的范围;另一方面,控制权既可以通过持有股权取得,也可以通过协议或其他安排取得,因此,外商通过协议等非股权形式控制境内企业的安排,和可能导致境内企业的控制权发生变化的境外交易,均可作为外商投资活动的情形,将其纳入外商投资

活动范围进行管理，以确保我国对外商投资活动的更有效的管理。如果《外商投资法》将以上投资活动和行为均纳入外国“投资”范畴，则一方面可以促使这些投资活动适用《外商投资法》确立的统一管理制度，包括准入管理、信息报告、安全审查、投资保护等制度等，另一方面仍然可以就各投资形式的不同特点，给有关立法部门制定专门适用于某类投资的法规或规章留有空间。

（二）外国投资者

《外商投资法》第二条界定的外国投资者为“外国的自然人、企业或者其他组织”。相比2015年1月商务部向社会公开征求意见的《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》（“外国投资法征求意见稿”），虽然《外商投资法》将该法的名称从“外国”改为了“外商”，但是《外商投资法》仍采用“外国投资者”的概念，而非“外商”；而且，外国投资法征求意见稿中对于“外国投资者”的定义更为详细，即：“是指在中国境内投资的以下主体：（一）不具有中国国籍的自然人；（二）依据其他国家或者地区法律设立的企业；（三）其他国家或者地区政府及其所属部门或机构；（四）国际组织。”“受前款规定的主体控制的境内企业，视同外国投资者。”我们认为，《外商投资法》中关于“外国投资者”的定义在实务中可能存在如下疑点：

（1）如何认定一家企业或组织为外国企业或组织？是准据法标准、成立地标准还是实际经营地标准？如何认定自然人的国籍？包括具有中国国籍的自然人的国籍发生变化或者取得境外永久居留权，或者具有外国国籍的自然人取得中国永久居留权的情况下如何处理？

（2）视同外国投资者的境内实体。这一问题与上述对“间接投资”的界定相关。在三资企业法体系下，外商投资性公司、外商投资创业（股权）投资企业或以投资为主要业务的外商投资合伙企业视同为外国投资者；其他外商投资企业的境内投资则应当遵守外资产业政策，不得在禁止外商投资的领域投资，在限制类领域投资的则须经审批。《外商投资法》的配套规则是否会沿袭原有上述三资企业法体系下的规范，尚待观察。

（3）实际控制人为中国公民的境外企业的返程投资。外国投资法征求意见稿规定受中国投资者控制的外国投资者可申请将其视为中国投资者的投资，但《外商投资法》未做类似规定。鉴于这一问题在多数情况下源于协议控制架构的安排，与如何认定和处理协议控制架构密切相关，因此，有待于相关配套规则的细化。

（4）在三资企业法体系下，一般规定香港特

别行政区、澳门特别行政区和台湾地区的投资者参照适用。但《外商投资法》既未明确该法是否适用于香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区的投资者，也未提及参照或者比照适用。

从其他国家的立法情况来看，(1)关于“外国人”的定义，根据美国《投资调查法》，“外国人”是指居住在美国境外或者受美国以外的其他国家管辖的任何人。根据日本《外汇与外国贸易法》，除外国自然人和团体外，外国自然人或团体控制的本国团体也被视为外国投资者。德国《对外贸易与支付法》则通过定义“德国居民”反向定义“外国人”；“德国居民”包括：(i)在德国定居或长期居住的自然人，(ii)总部在德国的法人或合伙企业，(iii) 总部在德国的外国法人或合伙企业的分支机构，(iv)外国法人或合伙企业在德国境内的、受德国管辖的永久存在。与德国类似，印度《外商直接投资政策通知》也是通过定义“在印度境内居住的人士”反向定义“非居民实体/人士”；“在印度境内居住的人士”包括：(i)于上一财年在印度境内居住超过182天的人士，(ii)在印度注册设立的法人或实体，(iii)由境外居

住的人士所有或控制，但位于印度境内的办公室、分部、或机构，(iv)不在印度境内，但由印度公民拥有或控制的办公室、分部、或机构，(v)如果一个公司50%以上的股份由印度公民持有或者由印度公民最终控制的印度公司持有，则该公司被视为由印度公民拥有。(2)关于本国投资者控制的境外企业回本国投资是否属于外国投资，根据德国《对外贸易和支付法》，如果离岸公司的总部或者管理机构在德国境内，则属于德国“居民”，换言之不属于“外国人”。根据《加拿大投资法》，被加拿大公民、加拿大永久居民或者加拿大各级政府及其机构控制的实体（公司、企业、信托或联营）属于“加拿大人”，换言之，这些实体不属于“非加拿大人”。

我们认为，对于自然人，一般而言，自然人的国籍是认定外国投资者的基本标准；同时，可以研究是否借鉴美国、日本、德国、印度等国的做法，在某种程度上采用“居民”或“永久居民”概念。例如中国公民取得外国永久居留权的，是否及在何种条件下被视为外国投资者。对于企业或实体，则可以将企业设立地作为认定外国投资者的基本标准；对于境内实体在何种条件下被视同为外国投资者，则可以考虑借鉴日本、加拿大、澳大利亚等国的做法，以控制权为标准，将外国投资者享有控制权的外商投资企业在准入管理、安全审查、监督检查等方面也视为外国投资者。对于中国投资者控制的境外企业的返程投资（非协议控制），在三资企业法体系下被视为外国投资，而在新形势下则可以考虑逐案给予其相当于中国投资者的待遇，并视其境外实体中的外资成分情况考虑是否适用负面清单。

（三）中方股东

三资企业法体系下，中国国籍自然人成为外商投资企业股东的问题一直不甚明朗。《宪法》（2018年修正）第十八条规定，“外国的企业和其他经济组织或者个人可依照中国法律的规定在中国投资，同中国的企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作。”该条规定的中国投资者未包括自然人。《中外合资经营企业法》及《中外合作经营企业法》均规定合营的中方为中国的企业或其它经济组织，也未包括自然人。原对外贸易经济合作部等四部委发布的《关于加强外商投资企业审批、登记、外汇及税收管理有关问题的通知》（外经贸法发[2002]575号）也明确，暂不允许境内中国自然人以新设或收购方式与外国的公司、企业、其他经济组织或个人成立外商投资企业。但上述规定在诸多方面已被突破，首先对于外资并购项目，10号文规定，被股权并购境内公司的中国自然人股东，经批准，可继续作为变更后所设外商投资企业的中

方投资者；其次，一些地方出台的规章已允许中国国籍自然人与外国投资者合资设立企业；再者，对于外商投资股份公司，在资本市场广为人知的案例是浙江向日葵光能科技股份有限公司首发过程中所披露的关于其历史上对中国国籍自然人增发股份事项，2009年7月商务部办公厅出具的回函中表明："现行外商投资企业法律法规和规章对已设立的外商投资股份公司向境内自然人定向增发股份无禁止性规定"；最后，《外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业管理办法》（国务院令2009年第567号）允许中国的自然人与外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业。

外国投资法征求意见稿规定了"中国投资者"指具有中国国籍的自然人、中国政府及其所属部门或机构，以及受前两项主体控制的境内企业。《外商投资法》则对"中国投资者"没有定义。外国投资法征求意见稿和《外商投资法》均未明确中国国籍自然人是否可以直接作为外商投资企业的股东。考虑到外商投资企业已统一适用《公司法》，而《公司法》允许自然人股东，以及实践中对于此问题的突破，继续限制中国国籍自然人直接作为外商投资企业的股东似已无必要。这一问题尚待《外商投资法》配套规则的澄清。

第二部分\

外商投资企业的外汇管理

《外商投资法》第二十一条规定，"外国投资者在中国境内的出资、利润、资本收益、资产处置所得、知识产权许可使用费、依法获得的补偿或者赔偿、清算所得等，可以依法以人民币或者外汇自由汇入、汇出。"

上述规定明确了可以"依法"以人民币或者外汇"自由"汇入或者汇出。一方面，我们理解，《外商投资法》仅规定与外商投资相关外汇事项的基本原则，具体外汇管理仍须依据相关的外汇管理法律法规执行，所以，"依法"应该包括该等外汇管理的法规、规章和规范性文件等；另一方面，突出了"自由"汇入或者汇出，这是现有外汇管理制度中很少出现的，目前外商投资企业的外汇管理的主要制度，包括资本项下的外汇资本金入境的意愿结汇制和支付结汇制、汇出时的真实性审核等等，强调"自由"汇入或者汇出，是否意味着在《外商投资法》实施后将对现有外汇管理制度有所突破呢？对此我们拭目以待。

第三部分\

外商投资信息报告制度

如上文所述，自2016年10月商务部备案办法出台后，对于负面清单之外的外商投资项目执行备案制，外国投资者提交商务部备案办法规定的信息和资料在商务部的外商投资综合管理应用平台进行备案。《外商投资法》规定，外国投资者或者外商投资企业应当通过企业登记系统以及企业信用信息公示系统向商务主管部门报送投资信息；同时规定了信息报告的内容和范围的原则，即按照确有必要的原则提供，通过部门信息共享能够获得的投资信息，不得再行要求报送。

《外商投资法》的配套规则需明确该法所指的“企业登记系统以及企业信用信息公示系统”是指原商务部的外商投资综合管理应用平台，还是市场监管机关的企业登记系统和企业信用信息公示系统。另外，也需对信息报告的具体内容和范围进行明确的界定。

第四部分\
外资并购

外资并购主要通过10号文进行规范。在实行外商投资一般备案制加负面清单审批制之后，10号文的诸多条款内容已不再适用，但由于10号文尚未被正式修订或废止，实务中对于10号文在备案制时代如何适用一直是模糊的。由于10号文是在三资企业法时代颁布的部门规章，在《外商投资法》施行、三资企业法废止后，10号文包含的对于外资并购的规范如何体现于《外商投资法》的配套规则，尚待观察。这其中引人关注的，一是关联并购的审批问题。最新的2018年版负面清单仍规定境内公司、企业或自然人以其在境外合法设立或控制的公司并购与其有关联关系的境内公司，涉及外商投资项目和企业设立及变更事项的，按照现行规定办理，这意味着在10号文仍未废止的情况下关联并购继续执行审批制。二是跨境换股问题。10号文规

定了境外公司是上市公司或特殊目的公司与境内公司之间的换股（虽然该规范并未实际得以执行），《外商投资法》对于跨境换股没有规定，那么，在其配套规则中，对于10号文项下的换股及境外公司的非上市公司或非特殊目的公司与境内公司之间的换股，这些将做如何安排，尚待明确。

第五部分\
协议控制

2015年的《外国投资法征求意见稿》中列举的“外国投资”形式包括“通过合同、信托等方式控制境内企业或者持有境内企业权益”，同时期的商务部《关于〈中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）〉的说明》中也提出了对于属于在禁止或限制外国投资的领域的协议控制安排如何处理的几种理论界和实务界的观点：向主管部门申报其受中国投资者实际控制的，可继续保留协议控制结构，相关主体可继续开展经营活动；向主管部门申请认定其受中国投资者实际控制，在主管部门认定其受中国投资者实际控制后，可继续保留协议控制结构，相关主体可继续开展经营活动；向主管部门申请准入许可，主管部门会同有关部门综合考虑外国投资企业的实际控制人等因素做出决定。

目前，国务院办公厅《关于印发〈自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法〉的通知》、信息产业部《关于加强外商投资经营增值电信业务管理的通知》、新闻出版总署、国家版权局、全国“扫黄打非”工作小组办公室《关于贯彻落实国务院〈“三定”规定〉和中央编办有关解释，进一步加强网络游戏前置审批和进口网络游戏审批管理的通知》等文件，分别从不同方面提及了协议控制问题，包括：国家安全审查涉及的外国者投资包括外国投资者通过协议控制、代持、信托、再投资、境外交易、租赁、认购可转换债券等方式投资，外国投资者不得以协议控制等任何方式实质规避并购安全审查；境内电信公司不得以任何形式向外国投资者变相租借、转让、倒卖电信业务经营许可；禁止外商以独资、合资、合作等方式在中国境内投资从事网络游戏运营服务，也不得通过签订相关协议或提供技术支持等间接方式实际控制和参与境内企业的网络游戏运营业务等。当然，这些文件从立法的角度来看层级相对较低。

《外商投资法》舍弃了征求意见稿中关于“协议控制”的规定，而是在定义“外国投资”行为时以兜底式的形式规定“外国投资”包括“法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资”，这可能给“协议控制”留有想象空间和余地。国际上认可“外国投资”的范围包括协议控

制形式的情况也居多，笔者认为，针对中国现状，可以分情况对待“协议控制”问题。对于“协议控制”的实际控制人是境外主体的，应当认定为外商投资；而对于“协议控制”的实际控制人为境内主体的，可以不认定为外商投资。我们期待国务院会根据《外商投资法》的授权对以协议控制形式存在的投资或权益安排是否纳入外商投资的管理范围有个比较明确的结论。

第六部分\
金融领域的外商投资管理

金融行业的对外开放是国际社会对于中国市场准入开放的重要关注点之一。随着中国近几年对外商投资监管的逐步放松，虽然金融行业还在负面清单之内，但是对外资的限制也已大幅取消。例如，取消了对中资银行的外资股东单一持股不超过20%、合计持股不超过25%的限制，2018年版负面清单已将银行业移除，这意味着银行业的外资比例限制全面取消；将证券公司、人寿保险公司、证券投资基金管理公司（一般理解为公募基金）和期货公司的外资比例放宽到51%，且明确在2021年取消该比例限制。《外商投资法》就外商投资金融行业的监管只做了原则规定，其第四十一条规定，“对外国投资者在中国境内投资银行业、证券业、保险业等金融行业，或者在证券市场、外汇市场等金融市场进行投资的管理，国家另有规定的，依照其规定”。由于金融行业的特殊性，可以预见相关监管部门仍会通过行业立法就投资者的资格要求、公司治理和监管措施等方面制定相应的规定。例如，根据2018年颁布的关于外商投资银行和保险公司的相关管理条例的征求意见稿，外商投资中资银行和寿险公司，除了外商的主要投资者本身需要遵循主业原则外，还需要满足相关审慎性原则。以外商投资寿险公司为例，外商总计持股不得超过51%，外资主要股东需要是外国保险公司，非外国保险公司投资的，如果依据《保险公司股权管理办法》的规定，应视为财务类投资人，其投资比例分别受限于不超过5%和15%。

第七部分\
外商投资性企业

外商投资性企业是外商投资领域的一类特殊企业形式，指以股权投资或投资管理为主要业务的外商投资企业。实务中，主要包括外商投资性公司、外商投资创业投资企业和外商投资股权投资企业。根据现行的《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》，投资类外商投资企业（包括投资性公司、创业投资企业）视同外国

投资者，意味着此两类企业在境内进行再投资时将受限于与外国投资者一样的规范。外商投资性企业的优势之一是，在资本金结汇方面，允许其在对境内其他企业再投资的实际投资规模内将外汇资金本直接结汇支付给被投资企业。

在三资企业法体系下，外商投资性公司由商务部《关于外商投资举办投资性公司的规定》进行规范。该规定最早于1995年发布，并历经修订，最近一次是2015年10月28日经商务部修订的版本。根据2015年最新修订的规定，设立外商投资性公司应经省级以上商务部门审核同意后报商务部批准。而随着2016年商务部备案办法以及外商投资准入特别管理措施（负面清单）的出台，设立外商投资性公司不属于实施准入特别管理措施范围内的企业，因此，理论上无需再经商务部门批准。而在实务中根据我们与相关监管机关的沟通，一方面，鉴于近段时间以来中国对于从事投资或投资管理业务的企业的限制（该等限制普通适用于所有企业，并非专门针对外商投资企业），在该等限制被整体放松之前，在一些地方设立外商投资性公司将很困难；另一方面，一些地方还是在参照《关于外商投资举办投资性公司的规定》的条件对设立外商投资性公司的申请进行审核。《外商投资法》施行后，如何管理外商投资性公司也尚待配套规则进行明确。

在私募证券及股权投资领域，随着中国资本市场的发展，越来越多有实力的境外资产管理机构希望通过募集境外投资者的资金进入中国进行证券或股权投资。实务中，主要有两种形式，即外商投资创业投资企业和外商投资股权投资企业。实务中，外商投资创业投资企业并不常见。对于外商投资股权投资企业，则是通过合格境外有限合伙人（QFLP）制度，即外商投资股权投资企业的试点来实施。目前，这一制度并没有全国统一的规范文件，而是自2010年起在上海、北京、天津、重庆、深圳、青岛、贵州（贵阳）、福建（平潭）、珠海等试点地区实施各自出台的政策。按照各地的规定，一般都要求经当地外商投资股权投资企业试点工作领导小组或金融管理部门认可后，可由境外企业或个人参与投资设立外商投资股权投资管理企业（即基金管理人），该企业可设立私募股权投资基金以非公开方式向境内外投资者募集资金。该等股权投资管理企业及所设基金亦应根据规定在中国证券投资基金业协会（“中基协”）办理私募基金管理人登记和私募基金备案手续。中基协于2016年6月发布的《私募基金登记备案相关问题解答（十）》明确了外商独资、合资私募证券基金管理机构进行私募证券基金管理人登记的流程及应当遵循的条件。《外商投资法》的实施对上述外商投资股权投资管理企业及其设立管理的股权投资企业的管理制度的影响尚待观察，同时，现

行QFLP制度中对于包含外资成分的外商投资股权投资企业在境内投资时是否被视为外国投资者的问题也待进一步明确。

第八部分\

外商投资行为适用中国法律问题

在三资企业法体系下，相关法律规定了三资企业的法律适用。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十一条对有涉外因素合同的法律适用规定如下："当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。"但是，该法第四条同时规定："中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。"《中华人民共和国合同法》第一百二十六条规定："涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。"

在《外商投资法》施行后，由于三资企业法被废止，中外合资经营企业合同和中外合作经

营企业合同作为三资企业法下的法律概念将不复存在，因此，《合同法》第一百二十六条中关于中外合资经营企业合同和中外合作经营企业合同法律适用的规定将不再适用，然而，《合同法》第一百二十六条中关于中外合作勘探开发自然资源合同适用中国法律的规定是否继续有效呢?而且，虽然《外商投资法》项下没有了中外合资经营企业，但是仍有中方和外方作为股东的有限责任公司，那么这类有限责任公司的股东协议是否仍根据《合同法》第一百二十六条的规定要求适用中国法律?我们认为，由于商事主体股东或成员之间关于各自之间权利义务安排的协议与商事主体所在地法律的规定密切相关，而在中国注册成立的公司之章程均适用中国法律，所以，在目前中国引进外资的法律环境和中国商业环境下，保留对中方和外方作为股东的

有限责任公司的股东协议适用中国法律的规定仍有必要，否则，中方和外方股东很有可能通过在股东协议中做出与公司章程不一致的规定，并将股东协议约定适用境外法律的方式，达到规避公司章程适用中国法律的实际效果。

第九部分\
过渡期安排

《外商投资法》对现有外商投资企业的调整给与了五年过渡期的安排，即外商投资企业自《外商投资法》生效起五年内可以继续保留原企业组织形式，并在该五年过渡期内完成变更组织机构和组织形式等，以符合《公司法》等法律要求。

《外商投资法》的这一规定非常必要，但是可能带来一些新的问题。其一，可能带来一轮中外合资方之间就公司决策和治理机制方面的重新谈判甚至争议；其二，《外商投资法》颁布到生效期间（即在2020年1月1日之前），新设外商投资企业是否继续适用三资企业法？若是，则意味着《外商投资法》生效后，在上述期间内按照三资企业法新设的外商投资企业需立刻（在过渡期内）面临整改，在具体操作层面，可能意味着合资各方将需协商确定两套机制，一套匹配原三资企业法，一套匹配《公司法》，这将对此期间的外商投资产生抑制效应；其三，在过渡期内，虽然《外商投资法》允许现有外商投资企业继续保留原企业组织形式，而实际上三资企业法已废止，因此，如果发生争议，是“参照”适用新的《外商投资法》，还是允许仍然适用已废止的三资企业法？即对于尚未变更原企业组织形式的存量外商投资企业，将可能形成原三资企业法在过渡期内实质上继续有效的局面。我们理解，上述问题有必要在《外商投资法》2020年1月1日施行之前予以明确。

结 语

作为外商投资领域的基本法，《外商投资法》将在未来对中国的外资管理乃至经济生活的很多方面产生深远的影响。《外商投资法》确定和宣示了更加开放、透明、平等和公平的法律基本原则，彰显了新时期中国对进一步扩大对外开放、促进投资自由化和便利化的决心。我们期待，《外商投资法》及其配套法规和文件的陆续颁布和实施将揭开中国参与经济全球化的新篇章。

曾赞新
合伙人
公司二部
北京办公室
+86 10 5957 2058
richardzeng@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。