

NEWSLETTER 中 伦 e 简 报 深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

新监管风暴下, 上市公司如何
面对信息披露违法调查 001 /

如何利用基础设施
REITs实现资产上市? 010 /

网络安全审查制度要点解读 019 /

大象再起舞:
资金信托新规的严与宽 027 /

著作权法修正案草案速评 035 /

新監管風暴下，上市公司如何 面對信息披露違法調查

作者：張保生、周偉、郭曉英



今年3月1日,新《证券法》实施。4月9日和15日,国务院金融委连续两次会议强调,坚决打击资本市场财务造假和欺诈行为,加强投资者保护。证监会表示,要重拳打击上市公司财务造假等恶性违法行为。近期十几家上市公司因涉嫌信息披露违法被立案调查、行政处罚事先告知或行政处罚,新一轮的监管风暴已经来临!在此背景下,上市公司因涉嫌信息披露违法被立案调查或行政处罚,应当如何正确面对?本文将结合我们的实务经验,谈谈我们的看法和建议,供上市公司及相关方参考。

第一部分\

对上市公司面对监管调查的总体建议

1. 风险巨大, 高度重视, 积极面对

新《证券法》下信息披露违法的法律责任和风险大大加重,面对监管调查,上市公司应该高度重视,积极应对,而不能漠然视之,听之任之。

•**高额罚款的行政责任:**新《证券法》下,对上市公司信息披露违法的行政罚款最高可达1000万元,对个人最高可达500万元。

•**巨额赔付的民事责任:**新《证券法》新增“默示加入、明示退出”的证券集团诉讼制度,大大加重上市公司的民事赔偿风险,上市公司遭到数千股民诉讼数亿元索赔将不再是个案。

•**严峻冷酷的刑事责任:**上市公司信息披露违法,情节严重的可能构成犯罪,涉及违规披露、不披露重要信息罪(最高可处三年有期徒

刑),欺诈发行股票、债券罪(最高可处五年有期徒刑),背信损害上市公司利益罪(最高可处七年有期徒刑)。

•**市场禁入、计入诚信档案等行政监管措施:**上市公司信息披露违法可能被监管机构行政监管措施,后续可能再被立案调查、行政处罚。

•**通报批评、公开谴责等纪律处分和自律监管措施:**上市公司信息披露违规可能被证券交易所采取纪律处分和自律监管措施,后续可能被立案调查、行政处罚。

2. 专业问题专业应对, 找到有证券合规经验的律师是第一要务

信息披露规则复杂,针对其进行的违法认定也极具专业性和实务性,面对监管调查,建议上市公司第一时间找到并委托具有证券合规丰富经验的专业律师,听取律师的意见和建议,并在其协助下依法应对调查。

3. 查清事实, 分析责任, 预测后果

对于可能涉嫌违法的问题, 上市公司也未必清楚。因此, 上市公司应该在专业律师的帮助下, 尽快自查, 查清涉嫌违法的事实, 对其进行法律分析和判断, 预测其可能导致的法律责任、法律风险和后果, 以便有针对性地依法积极自救。

4. 区别不同案情和不同程序, 实事求是地确定合法合理的目标和策略, 依法自救与维权

在搞清事实、准确定性、预判后果的基础上, 上市公司要根据案情的不同, 基于案件当前所处的程序和阶段, 尽快确定合法合理地应对目标和策略, 在此指导下积极开展后续自救工作。总体原则是, 实事求是, 合法合规, 依法承担相应的法律责任, 但在被误判/误罚的情况下要依法自救、依法维权。

根据监管执法实践中的做法和我们协助客户处理信息披露违法案件的实务经验, 上市公司涉嫌信息披露违法被立案调查、行政处罚的

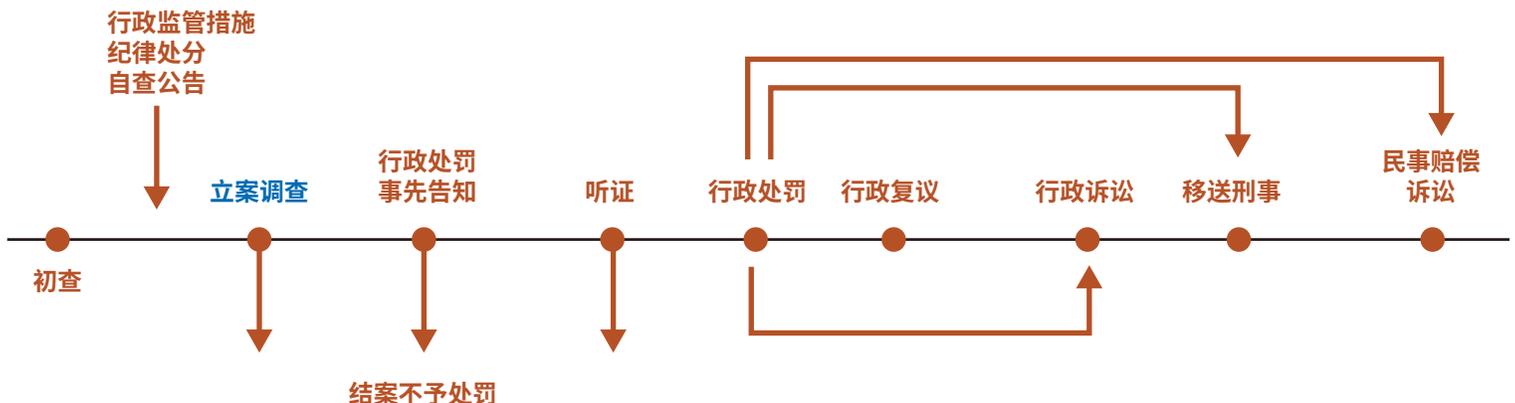
一般性流程如下:

5. 积极配合监管调查, 不应妨碍、阻碍, 更不应对抗执法

对拒绝、阻碍证券监管执法的行为, 原《证券法》规定由公安机关给予治安管理处罚, 新《证券法》则正式赋予证券监管机构对拒绝、阻碍证券监管执法行为的行政处罚权, 降低了执法成本, 有利于增强证券监管执法的震慑力和提高证券监管执法的效率。

6. 面对监管调查和处罚, 坚持实事求是和法治原则

面对监管调查和处罚, 上市公司应该坚持实事求是、坚守法治原则, 有错认错, 有冤申冤, 既不应该不顾事实地一概认错认罚, 也不应罔顾违法事实而死缠烂打。对存在错误的, 积极认错纠错, 争取减轻负面影响和从轻处理; 对事实不清、性质不明的, 积极协助监管机构搞清事



实、准确性;对存在疑问的事项,积极做合理解释;对可能被冤枉的事项或量罚过重的,积极申辩、举证,必要时申请行政听证、行政复议和提起行政诉讼。

第二部分\ 对案件处于不同法律程序和阶段的具体建议

证券监管机构对上市公司涉嫌信息披露违法行为的调查和处理,既重实体也重程序。法律程序复杂,根据个案的不同,可能经历不同的阶段,进入不同的法律程序。而在各个阶段、各个法律程序,执法机构的工作重点不同,当事人享有的权利也有所不同。因此,上市公司应该基于当前案件所处的法律程序和阶段,有针对性地依法区别应对。

1、自查阶段:如果上市公司尚未被初查和立案调查,而是经自查发现存在信息披露违法行为,建议主动纠正,积极采取补救和整改措施,减小负面影响,争取从轻处理。

•上市公司自认存在信息披露违法,下一步将很可能受到来自证券交易所的自律监管措施或纪律处分,还可能面临证券监管机构的立案调查、行政监管措施,甚至行政处罚,情节严重构成犯罪的,将在被行政处罚后被移送公安机

关追究刑事责任。

•上市公司自认信息披露违法,一般会引发投资者提起证券虚假陈述民事索赔诉讼。

•上市公司针对后续可能面临的监管调查、监管措施、纪律处分、行政处罚、民事索赔,甚至刑事追责,要在专业律师的帮助下提前做好全面应对预案。

2、初查阶段:如果当前处于证券监管机构的初查程序,上市公司应高度重视,积极配合,对被问询、怀疑的问题作出合理解释,争取避免被正式立案调查。

•证券监管机构往往是通过现场检查、日常检查、初步调查、问询函、关注函等方式,对证券违法违规线索进行初步调查取证。

•上市公司应对初查的常见误区是:不够重视;未全面核实事实;对法律性质判断有误;对涉嫌违法事项或怀疑事项未能做出合理解释;贸然发表意见;未聘请证券合规经验丰富的律师;轻信能够通过协调解决。

•在初查阶段,上市公司如果不够重视,应对不当,导致监管机构未能全面了解事实或打消监管机构的怀疑,上市公司将被正式立案调查。

•上市公司应该在专业律师的帮助下,积极配合监管机构初查,核查涉嫌违法或被怀疑的事项,对涉嫌事项做出合理解释,打消监管机构的怀疑。

•根据我们的实务经验,在初查阶段,如果上市公司高度重视,在专业律师的协助下积极应对、合理解释,则很多案件有机会不被正式立案调查。

3、立案调查阶段:如果上市公司已经被立案调查,务必高度重视,在专业律师的协助下查清事实、分析定性、预测后果。如果涉嫌违法事项事实清楚、证据充分,则应诚恳地承认错误、积极整改,争取从轻处理。如果认为涉嫌违法的事项事实不清、证据不足、定性有误,则应合理解释、举证和申辩,不等不靠,积极自救,争取被撤案处理,不被下发行政处罚事先告知书。

•如果被监管机构下发《调查通知书》正式立案调查,说明监管机构已经掌握上市公司可能涉嫌信息披露违法的初步证据。

•上市公司被立案调查,并非一定构成信息披露违法,也并非必然会被行政处罚。如果应对得当,合理解释,积极举证和申辩,有可能最终不被下发行政处罚事先告知书,而被撤案处理。

•上市公司在被立案调查后,最核心的是依托律师的帮助尽快搞清涉嫌违法的事实,分析定性、预测后果,在此基础上有针对性地确定合理合法的目标和应对策略。

•在立案调查程序中,虽然没有法定的陈述、申辩和听证程序,但为查明事实、准确定性,监管机构会充分保障上市公司的陈述、解释、申

辩、举证的权利。

•依法合理解释、举证和申辩,并不是对抗监管、阻碍调查,反而有利于监管机构查清事实和准确性,既是自救维权行为,也是遵守法治原则的体现。

•面对询问调查,应该态度诚恳,尊重调查人员,不对抗。但是,对于不清楚不了解的事实也不应编造或随意进行分析定性,在被询问结束后,应认真核实记录内容是否属实再签字确认。

•根据我们的实务经验,有些案件在监管机构正式立案调查后,上市公司通过积极有效的解释、举证和申辩,监管机构最终未下发行政处罚事先告知书,而是予以撤案处理。

4、行政处罚事先告知阶段:上市公司在收到行政处罚事先告知书后,应委托专业律师进行分析判断,如果事实清楚、证据充分、罚当其过,应接受行政处罚事先告知书;如果认为事实不清、证据不足、定责不当,则应积极申辩、申请听证,争取不被行政处罚或减轻行政处罚。

•上市公司在收到行政处罚事先告知书后,如果不申辩、不申请听证,证券监管机构将很快根据《行政处罚事先告知书》的认定进行处罚。

•如果上市公司选择申辩,而不申请听证,应在收到行政处罚事先告知书三日内提交书面陈述和申辩意见。但由于时间极为紧迫,一般难以在三日内提交足以改变证券监管机构决定的陈



述和申辯意見。

- 如果上市公司申請聽證，不但可以委託律師參與整個聽證程序，查閱全部稽查卷宗材料，了解監管機構掌握的證據，而且可以贏得較為充裕的時間準備證據、梳理申辯思路，更為關鍵的是，可以當面向案件審理人員舉證和發表意見。

- 根據我們的實踐經驗，中國證監會經過多年監管實踐，已建立了非常專業、完善的聽證程序，通常會由3-7名行政處罰委委員組成聽證會，全面審查稽查人員和當事人提交的證據，通過陳述與申辯、舉證質證、發問、提問、辯論等一系

列程序，充分聽取當事人對案件事實和法律問題的意見，並根據聽證情況作出最終處理意見。

- 因信息披露違法問題的專業性非常強，既涉及實體問題，又涉及程序問題，無論是提交陳述和申辯意見，還是代理參加聽證程序，上市公司及時找到合適的富有應對證券違法調查和處罰經驗的專業律師，都顯得尤為重要。

- 根據我們的實務經驗，很多案件經過上市公司委託專業律師積極參加舉證、申辯和聽證，減輕了處罰，也有些案件最終作結案處理而未予處罰。

5、行政處罰決定階段：如果監管機構已經

作出行政处罚决定，上市公司应综合考虑是否申请行政复议、行政诉讼。同时，应当立即委托有证券诉讼经验的律师着手应对投资者即将提起的证券虚假陈述民事赔偿诉讼。

- 上市公司被行政处罚后，如果不服，可以行政复议和行政诉讼，也可以在行政复议做出后再提起行政诉讼。

- 根据证券执法实践的情况，有些案件被行政处罚后，通过行政复议、行政诉讼程序最终撤销了行政处罚决定，但难度很大。

- 上市公司因信息披露违法被行政处罚后，如果情节严重涉嫌构成犯罪的，相关责任人员可能被移送公安机关追究刑事责任。

- 上市公司被行政处罚后，应分析研究行政处罚决定事实是否清楚、证据是否充分、是否过罚相当，并综合考量行政处罚决定后的后果，再决定是否提出行政复议和行政诉讼。

- 上市公司一旦因信息披露违法被行政处罚，必将引发大批投资者提起虚假陈述民事赔偿诉讼，应对不当可能导致巨额赔付。上市公司应高度重视，尽早委托具有丰富证券虚假陈述诉讼经验的律师积极应对。

6、行政监管措施阶段：对于证券监管机构给予的行政监管措施告知书，上市公司也应该高度重视，如果不服也应该积极自救和维权，依法陈述和申辩，必要时提出行政复议或行政诉

讼。在有些案件中，行政监管措施往往是行政处罚的前奏。上市公司在被采取行政监管措施后，又被立案调查、行政处罚的比比皆是。

- 上市公司涉嫌信息披露违法，如果事实特别清楚，证券监管机构可能直接给予上市公司行政监管措施。因为采取行政监管措施可以不经过正式的立案调查阶段。

- 对于监管机构给予的行政监管措施事先告知书和行政监管措施决定书，上市公司往往不够重视，认为这不是行政处罚决定。但这往往是立案调查、行政处罚的前奏。

- 对于监管机构下发的行政监管措施事先告知书，如果上市公司不服，应该积极陈述、申辩和举证，否则将很快被给予行政监管措施决定书。

- 对于监管机构下发的行政监管措施决定书，如果上市公司不服，可以依法提出行政复议或行政诉讼。

- 上市公司应该认识到，上市公司一旦被行政监管措施决定书认定构成信息披露违法，也会引发大批投资者对上市公司提起证券虚假陈述民事赔偿诉讼。对此，上市公司应高度重视。

7、证券交易所纪律处分和自律监管措施阶段：对于证券交易所的纪律处分和自律监管措施，上市公司也应充分重视，积极应对。如果不服，也应依法申辩，对依法可以申请听证的，申请听证，避免引起证券监管机构的立案调查和

行政处罚。

•对于证券交易所的现场检查、谈话、问询函、关注函、调阅资料等日常检查和监管,上市公司应充分重视,积极应对。特别是对问询函、关注函的回复,应在查清事实的基础上,审慎回复,避免回复内容被认定虚假陈述。

•证券交易所如拟采取纪律处分,会出具纪律处分事先告知书,上市公司可以依法陈述和申辩。对于公开谴责以上程度的纪律处分,上市公司有权申请听证。上市公司应根据具体案件事实和法律性质,有的放矢,在专业律师协助下,依法申辩、听证,争取被不予处分或减轻处分。

•如果交易所最终作出纪律处分或自律监管措施,对于可以申请复核的,建议公司在专业的法律分析、寻求合理的抗辩点和突破点的基础上,于规定期限内申请复核。

•上市公司应当认识到,证券交易所作出纪律处分或自律监管措施后,可能引发证券监管机构的立案调查、行政处罚。因此,对证券交易所监管的应对要避免盲目自信、过于轻视,切实防范法律风险。

8、刑事追诉阶段:上市公司因信息披露违法被行政处罚后,如果违法情节已经达到入刑标准,很可能被移送公安机关追究刑事责任,相关责任人应做好被移送刑事的应对准备,及早聘请有处理证券犯罪经验的律师提供法律帮助。

•证券监管机构在对上市公司及相关责任人作出行政处罚决定后,如果决定移送公安机关追究刑事责任,不会通知上市公司和相关责任人员。

•证券犯罪是非常专业、实务性非常强的法律问题,当事人遇到类似问题,要寻求有处理证券犯罪经验的专业律师的帮助。

9、证券虚假陈述诉讼民事赔偿诉讼阶段:

对于因信息披露违法被行政处罚后引发的证券虚假陈述民事赔偿诉讼,上市公司必须高度重视,及早聘请有丰富证券诉讼经验的律师积极应对。

•新《证券法》引入“默示加入、明示退出”的集团诉讼制度,上市公司证券虚假陈述可能承担的民事赔偿责任大大加重,如果应对不好,可能导致上市公司天价赔付,甚至导致上市公司走向破产。

•如果上市公司赔付能力有限,投资者在起诉时可能将一并被处罚的相关责任人列为共同被告,要求其对上市公司的赔偿责任承担连带责任。

•证券虚假陈述民事赔偿诉讼具有争议焦点众多、法律专业性极强、法律及司法解释规定不甚明确、各地法院裁判标准不统一的特点,上市公司应该尽早聘请专业律师积极应对。

•上市公司究竟应当承担多少赔偿责任,这

主要取决于投资者的损失金额、投资者的损失与虚假陈述之间是否存在因果关系、以及存在多大的因果关系。这涉及到证券虚假陈述是否具备重大性、“三日一价”的认定、是否存在系统风险因素、是否存在非系统风险因素、如何衡量系统风险因素和非系统风险因素对投资者损失的影响比例等一系列专业问题。

• 证券虚假陈述民事赔偿责任的举证责任，实行举证责任倒置原则。在上市公司因信息披露违法被行政处罚的情况下，如果上市公司不能举证证明投资者的损失是由于系统风险和非系统风险等其他因素所致，则上市公司将承担赔偿责任。因此，在这类案件中，上市公司举证责任重大。

• 我们曾经代理几十家上市公司成功应对大批投资者提起的证券虚假陈述民事赔偿诉讼，其中，有不少案件成功实现上市公司零赔付，剩余绝大多数案件也都大幅度降低了上市公司的赔付比例和赔付金额。从我们的经验看，如果上市公司委托有经验的专业律师依法妥善应对，有实现大幅缩减赔偿金额甚至零赔付之可能。

上述建议仅仅是针对上市公司面对信息披露违法调查时的一般性的应对建议。由于信息披露违法违规案件非常专业和复杂，实务性强，个案之间差异很大，具体如何应对，应因案而异，因时而异，区别对待。上市公司在遇到具体法律问题时应咨询专业律师的具体意见。 ☞



张保生
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5780 8368
zhangbaosheng@zhonglun.com



周伟
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2287
zhouwei@zhonglun.com

如何利用基础设施 REITs实现资产上市?

作者：马会军、贾勇、周洁娴、吕天放



“资产上市(IPO)”是对不动产投资信托基金(REITs)的形象比喻。在美国、日本、新加坡等地, REITs已在其资本市场中占有重要地位。证监会与国家发展改革委于2020年4月30日发布《关于推进基础设施领域不动产投资信托基金(REITs)试点相关工作的通知》(以下简称“《通知》”),证监会于同日公布《公开募集基础设施证券投资基金指引(试行)(征求意见稿)》(以下简称“《指引》”),拉开了我国在基础设施领域试点公募REITs产品的帷幕。欢欣鼓舞者众,纷纷感慨“中国版REITs的春天终于到了”。

作为基础设施项目的所有人(以下简称“原始权益人”),如何利用REITs试点的政策东风实现资产上市?本文通过梳理《通知》和《指引》的相关规定,站在原始权益人的角度,针对发行REITs可能会涉及的条件、流程、成本费用等问题予以讨论。

第一部分\

什么是基础设施REITs?

(1) REITs的基本概念

REITs是英文Real Estate Investment Trusts的简写,中文译为房地产投资信托基金。REITs是一种信托基金,通过发行收益凭证的方式汇集特定多数投资者的资金,交由专门投资机构进行不动产投资经营管理,并将投资收益按比例分配给投资者。

REITs可以将流动性较低、非证券形态的不动产投资,转化为资本市场上的证券资产予以交易,本质上是将成熟不动产在资本市场进行证券化,具有流动性较高、收益相对稳定、安全性较强等特点。

REITs于1960年发源于美国,据不完全统计,目前全球REITs项目市值已达约2万亿美元。

中国截至目前尚未推出真正意义上的公募REITs产品,市场一般预测未来中国公募REITs市场将会是万亿规模级别的投资蓝海。

(2) 《通知》和《指引》开启中国版REITs

《通知》由证监会和国家发改委联合发布,明确了基础设施REITs试点的基本原则、试点项目要求和试点工作安排,是启动基础设施REITs试点的政策依据。

《指引》是在《通知》出台背景下由证监会制定的操作规范,目前仍在征求意见,尚未正式生效。《指引》主要规范了产品定义、参与主体资质与职责、产品注册、基金份额发售、投资运作、项目管理、信息披露、监管管理等内容,是基础设施REITs的具体操作细则。

《通知》和《指引》的出台,标志着境内基础设施领域公募REITs试点正式起步,填补了我国

REITs产品的空白。

第二部分\

原始权益人为什么要发行基础设施REITs?

尽管基础设施REITs试点政策对底层资产要求高、发行程序较为繁琐,一定程度上影响原始权益人发行基础设施REITs的积极性,但发行基础设施REITs仍对原始权益人不乏吸引力,原始权益人发行基础设施REITs的动力主要来自如下方面:

(1) 盘活存量资产,提升运营效率

我国基建投资正经历从增量向存量的切换,在基建扩张过程中,市场上已沉淀了不少优质的存量资产,基础设施REITs有助于通过盘活存量资产,改善基建企业的现金流和资产负债率,提高资产周转率,提升资金使用效率。

特别是对于特许经营权类资产,由于该类资产转让需要经过主管部门审批同意等原因,流动性相对较低。基础设施REITs允许原始权益人以其享有的特许经营权的基础设施项目作为底层资产装入基础设施REITs公开发行并取得流动性资金收益,有利于盘活特许经营权类资产,提高流动性。

(2) 开拓融资渠道,促进升级转型

根据我们的实务经验,目前基础设施项目的融资方式主要包括银行贷款、专项政府债券、PPP以及ABS、类REITs等融资模式。与前述各类融资方式相比,基础设施REITs模式是一种纯粹的权益性融资工具,可以公开募集资金,并实现出表,有效降低企业杠杆、负债率等指标,从而腾挪出更多资源用于实施补短板项目建设,促进企业形成“投-建-退-投”的良性循环,使企业逐步向轻资产型企业转型,并实现产业升级转型。

(3) 拓宽投退路径,吸引社会资本

首先,现有基础设施项目的各类融资模式多存在一定门槛,阻碍了社会投资者参与基础设施项目的投资。例如,类REITs项目对投资人数的限制、委托代建项目对投资者资质的要求等。基础设施REITs为社会资本参与基建项目投资提供了新的渠道。

其次,基础设施项目普遍具有周期长的特点,既有融资模式项目退出机制缺乏一定的灵活性。公开发行基础设施REITs为投资者提供了更加快捷、简便的退出通道。

第三部分\

哪些资产可以作为基础设施REITs的底层资产？

(1) 对原始权益人的要求

原始权益人应满足以下要求：

- ①对项目享有完全所有权或特许经营权，不存在经济或法律纠纷和他项权利设定；
- ②企业信用稳健、内部控制健全，最近3年无重大违法违规行为；

③经营3年以上，已产生持续、稳定的现金流，投资回报良好，并具有持续经营能力、较好增长潜力；

④应当参与基金份额战略配售，战略配售比例不得低于本次基金份额发售数量的20%，且持有基金份额期限自上市之日起不少于5年。

(2) 对底层资产的要求

《通知》第三条对底层资产所在区域、所属行业及准入条件提出了明确要求，具体如下：

	优先支持	支持/鼓励
重点区域	京津冀、长江经济带、雄安新区、粤港澳大湾区、海南、长江三角洲等重点区域	国家级新区、有条件的国家级经济技术开发区
重点行业	基础设施补短板行业，包括仓储物流、收费公路等交通设施，水电气热等市政工程，城镇污水处理、固废危废处理等污染治理项目	信息网络等新型基础设施，以及国家战略性新兴产业集群、高科技产业园区、特色产业园区等
项目准入条件	<p>1.项目权属清晰：原始权益人对基础设施项目应享有完全的所有权或特许经营权，不存在经济或法律纠纷和他项权利设定。</p> <p>2.项目建设合规：项目的投资管理、规划、环评、用地、竣工验收等相关手续齐备。</p> <p>3.项目运营稳定：项目应当经营3年以上，具有成熟的经营模式及市场化运营能力，已产生持续、稳定的现金流，投资回报良好，并具有持续经营能力、较好的增长潜力。</p> <p>4.现金流来源分散：项目现金流来源具备较高分散度，且主要由市场化运营产生，不依赖第三方补贴等非经常性收入。</p> <p>5.PPP项目的特别要求：PPP项目应依法依规履行政府和社会资本管理相关规定，收入来源以使用者付费为主，未出现重大问题和合同纠纷。</p>	

值得注意的是,《通知》延续了“房住不炒”的监管思路,明确将住宅和商业地产排除在外。

(3)对募得资金用途的要求

根据《通知》第三条第(四)款规定,原始权益人募得的资金的用途应符合国家产业政策。国家鼓励原始权益人将回收资金用于新的基础设施和公共事业建设,重点扶持补短板项目,形成投资良性循环。

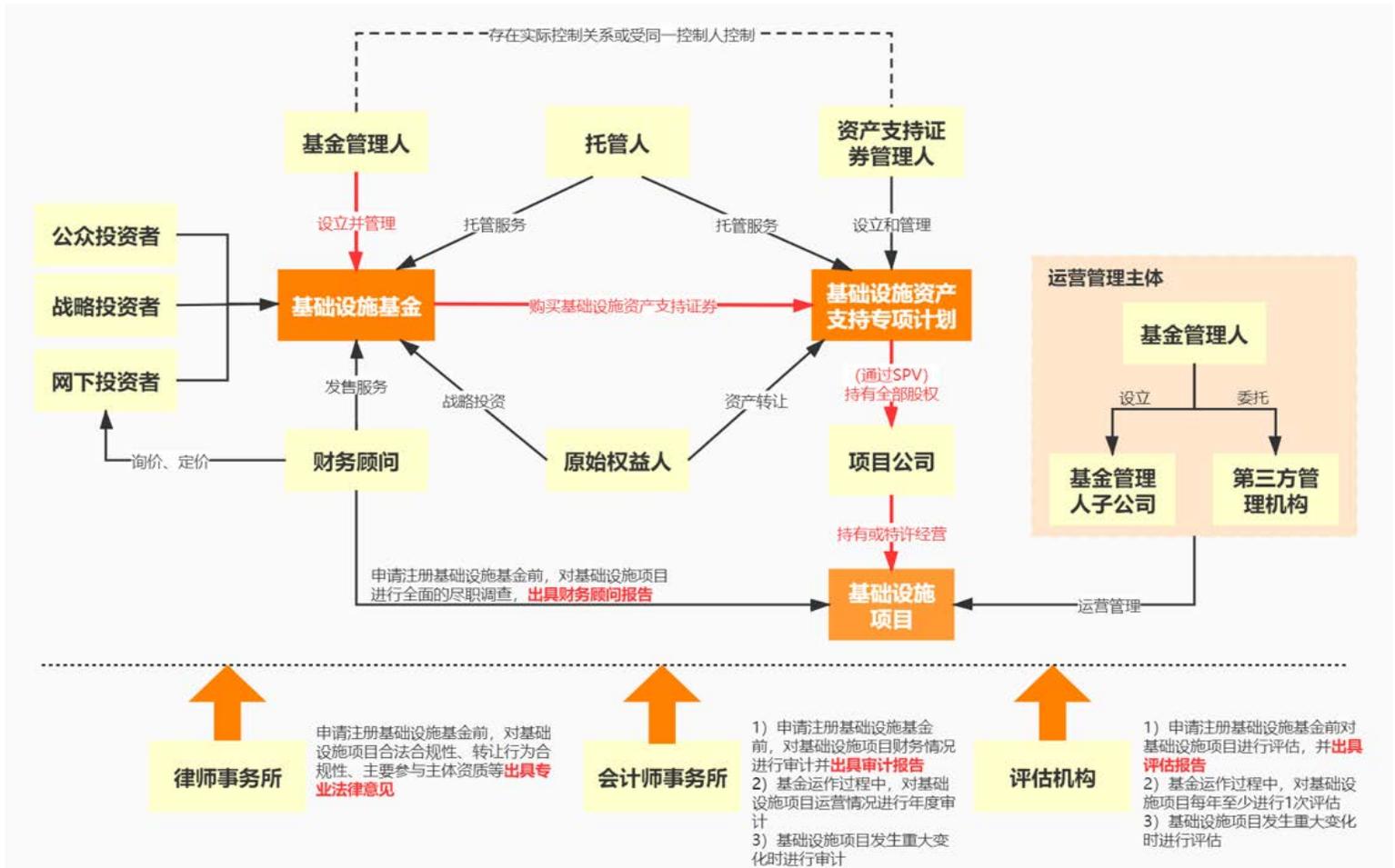
第四部分\

如何申请发行基础设施REITs?

(1)基金管理人主导,多方专业机构协作

《通知》和《指引》参照公开发行政券的相关要求,强化了基金管理人的责任,由基金管理人主导基础设施REITs的发行,并压实了中介机构责任。基金管理人须具备公募基金管理资格,并满足《指引》规定的相关条件。

结合《指引》中规定的交易结构,发行基础设施REITs涉及各参与方的具体关系如下:



(2) 发行基础设施REITs涉及的相关程序

根据《通知》及《指引》规定，试点期间发行基础设施REITs主要涉及以下审核/注册等相关程序：

i. 省级发改委出具专项意见

各省级发展改革委主要从项目是否符合国家重大战略、宏观调控政策、产业政策、固定资产投资管理法规制度，以及鼓励回收资金用于基础设施补短板领域等方面出具专项意见。但是，《通知》未明确规定该程序是由原始权益人还是由基金管理人向省级发改委申请，申请主体和申请方式还有待进一步明确。

ii. 国家发改委向证监会推荐

在省级发展改革委出具专项意见基础上，国家发展改革委将符合条件的项目推荐至中国证监会。

iii. 沪深证券交易所审查并出具无异议函

根据《指引》第十三条规定，基金管理人申请注册基础设施REITs基金应当向证监会提交具体证券交易所同意基础设施基金上市的无异议函。

iv. 中国证券投资基金业协会备案

根据《指引》第十三条规定，基础设施资产支持专项计划的设立与完成备案是基础设施基

金注册的前置条件。

v. 证监会注册

根据《通知》第四条第(二)款规定，证监会依法依规，并遵循市场化原则，独立履行注册程序，自主决策。经证监会准予注册后，基金管理人可以公开发售基金份额。

第五部分\

基础设施REITs有哪些投资者？

根据《通知》及《指引》，可参与投资基础设施REITs的投资者分为公众投资者、战略投资者及网下投资者。网下投资者具体包括：证券公司、基金管理公司、信托公司、财务公司、保险公司、合格境外投资者、符合规定的私募基金管理人、银行理财子公司、社保基金、基础设施投资机构、政府专项基金、产业投资基金等专业机构投资者。战略投资者包括原始权益人及基金管理人、财务顾问协商确定的其他专业机构投资者。

由于基础设施REITs可向公众投资者投资，《指引》对基础设施REITs份额的发售采用了非常审慎的设计：

序号	份额类别	投资者类别	比例要求	持有期限要求
a	战略配售	原始权益人	≥20%	≥5年
b		其他专业机构投资者	由基金管理人与财务顾问协商确定	≥1年
c	网下发售	网下投资者	≥(100%-a-b)*80%	无
d	公众投资	公众投资者	100%-a-b-c	无



第六部分\ 发行基础设施REITs会发生哪些成本费用？

《通知》、《指引》中未明确列明发行基础设施REITs需要原始权益人承担的费用。基于《指引》中对发行基础设施REITs交易结构的规定，笔者认为，原始权益人因发行基础设施REITs可能承担的费用主要包括以下几方面：

(1) 因发行和投资基础设施REITs可能发生的税费成本

首先，根据《指引》要求，基金通过资产支持证券和项目公司等载体穿透取得基础设施项目完全所有权或特许经营权。原始权益人为此重组底层资产、剥离其他资产而导致的资产权益变动可能发生企业所得税、增值税及附加、印花税等税费成本。

其次，由于原始权益人须参与战略配售持有基金份额，在REITs层面（此处涵盖REITs及其

体系内的SPV)和投资者层面存在双重征收所得税问题。各国通常会给予REITs特殊税收待遇。

本次发布的《通知》、《指引》并未提及与税收优惠有关的内容。中国版REITs项下的税收制度,尚待进一步明确。

(2) 因基础设施REITs特殊的交易结构产生的费用

《指引》明确要求发行基础设施REITs的交易结构应当采用“公募基金+ABS”模式。具体包括公募基金、资产支持专项计划两个层面。实践中,因税务筹划或其他商业目的,通常还会在资产支持专项计划和项目公司之间再嵌套一层私募基金。与该等SPV的设立相关的费用可能需要由原始权益人实际承担。

(3) 因较高的尽职调查要求产生的中介费用

《指引》明确列出了基金管理人及财务顾问、资产评估机构、律师事务所、会计师事务所对基础设施项目、基础设施项目第三方委托管理机构(如有)的尽职调查要求。《指引》还规定,基础设施基金合同生效前,资产评估、财务顾问费、会计师费、律师费等各项费用不得从基金募集资金中列支。实操中,与该等尽职调查相关的费用,可能需要由原始权益人实际承担。

(4) 因原始权益人必须持有一定比例的基金战略配售份额而产生的成本

根据《指引》第十七条的规定,原始权益人应当参与战略配售,配售比例不低于基金份额发售数量的20%,且持有基础设施基金份额期限自上市之日起不少于5年。该强制性规定在一定程度上增加了原始权益人的成本。

第七部分\

基础设施REITs发行后如何保持基础设施项目的稳定运营?

根据《指引》的要求,基金应穿透取得基础设施项目的完全所有权或特须经营权,并且基金管理人需积极履行基础设施项目运营管理职责。而目前项目管理能力可能是基金管理人的短板,如何在REITs发行后保持基础设施项目的稳定运营是非常有挑战性的问题。

根据《指引》的规定,除由基金管理人直接履行运营管理职责外,基金管理人也可以设立专门的子公司或委托第三方管理机构负责基础设施项目的运营维护、档案归集管理等,但不免除基金管理人自身依法承担的责任。

关于前述第三方管理机构是否可由原始权益人担任,《通知》、《指引》均不存在限制性规定。ABS项目中,因一般很难在原始权益人之外

找到具有相应能力的主体运营管理项目, 资产服务机构绝大多数情况下仍由原始权益人担任, 且不收取资产服务费。因ABS的债权融资属性, 原始权益人在绝大多数情况下会认真履约, 这种机制是可行的。然而, 基础设施REITs是权益性投资工具, 原始权益人转让了底层资产及其控制权, 如未来仍由原始权益人实际管理, 如何保证基金管理人项目的实质控制力和影响力, 实现项目稳定现金流, 不仅需要在项目具体机制设计中深入思考, 也需要市场及时培育具备项目管理能力的基金管理人和真正的第三方管理机构。

第八部分 结语

我们以《通知》和《指引》现有条款为依据对原始权益人参与基础设施REITs的主要问题予以分析, 相信在国家相关部门基于市场反馈意见出台正式规定后, 相关问题会得到进一步明确和细化。REITs开启, 未来已来, 基础设施REITs作为试点的新型金融产品, 旨在加速中国基建投资进入新阶段, 为基建企业开展投融资转变与经营模式改进划出了新的赛道, 为基建企业转变经营模式、拓展融资渠道、实现转型升级提供新的途径与机遇。



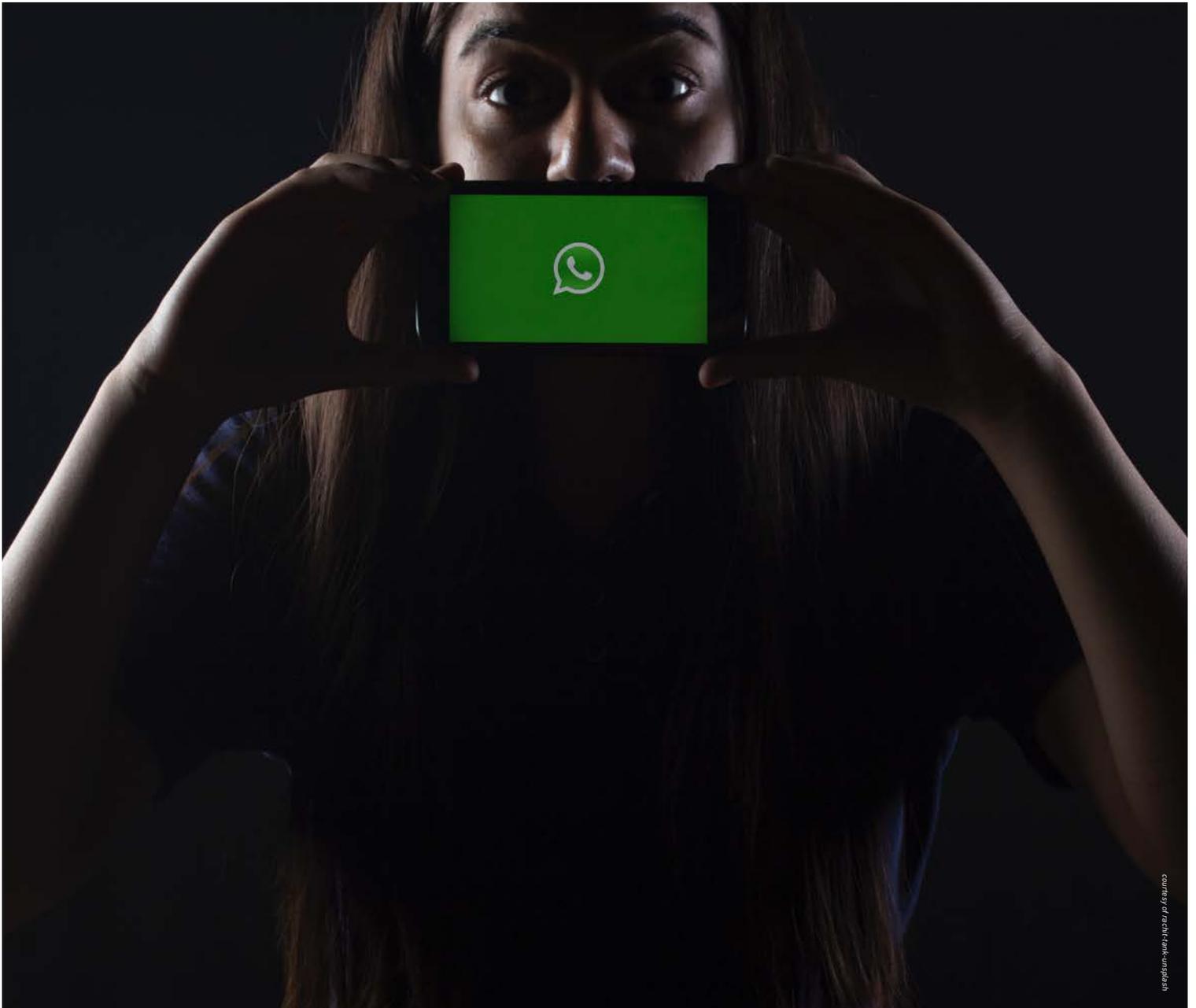
马会军
合伙人
房地产和基础设施部
北京办公室
+86 10 5957 2030
mahuijun@zhonglun.com



贾勇
非权益合伙人
房地产和基础设施部
北京办公室
+86 10 5957 2129
jiayong@zhonglun.com

网络安全审查制度要点解读

作者：余昕刚、李瑞、刘利柯



2020年4月27日, 国家网信办、国家发改委、工信部、公安部、国家安全部等12个部门联合发布了《网络安全审查办法》(“《办法》”)¹。《办法》在《国家安全法》和《网络安全法》相关条款的基础上, 落地了针对关键信息基础设施运营者(Critical Information Infrastructure Operator, “CII运营者”)采购网络产品和服务的安全审查机制。在该机制下, CII运营者在采购网络产品和服务前需要预判该产品和服务投入使用后可能带来的国家安全风险, 如果影响或者可能影响国家安全, 应当进行事前申报网络安全审查。

国家网信办于2019年5月24日首次发布了《办法》征求意见稿(“征求意见稿”)², 彼时正值美国商务部发布《确保信息通信技术与服务供应链安全》行政令征求公众意见不久³。仅时隔半年, 《办法》就正式通过, 这也与当前的国际政治经济形势密不可分。虽然《办法》中并未直接提及, 但正如上述美国版网络安全审查规定的制定背景中所指出, 关键信息基础设施的网络产品和服务供应链会受到境外干预(foreign interference activity)的影响, 因此, 为我国CII运营商供应网络产品与服务的外国或外商投资供应商更需要特别关注《办法》所可能带来的影响。

《办法》将于2020年6月1日正式施行, 过渡期仅有1个月左右。在此期间内, 我们建议CII运营者和网络产品和服务供应商(“供应商”)积极就《办法》对网络产品和服务的采购和供应流程可能带来的影响进行评估, 以免制度正式落地后因采购和供应流程无法满足网络安全监管要求而导致商业和法律风险。就此, 本文将以问答的形式对网络安全审查制度的相关要点进行解读, 力求帮助CII运营者和供应商初步了解网络安全审查制度可能对采购和供应实务产生的影响。

第一部分\

哪些网络运营者受制于网络安全审查?

关键信息基础设施运营者(作为网络产品和服务的采购方)是网络安全审查的申报主体和责任主体。尽管如此, 《办法》仍规定了供应商在个案审查中负有配合网络安全审查的义务, 包括提供审查机构要求补充的材料等。

关于“CII运营者”的范围, 《办法》明确了由关键信息基础设施保护工作部门事先认定(而非网络运营者自主评估)的原则, 即**不强制要求未被关键信息基础设施保护工作部门事先认定的网络运营者根据《办法》申报网络安全审查**。这与国家网信办此前发布的《关键信息基础

1. 参见网络安全审查办法, 访问地址:

http://www.cac.gov.cn/2020-04/27/c_1589535450769077.htm。

2. 参见国家互联网信息办公室关于《网络安全审查办法(征求意见稿)》公开征求意见的通知, 访问地址:

http://www.cac.gov.cn/2019-05/24/c_1124532846.htm。

3. 参见Federal Register, Securing the Information and Communications Technology and Services Supply Chain, 访问地址:<https://www.federalregister.gov/documents/2019/05/17/2019-10538/securing-the-information-and-communications-technology-and-services-supply-chain>。

设施安全保护条例(征求意见稿)》中确定的由行业主管或监管部门组织识别本行业、本领域的关键信息基础设施的原则一脉相承⁴,将大大降低网络运营者在运营合规方面的不确定性和成本。截至目前,尚未有相关部门发布特定行业和领域CII运营者的认定结果,受制于《办法》的CII运营者的范围仍待审查及执法实践的进一步明确。

值得特别注意的是,国家网信办在就《办法》的答记者问⁵中明确了部分涉及网络安全审查的重点行业领域,包括**电信、广播电视、能源、金融、公路水路运输、铁路、民航、邮政、水利、应急管理、卫生健康、社会保障、国防科技工业等,并要求以上行业领域的重要网络和信息系统的运营者,即使未被事先认定为CII运营者,也应当尽早采取措施建立内部配套合规机制,根据《办法》考虑申报网络安全审查。**

第二部分\

CII运营者的哪些网络产品和服务采购行为应当进行网络安全审查?

首先,从产品和服务的类别来看,并非所有网络产品和服务都会落入网络安全审查的范围。根据《办法》,属于审查范围的网络产品和服务主要指**核心网络设备、高性能计算机和服务**

器、大容量存储设备、大型数据库和应用软件、网络安全设备、云计算服务等。但同时,《办法》也规定了“其他对关键信息基础设施安全有**重要影响**的网络产品和服务”作为审查执法中的“兜底条款”。

其次,即使采购对象为上述网络产品和服务,采购行为也并不必然要进行网络安全审查。根据《办法》,只有CII运营者经**自行、个案**预判为会“影响或可能影响国家安全”的采购行为才需要进行网络安全审查。值得注意的是,《办法》删除了征求意见稿中关于CII运营者在预判阶段形成“安全风险报告”的要求和通用的预判标准,而授权各行业关键信息基础设施保护工作部门制定本行业、本领域预判指南,这也为审查和执法中预留了更大的灵活性和操作空间。

但是,从实践角度来说,在网络安全审查制度实施初期,无论各行业关键信息基础设施保护工作部门是否会在《办法》正式施行之前陆续发布预判指南,我们都建议CII运营者放宽预判标准、更大范围地向审查机构进行咨询和申报,并根据审查机构现阶段的审查和执法态度及趋势调整未来的合规策略,以免制度实施早期因合规不足导致正常业务流程的中断。

4. 参见《关键信息基础设施安全保护条例(征求意见稿)》第19条,访问地址:http://www.cac.gov.cn/2017-07/11/c_1121294220.htm。
5. 参见《网络安全审查办法》答记者问,访问地址:http://www.cac.gov.cn/2020-04/27/c_1589535446378477.htm。

第三部分\

网络安全审查主要审查哪些方面？ 有哪些审查标准？

据《办法》，网络安全审查重点评估CII运营者采购网络产品和服务可能带来的国家安全风险，主要考虑以下方面：

(1)产品和服务使用后带来的关键信息基础设施被非法控制、遭受干扰或破坏，以及重要数据被窃取、泄露、毁损的风险；

(2)产品和服务供应中断对关键信息基础设施业务连续性的危害；

(3)产品和服务的安全性、开放性、透明性、来源的多样性，供应渠道的可靠性以及因为政治、外交、贸易等因素导致供应中断的风险；

(4)产品和服务提供者遵守中国法律、行政法规、部门规章情况；

(5)其他可能危害关键信息基础设施安全 and 国家安全的因素。

相较于征求意见稿，《办法》删除了部分非技术性考量因素，如对国防军工、关键信息基础设施相关技术和产业的影响、产品和服务提供者受外国政府资助、控制等情况，以增强审查的中立性。但是，考虑到许多国家的网络安全审查制度都会将此类因素纳入评估范围，其是否会“实际上”对审查结果产生影响，仍需审查和执

法实践进一步明确。

此外，我们预计在未来的审查实践中，行业主管或监管部门与审查机构很可能还会共同制定详细的审查标准，以便于相关方开展申报工作并降低审查中的不确定性。

第四部分\

网络安全审查由哪个机构开展？申报材料包括哪些？

根据《办法》，网络安全审查办公室（国家互联网信息办公室的下设部门，“审查办公室”）负责受理申报和初步审查，网络安全审查工作机制成员单位和相关关键信息基础设施保护工作部门参与审查，而仅在特别程序（参见下文问答7）中，由中央网络安全和信息化委员会负责批准（以上合称“审查机构”）。而审查实践中的具体工作将由中国网络安全审查技术与认证中心（CRRC）承担，包括接收申报材料、对申报材料进行形式审查、具体组织审查工作等。

审查机构尚未公布申报材料的模板。根据《办法》，申报材料应当包括：申报书、关于影响或可能影响国家安全的分析报告、采购文件、协议、拟签订的合同等、网络安全审查工作需要的其他材料等。

第五部分\

CII运营者应在采购流程中的哪个环节申报网络安全审查?

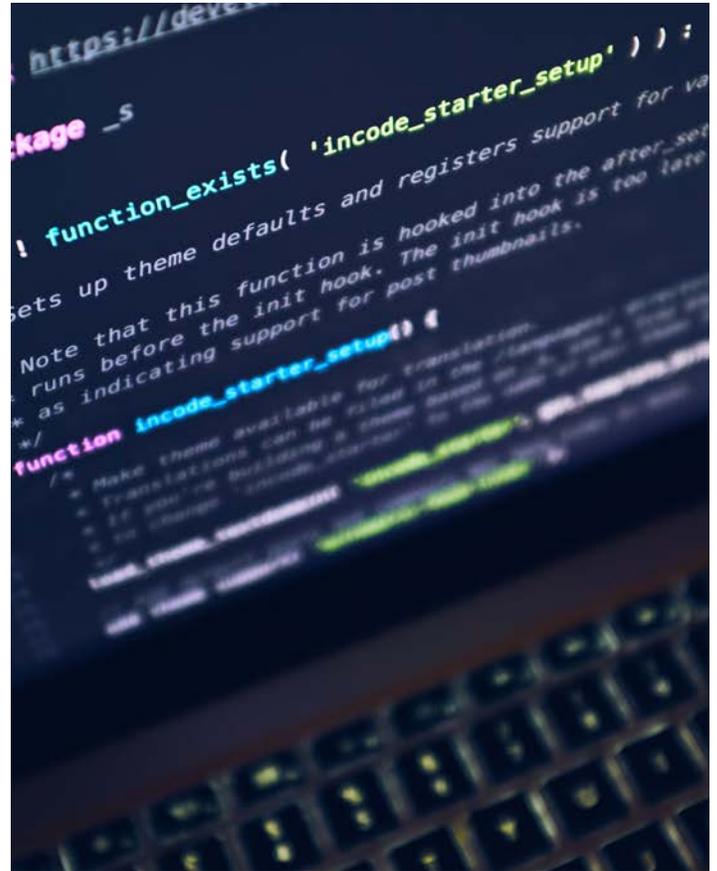
国家网信办在就《办法》的答记者问中指出, CII运营者应当在与供应商正式签署合同前申报网络安全审查; 如果在签署合同后申报网络安全审查, 建议在合同中注明此合同须在产品和服务采购通过网络安全审查后方可生效。由此可见, 买卖双方至晚应当在履行合同义务之前申报网络安全审查, 以避免因为采购行为没有通过审查、合同最终无法履行而导致各方损失。

此外, 考虑到是否通过网络安全审查将是采购合同能否履行至关重要, CII运营者应尽量将预判网络产品和服务投入使用后可能带来的国家安全风险等工作安排在采购的早期流程, 并作为遴选供应商的一项考察因素, 而非在采购条件谈判的后期才开始考虑网络安全审查。

第六部分\

对于网络安全审查, CII运营者与供应商签订采购合同时特别注意哪些方面?

总体而言, 双方应当充分意识到网络安全



审查结果可能对合同效力带来的不确定性。根据征求意见稿, 审查结果包括通过审查、附条件通过审查和未通过审查三种, 虽然《办法》删除了对审查结果种类的规定, 但是我们预期审查结果仍可能是与此类似且相当灵活的。因此, CII运营者和产品和服务供应商可以考虑将网络安全审查作为采购合同的一项生效条件, 即采购合同仅在不适用网络安全审查时或者无条件通过网络安全审查后(或审查附加的条件已满时)才生效。与此相关, 双方也要考虑到对产品和服务未通过网络安全审查情形下各方的合同责任和义务, 以免产生纠纷。

对于CII运营者而言，其还应当考虑通过采购文件、协议等要求供应商配合网络安全审查，包括承诺不利用提供产品和服务的便利条件非法获取用户数据、非法控制和操纵用户设备、无正当理由不中断产品供应或必要的技术支持服务等。

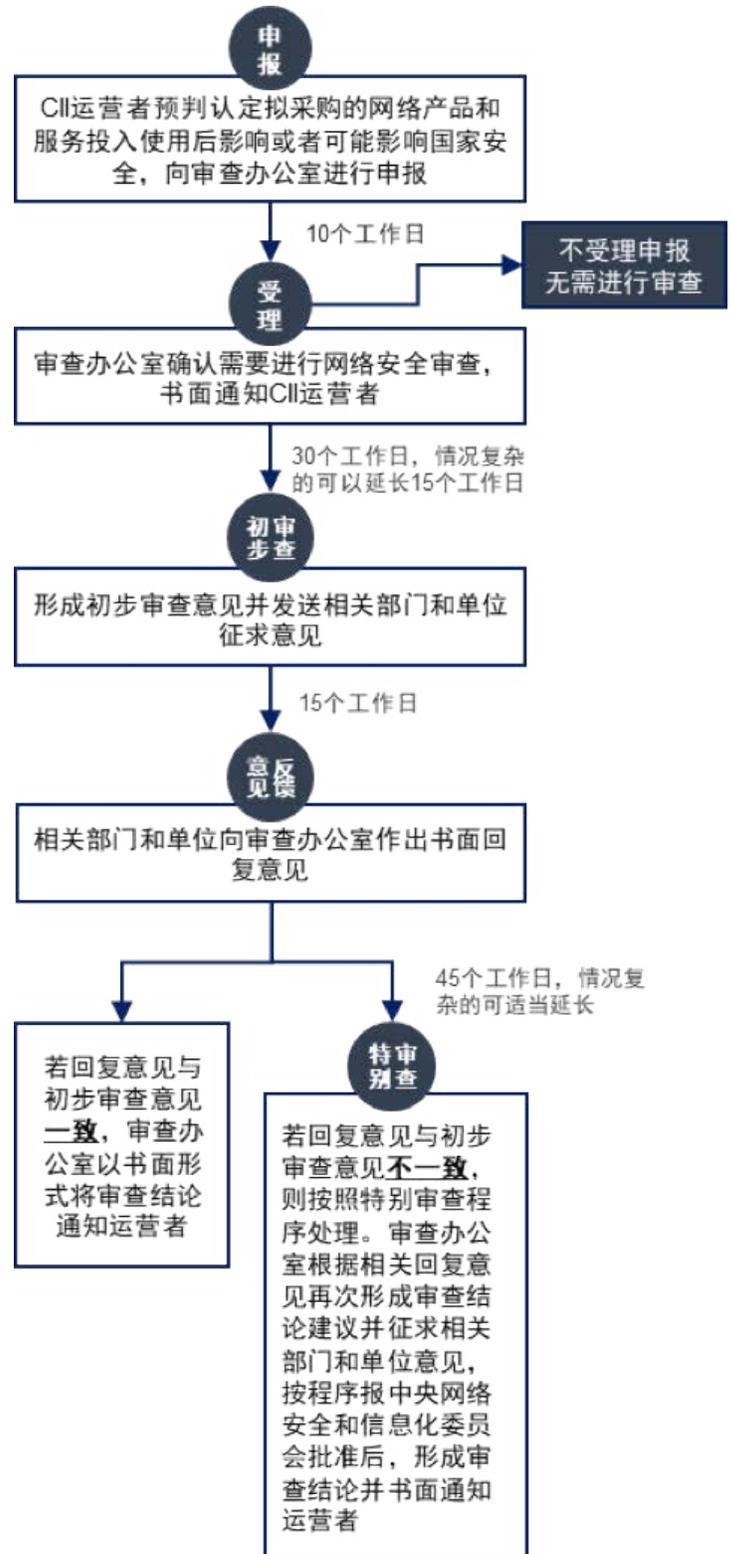
而对于产品和服务供应商而言，鉴于审查中可能涉及关于产品和服务的商业秘密和知识产权，其应当考虑在采购合同中与CII运营方约定必要的保密或防火墙机制，避免因安全审查而导致其知识产权和技术秘密的不当泄露。

第七部分 网络安全审查有哪些流程？需要多长的审查周期？

根据《办法》，网络安全审查的流程和审查时限如右图所示：

•**受理网络安全审查**：在CII运营者提交申报后，审查办公室在10个工作日内应确定是否需要进行网络安全审查并作出书面通知（“受理通知”）；

•**初步审查**：对于受理的申报，CII将受理后30个工作日内完成初步审查以及将审查结论建议和将审查结论（“初步审查意见”）建议发送网络安全审查工作机制成员单位和相关关键信息



基础设施保护工作部门征求意见;对于情况复杂的申报,初步审查可以延长15个工作日;

•**意见反馈:**网络安全审查工作机制成员单位和相关关键信息基础设施保护工作部门将在收到审查办公室的初步审查意见后15个工作日内书面向审查办公室给出回复意见(“回复意见”);如回复意见与初步审查意见一致,则审查办公室以书面形式将审查结论通知申报人,如不一致的,审查办公室将通知申报人进入特别审查程序;

•**特别审查:**审查办公室将在45个工作日内听取相关部门和单位意见,形成特别审查结论建议,并征求网络安全审查工作机制成员单位和相关关键信息基础设施保护工作部门意见,并在报中央网络安全和信息化委员会批准后,书面通知申报人审查结论;对于情况复杂的申报,特别审查可以适当延长。

因此,通常情况下,网络安全审查将在45个工作日内完成,情况复杂的会延长15个工作日。对于进入特别程序的审查,审查周期可能会为90个工作日或者更长。此外,根据《办法》, **CII运营者和供应商应审查机构要求补充材料的时间不计入审查时限。**

第八部分\

违反网络安全审查的后果和责任?

首先,未进行网络安全审查可能会导致采购合同的效力存在不确定性。征求意见稿中曾明确要求CII运营者应当将通过审查作为合同生效条件,虽然正式通过的《办法》中删除了此等要求,但是国家网信办仍在就《办法》的答记者问中作出了类似的建议。并且,考虑到《网络安全法》中对于“应报未报”的法律责任,未进行网络安全审查很可能会导致合同在实际上无法履行,产生合同效力上的纠纷。

其次,《办法》规定了审查机构对于CII运营者的采购行为**主动发起审查**的权力。因此,即使采购行为经CII运营者预判无需进行申报,审查机构仍能够挑战CII运营者的该等判断,要求CII运营者进行申报并主动开展审查。

最后,有关主管部门还有权根据《网络安全法》进行调查“应报未报”或者使用网络安全审查未通过的产品和服务的情形。根据调查结果责令CII运营者停止使用相关网络产品和服务,并对CII运营者处**采购金额一倍以上十倍以下罚款**;除此之外,有关主管部门还可以对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。

第九部分\ 小结

《办法》从网络产品和服务的采购环节出发,通过引入针对采购行为的个案网络安全审查,加强了对相关主体网络安全的监管力度。对于CII运营者,为了降低生产运营中网络产品和服务采购的合规风险,应当尽快建立配套的内部合规制度,对相关采购文件进行修改以体现法律要求,并将网络安全审查作为纳入到标准化的采购流程之中;而对于产品和服务供应商,应当进一步加强整体的网络安全合规工作,包括等级保护及网络安全制度建设、个人信息和重要数据制度建设等,同时积极配合CII运营者的审查申报,以免因不满足审查要求而丧失重要的商业机会。☞



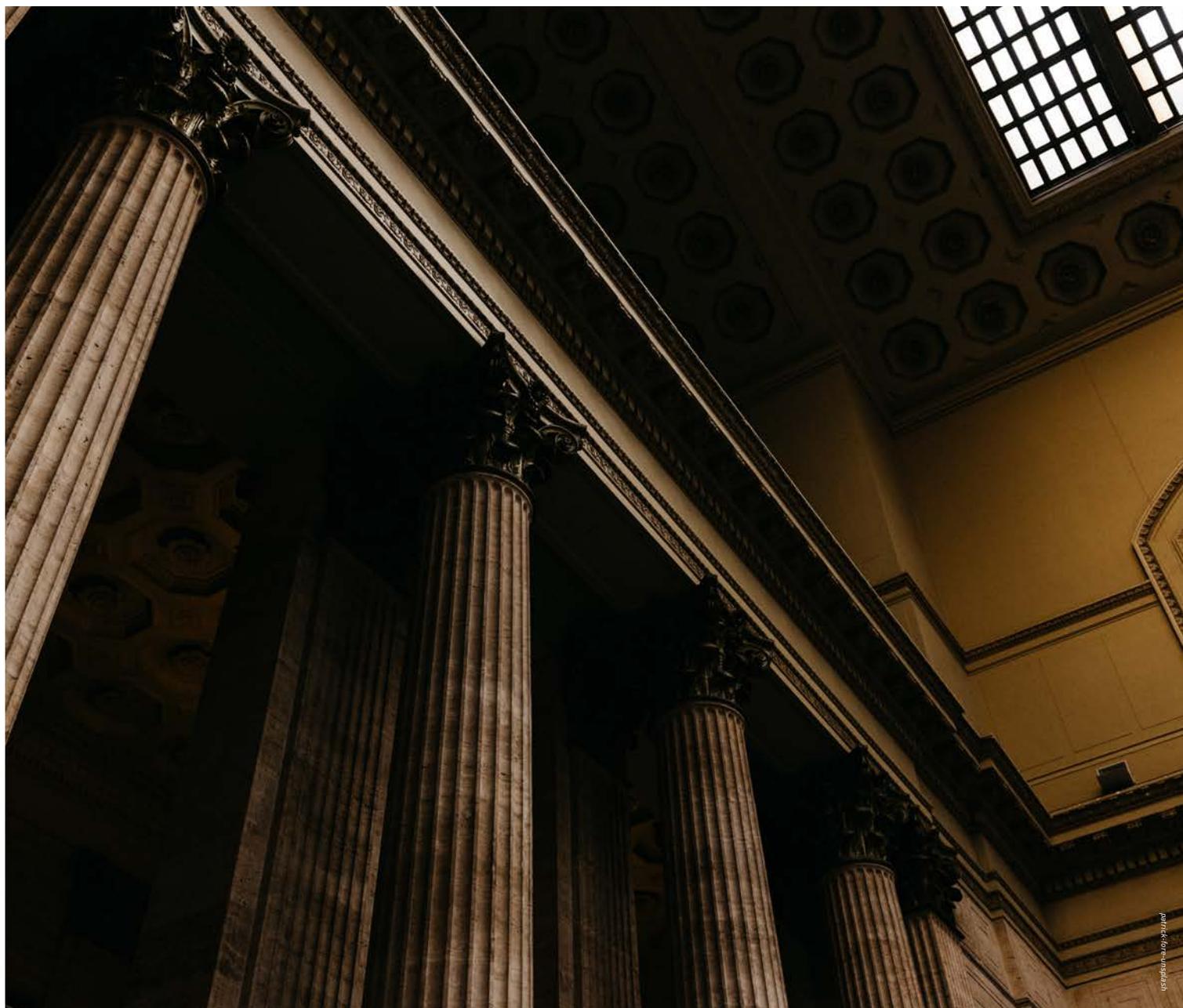
余昕刚
合伙人
公司二部
北京办公室
+86 10 5957 2078
scottyu@zhonglun.com



李瑞
合伙人
公司二部
北京办公室
+86 10 5957 2143
lirui@zhonglun.com

大象再起舞： 资金信托新规的严与宽

作者：周斌、杨沁鑫、王东东、高航、景璐、任靖、石尧



信托业用了十年时间,实现了管理规模从2万亿到21万亿的飞跃,稳坐金融业第二把交椅。在亮眼成绩背后,危机四伏同样也成为共识。规模,既成就地位,也带来桎梏。站在二〇年代的开端,如何更好地服务实体经济、如何有效地保护投资者权益、如何正本清源实现转型、如何公平竞争,更重要的是:如何在已有成绩基础上取得可持续的更大的发展,成了全行业所关心的问题。《信托公司资金信托管理暂行办法(征求意见稿)》(以下简称“《资金信托新规》”)正是在这样的大背景下出世。

短期阵痛与长期发展,是大历史观下一组永恒的矛盾,也是任何一个生态演进到一定阶段所必然面对的问题。总的来说,《资金信托新规》宽严相济、严中有宽,“严”在有悖宏观调控与可能危及金融安全的事项,例如非标债权投资与投资者适当性管理;“宽”在本源业务与统一监管下看齐友邻的业务,例如服务信托与允许有条件正回购。《资金信托新规》公布后,短期内对个体、团队、部门、甚至是公司而言,都会造成较大影响。但硬币都有两面,《资金信托新规》折射的是监管层对信托业摆脱桎梏取得更大发展的决心和信心,远离“发展-整顿”的恶性循环,创造更好的舞台:让大象,再起舞。

第一部分\

宽严有别的三分类,是监管明确的最大红利

(一)从八分类到三分类

八分类最早提出于2016年度的信托业年会,并于2017年4月银监会下发的《信托业务监管分类试点工作实施方案》和《信托业务监管分类说明》(试行)中予以明确,即将信托业务分为债权信托、股权信托、同业信托、标品信托、资产证券化、财产权信托、公益(慈善)信托、事务信托八类,但由于业内共知的种种原因,八分类并

未实际有效的全面推行。

分类只是表象,分类背后的区别监管才是意义。概念与生俱来的不确定性,叠加信托浑然天成的创造力,使得分类越多,实际业务与类别的精准对应就越难。从八分类到三分类,更深层的逻辑是便于实操,使得区别监管更容易形成共识。《关于进一步做好下半年信托监管工作的通知》(信托函〔2019〕64号)曾提出三分类,《资金信托新规》进一步提高了三分类的立法层级,并明确了服务信托与公益信托的内涵,由此,信托业迈入三分类的新时代。

(二) 宽严有别的监管导向

《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(银发〔2018〕106号,以下简称“《资管新规》”)是以资金资管为逻辑原点建立的一整套监管规则,《资金信托新规》相应作为《资管新规》的衔接,有以下三点值得关注:

1. 服务信托与公益信托不适用《资管新规》与《资金信托新规》

《关于加强规范资产管理业务过渡期内信托监管工作的通知》(以下简称“《过渡期通知》”)明确了公益信托与家族信托不适用《资管新规》。《资金信托新规》进一步扩大了豁免范围,除了公益信托外,明确服务信托这一外延比家族信托更广的业务类型也不适用《资金信托新规》。不适用《资金信托新规》,也就意味着服务信托亦不适用《资管新规》,其根本原因在于,《资金信托新规》项下的服务信托定义并不包括“资产管理”这一《资管新规》建构监管逻辑的关键词。

2. 资金信托适用《资管新规》与《资金信托新规》

作为重点监管对象,资金信托当然承压。为了防止财产权信托规避监管,《过渡期通知》明确“以财产权信托的名义开展资金信托业务的”适用《资管新规》,《资金信托新规》答记者问进一步明确,“对于以非现金财产设立财产权信

托,若其通过受益权转让等方式向投资者募集资金,也属于资金信托”。值得注意的是,答记者问的这个“等”字,可能导致应收账款流动化等财产权他益信托模式(信贷资产证券化除外)退出历史舞台。

3. 区别对待的深层逻辑,是鼓励回归信托本源

相较于资金信托,服务信托和公益信托更贴近信托本源。区别监管可避免监管机构用资金信托的监管逻辑制约服务信托和公益信托的正常发展,是对信托本源业务的一种正向激励。

第二部分\

适当性管理:整体趋严、结构性宽松

在打破刚兑的背景下,《资金信托新规》明确了资金信托的私募定位,加强了合格投资者管理,回应了适当性义务的履行。

(一) 限制投资者人数,公募信托幻灭

《资金信托新规》重申了资金信托的私募属性,明确资金信托以非公开方式募集,投资者人数不得超过二百人,意味着《信托公司集合资金信托计划管理办法》(以下简称“《集合信托办法》”)关于单笔委托金额在300万元以上的投资



者数量不受限制的规则不再适用。

(二) 投资门槛:有所放宽

合格投资者的投资金额不再全面要求100万以上,而是根据《资管新规》关于固收类30万、混合类40万、权益类与商品及金融衍生品类100万的规定看齐友邻。

(三) 强化适当性义务履行

最高人民法院在去年发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“《九民纪要》”)中明确了适当性义务的定义。作为“卖者尽责”的主要内容,适当性义务要求卖方机构要了解客户、了解产品、将适当的产品销售给适合的金融消费者,如此方能“买者自负”。否则,金融消费者有权主张损害赔偿。作为《九民纪要》

后落地的《资管新规》配套制度,《资金信托新规》关于信托公司就开展资金信托业务建立与之相适应的管理制度、内部控制体系和投资者保护机制等,符合适当性义务关于“建立金融产品或服务的风险评估及相应管理制度”的内涵。

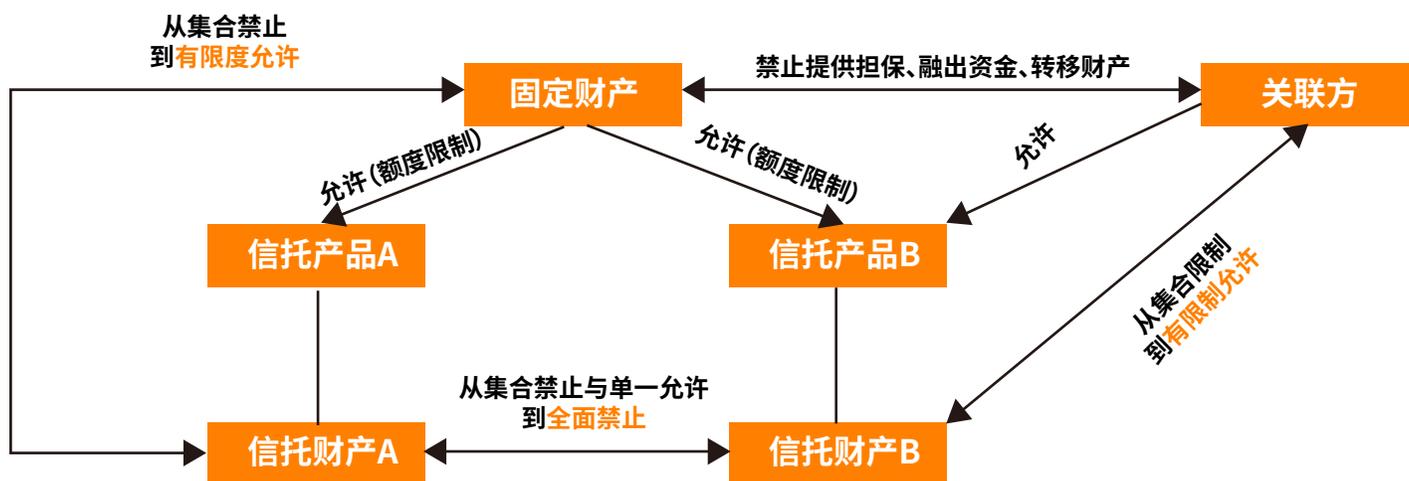
值得注意的是,《资金信托新规》特别强调了代理销售机构不得擅自修改或者增减销售材料和销售人员充分揭示风险的义务,并通过要求保存相关销售记录、销售过程录音录像等一系列措施促使销售人员充分履行适当性义务。若信托公司或代理销售机构不能做到,在未来的金融消费者权益保护纠纷案件中将承担举证不能的后果。

第三部分\

关联交易:有严更有宽

《资金信托新规》颁布之前,对信托公司集合层面的固信交易以及信托财产与关联方之间的交易或禁止或有严格限制,对同一信托公司管理的涉及单一信托的不同产品的信托财产之间的交易并未明确禁止;《资金信托新规》颁布后,信托公司集合层面的固信交易以及信托财产与关联方之间的交易有一定程度的放宽,而同一信托公司管理的不同信托产品的信托财产之间的交易被全面禁止。

《资金信托新规》的颁布也将对信托公司固有财产、信托财产、信托产品及信托公司关联方之间的交易关系产生重大的影响;对此,我们以图表形式梳理如下:



(二) 信托财产与关联方交易的有限度允许

《资金信托新规》颁布前,集合信托计划财产与信托公司关联方之间的交易,被严格限制。《资金信托新规》取消了《集合信托办法》第27条

(一) 信托财产与固有财产交易的有限度允许

《资金信托新规》颁布前,集合资金信托的信托财产不得与信托公司固有财产进行交易,单一信托在经委托人或者受益人同意或信托文件有约定,且以公平价格交易的前提下,可以与信托公司固有财产交易。

《资金信托新规》颁布后,经全体投资者书面同意,集合资金信托、单一资金信托的信托财产可以与信托公司固有财产进行交易,但资金信托财产与信托公司固有财产之间的交易应当提前十个工作日逐笔向银行业监督管理机构报告。

的限制,但进行关联交易需满足以下要求:(1)须事前取得全体投资者书面同意,且事后需告知投资者和托管人;(2)须遵守关联交易的额度限制;(3)特定类型的关联交易仍需向监管机构报告。

(三) 事前报告范围总体收缩+全面事后报告

《资金信托新规》颁布前,《关于信托公司风险监管的指导意见》(银监办发[2014]99号)及《中国信托登记有限责任公司信托登记管理细则》规定了关联交易的逐笔事前报告+无异议通过方可实施的制度。《资金信托新规》规定,“信托公司将信托资金直接或者间接用于向本公司及



其关联方提供融资或者投资于本公司及其关联方发行的证券、持有的其他资产，应当提前十个工作日逐笔向银行业监督管理机构报告”。我们理解：(1) 关联交易的事前报告范围有所收缩，除《资金信托新规》明确要求事前报告的关联交易外，例如TOT、关联方投顾业务、关联方购买信托财产等关联交易，无需事前报告；(2) 但新增信托公司及其关联方对外转让本公司管理的资金信托受益权的事前报告制度。

同时，对于关联交易而言，《资金信托新规》新增了全面事后报告制度。总体而言，关联交易的程序性限制有所放松。

(四) 固有财产投资信托产品进行额度限制

《资金信托新规》颁布前，法律法规并未禁止信托公司以固有财产投资其管理的信托产品，也未对其投资额度进行限制。《资金信托新规》对固有财产投资信托产品的投资额度进行了限制，即要求固有财产投资单只集合资金信托计划的份额不得超过该信托实收信托总份额的20%，且固有财产直接或者间接投资其管理的所有集合资金信托计划的金额不得超过信托公司净资产的50%。

(五) 全面禁止信托财产相互交易

《资金信托新规》颁布前，同一信托公司管

理的两只集合资金信托之间不得进行信托财产交易；但是，同一信托公司管理的两只单一信托之间的关联交易不适用《集合信托办法》。此前我们倾向于认为，同一信托公司管理的单一信托与集合资金信托之间的关联交易也存在不适用《集合信托办法》的空间。

《资金信托新规》颁布后，全面禁止了同一信托公司管理的两只资金信托产品之间的信托财产交易。

第四部分\ 资金信托财产运用方式的严与宽

（一）严控投资非标准化债权资产

1. 限制投资非标债权的集中度

非标债权公开透明度较低、流动性差，若集中度过高，容易导致风险聚集，《资金信托新规》首次提出了“信托公司管理的全部集合资金信托计划投资于同一融资人及其关联方的非标准化债权类资产的合计金额不得超过信托公司净资产的百分之三十”。

2. 限制投资非标债权的额度

《资金信托新规》颁布前，《集合信托办法》第27条就对信托公司开展信托贷款业务提出了额度限制，即向他人提供贷款不得超过其管理的所有信托计划实收余额的30%，但监管部门

并未对其他非信托贷款类非标业务提出额度限制，因此也催生了信托公司为规避贷款额度限制，不断“创新”出投资附加回购等各种实质性债权类业务。

《资金信托新规》将非标债权纳入统一的监管额度内，即“信托公司管理的全部集合资金信托计划向他人提供贷款或者投资于其他非标准化债权类资产的合计金额在任何时点均不得超过全部集合资金信托计划合计实收信托的百分之五十”；同时，由于《集合信托办法》并未被废止，《资金信托新规》项下非标债权额度限制是替换原贷款额度限制，还是与原贷款额度限制并存，有待进一步明确。

3. 禁止开放式资金信托投资非标债权

《资管新规》第15条允许开放式资管产品投资非标债权，但根据《资金信托新规》第17条规定，资金信托投资于非标债权的，应当为封闭式资金信托，直接禁止了开放式资金信托投资非标债权。

（二）证券类信托的严与宽

1. 整体信托业务的单票集中度限制

《资金信托新规》承继了《资管新规》第十六条的规定，明确要求同一信托公司管理的全部资金信托所持有的单一上市公司股票不得超过该上市公司流通股市值的30%。

2. 产品层面的单票集中度限制

《资金信托新规》颁布前,《集合信托办法》《关于规范信托投资公司证券业务经营与管理有关问题的通知》(银监办通〔2004〕265号)等规范性文件虽要求信托证券投资应当组合、分散,但并未就平层集合信托的单票比例作出限制,只是在《关于加强信托公司结构化信托业务监管有关问题的通知》(银监通〔2010〕2号)中明确了结构化信托项下单票25%的限制。

本次《资金信托新规》明确,每只集合资金信托计划持有单一上市公司发行的股票的市值最高不超过该资金信托净资产的25%。同时,也对同时满足封闭式集合+投资金额不低于1000万元+特定类型投资者条件下准予豁免。

3. 债券正回购有条件放开

在《资金信托新规》颁布前,信托公司的负债业务是被严格限制的。《资金信托新规》对这一限制进行了突破,允许投资固收类证券的资金信托在公开市场开展标准化债权类资产回购,但同时也设置了相对严格的前提条件:(1)产品类型限于固定标品类信托业务;(2)正回购标的严格限制;(3)需经信托文件约定或者全体投资者书面同意;(4)需要满足杠杆比例要求。此次从统一监管、看齐友邻的角度,放开了固收标品类信托业务杠杆空间,可视为该类业务的利好。☑



周斌
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 28 6208 8288
zhoubin@zhonglun.com



杨沁鑫
非权益合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2496
yangqinxin@zhonglun.com

著作權法修正案草案速評

作者：張鵬、陶韜、姜軍



4月26日,著作权法修正案草案提请十三届全国人大常委会第十七次会议审议,著作权法第三次修改加速推进。4月30日,全国人大常委会公布了著作权法修正案草案。众所周知,著作权法与产业发展具有密切关系,对产业发展具有重要影响。本文从回应技术发展、拓展作品类型,鼓励作品创作、丰富权利内容,促进创作合作、明确权利归属,严格版权保护、强化侵权救济,维护利益平衡、优化权利限制五个方面,结合我国法律实践探讨著作权法修正案草案的关键内容,以期共同对相关制度进行深入讨论。

第一部分\ 回应技术发展 拓展作品类型

为了积极回应新技术发展产生的新成果,此次著作权法修改致力于拓展作品类型,主要体现在明晰和拓展了受著作权法保护的作品类型,限缩和明确了不受著作权法保护的类型。

第一,将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”(以下简称“电影作品和类电作品”)修改为“视听作品”,拓展了保护客体范围。与现行著作权法相比,著作权法修正案草案将现行著作权法实施条例中的作品定义上升到法律位阶,在法律层面上将作品的定义明确为“文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果”。在立法手段上,著作权法修正案草案仍采用“穷尽式列举+兜底”的模式对作品类型进行了规定。与现行著作权法相比,修正案草案修改了一个作品类型,即将

“电影作品和类电作品”修改为“视听作品”。其目的在于,“适应新技术高速发展和应用对著作权立法提出的新要求,解决现行著作权法部分规定难以涵盖新事物、无法适应新形势的问题”¹。值得注意的是,与此前公布的著作权法修订草案送审稿²不同,修正案草案并没有对视听作品进行明确定义,但无论是从字面含义理解,还是参照《视听作品国际注册条约》³、域外版权法等规范中对视听作品的定义,视听作品的核心均为“可被感知的连续画面”,其外延显然大于现行著作权法中的“电影作品和类电作品”。

我们理解,将电影及类电作品修改为视听作品后,更有利于对当前司法实践中部分难以归类或存在争议的作品进行保护。

1. 参见《受国务院委托袁曙宏作著作权法修正案草案说明》,载于法制日报2020年4月26日。
2. 《著作权法》(修订草案送审稿)第五条第一款第(十二)项:“视听作品,是指由一系列有伴音或者无伴音的连续画面组成,并且能够借助技术设备被感知的作品,包括电影、电视剧以及类似制作电影的方法创作的作品。”
3. 《视听作品国际注册条约》第二条:“视听作品是指‘由一系列相关联的被固定着的,带有或者不带有伴音时能够看到的和如带有伴音时能够听到伴音的图像构成的作品。’”

北京某视频科技有限公司与百度在线网络技术(北京)有限公司著作权权属侵权纠纷案⁴

北京互联网法院强调,视频的长短与创作性的判定没有必然联系,虽然该短视频在已有素材基础上进行创作但是其编排、选择及呈现给观众的效果与其他用户的短视频不同,体现了作者的个性化表达同时可以唤起观众的共鸣,认定时长13秒的短视频“我想对你说”构成“类电作品”,这在一定程度上突破了公众对类电作品的固有认知。

如果著作权法修正案草案的内容得以施行,则将上述案件中的短视频认定为视听作品应更无阻碍。同时,著作权法修正案草案仍然保留了录像制品,如果视听作品包括具有独创性的“录像作品”,那么这部分视听作品与录像制品之间的分界则有待进一步明确,这将对未来体育赛事直播画面等内容的保护产生深远影响。

第二,将不受著作权法保护的“时事新闻”修改为“单纯事实消息”,肯定了新闻报道中的评述性文字、摄影作品、视听作品等内容可以受到著作权法保护。我国著作权法除了从正面阐述和列

举其所保护的作品之外,亦反面列明不受其保护的内容。对于不受著作权法保护的时事新闻,修正案草案引用著作权法实施条例中对“时事新闻”的定义,从法律层面将“时事新闻”明确为“单纯事实消息”,在一定程度上肯定了新闻报道中的评述性文字、摄影作品、视听作品等内容可以受到保护。

我们理解,对时事新闻概念明确的这一修改内容也体现了对现行司法裁判中相关问题的回应和肯定。例如,

乔天富与重庆华龙网新闻传媒有限公司侵害著作权纠纷案⁵

原被告就时事新闻中的配图是否受到著作权保护发生争议,法院对文字和配图分别进行独创性分析后认定,新闻配图属于摄影作品应当受到著作权法保护,同时新闻配图并不属于著作权法排除保护的“时事新闻”。

4. 参见北京互联网法院(2018)京0491民初1号民事判决书。

5. 参见重庆市高级人民法院(2013)渝高法民终字第00261号判决书。

可以说,无论是从坚持作品认定独创性标准的角度,还是从平衡权利人个人利益与文化传播公共利益的角度,对时事新闻的概念进行明确都是有必要的,这必将为新闻报道中相关作品权利人的维权带来便利。

第三,实用艺术作品没有作为独立的作品类型加以列举,意味着仍将其艺术性内容作为美术作品加以保护。此次全国人大常委会公布的著作权法修正案草案与国务院著作权法修订草案送审稿相比,没有将“实用艺术作品”作为独立作品类型⁶。我们理解,这是对于司法实践中区分实用艺术作品艺术性和实用性(功能性)的观点进行

的总结和提炼。众所周知,实用艺术作品与外观设计专利等具有保护客体的部分重叠⁷。司法实践通常认为,著作权法对实用艺术作品的保护仅限于其艺术性内容,实用艺术作品的艺术性成分从实用性成分独立分离出来时,也就是实用艺术作品具有非功能决定的、具有独创性的艺术美感部分时,才能受到著作权法保护。此时,可以作为实用艺术作品具有独创性艺术美感的部分可以作为美术作品。

我们理解,将实用艺术作品艺术性内容作为美术作品加以保护,需要排除实用性的部分达到美术作品独创性高度。例如,

广州新族化妆品有限公司与广州冠以美贸易有限公司著作权权属、侵权纠纷案⁸

法院指出:实用艺术作品是有实用功能的艺术品,兼具实用性和艺术性,但著作权法仅保护思想的表达并不保护思想本身,实用功能属于思想的范畴,因此对实用艺术作品进行著作权法保护时需要将其实用性和艺术性进行分离,只保护其艺术表达,其应达到美术作品的独创性高度。同时该判决指出,“如果我们在实用艺术作品独创性要件判断上过于宽松,将导致无人愿意申请外观设计专利,进而导致专利方法相关制度形同虚设。所以,也有必要严格审查作为美术作品保护的是实用艺术作品独创性要件”。

6.《著作权法》(修订草案送审稿)第五条第一款规定:“本法所称的作品,是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种形式固定的智力表达。作品包括以下种类:……(九)实用艺术作品,是指玩具、家具、饰品等具有实用功能并有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品……”

7.徐晓雁、张鹏:《外观设计专利权的扩张与限缩——以外观设计专利权与其他知识产权的边界为视角》,载于《科技与法律》2014年第4期;徐晓雁、张鹏:《外观设计专利权与实用艺术品著作权冲突问题与对策研究》,载于《中国发明与专利》2014年第8期。

8.参见广州知识产权法院(2017)粤73民终537号民事判决书。

第二部分\

鼓励作品创作 丰富权利内容

为了有效激励作品的创作与传播,此次著作权法修正案草案进一步丰富了著作权及相关权利的权利内容。主要包括增加财产权项、明确权利归属两个方面。

第一,将广播权从“以无线方式公开广播或者传播作品”扩展为“以有线或者无线方式公开播放或者转播作品”,保持信息网络传播权内容基本不变⁹。著作权法修正案草案力图厘清广播权和信息网络传播权之间的边界,回应长久以来新技术和新商业模式下出现的互联网环境下直播行为的司法保护实践问题。著作权法遵循“根据受控行为界定专有权利”的原理,信息网络传播权和广播权属基本平行的两种传播权。1961年缔结的《保护表演者、音像制品制作者和广播组织罗马公约》中第三条定义:“‘广播’是指供公众接收的声音或图像和声音的无线电传播”。《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》“巴黎文本”第十一条之二同样规定作者享有的广播权为:“授权广播其作品或以任何其他无线传送符号、声音或图像的方法向公众传播其作品”。《世界知识产权组织版权条约》向公众传播的权利也被认为是信息网络传播权和广播权的国际法渊源之一:“文学和艺术作品的作者应享有专有权,以授权将其

作品以有线或无线方式向公众传播,包括将其作品向公众提供,使公众中的成员在其个人选定的地点和时间可获得这些作品。”我国《著作权法》于1990年就为作者规定了控制其作品“播放”的权利,在2001年《著作权法》(第一次修正案)明确规定了“广播权”,同时创设“信息网络传播权”。

我们理解,此次修改将以有线(信息网络)方式提供直播作品归于广播权权项而非信息网络传播权权项,具有重大影响。广播权和信息网络传播权项间的空白地带,可以通过扩张权项的方式予以回应。司法实践中判断一项行为是否侵犯权利人的著作权,首先需要界定其行为落入何种受著作权法保护的权项。广播权和信息网络传播权项间就出现了冲突与空白的模糊地带。学界有观点有认为两者区别在于“界定应以承载作品的信号在传播介质中保留的时间长短为依据”¹⁰,也有观点认为“‘信息网络传播权’针对的是‘交互式’传播行为”¹¹。例如,

9.《著作权法》修正案草案将第十条第一款第十一项修改为:“广播权,即以有线或者无线方式公开播放或者转播作品,以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利”。同时将第一款第十二项修改为:“信息网络传播权,即以有线或者无线方式向公众提供、使公众可以在选定的时间和地点获得作品的权利”。

10. 刘银良:《信息网络传播权及其与广播权的界限》,载于《法学研究》2017年第6期。

11. 王迁:《论“信息网络传播权”的含义——兼评“成功多媒体诉时越公司案”一审判决》,载于《法律适用》2008年第12期。

北京时越网络技术有限公司与宁波成功多媒体通信有限公司侵害著作权纠纷案¹²

被告在其网站上对涉案电视剧按照预先设定的节目时间表逐集播出。在某一个时间点,网络用户登录后只能看到被告网站正在播放的那一集,而不能自由选择“点播”。二审法院认为,互联网用户通过涉案网站能够观看该电视剧的内容,即使网站的播放方式系定时定集播放亦侵犯权利人享有的信息网络传播权。即认为能否“在其个人选定的地点和时间”收看节目并非信息网络权区别于广播权的区分标准。

在北京时越网络技术有限公司与宁波成功多媒体通信有限公司侵害著作权纠纷案中,本次草案将广播权从“以无线方式公开广播或者传播作品”扩展为“以有线或者无线方式公开播放或者转播作品”,而保持信息网络传播权内容基本不变。这一修订,考虑到三网融合的技术背景和互联网模式的创新趋势,能否恰当解决针对网络视频、游戏直播、集锦回放等内容的盗播行为,还有待进一步讨论。

第三部分 促进创作合作 明确权利归属

随着经济社会的发展,合作创作成为版权创作的主流方式之一。著作权法修正案草案中就多人创作作品的归属与共享机制作出了进一步修改,以积极推进创作合作。

第一,明确合作作品使用规则,删除“作品不

能分割使用”这一作品使用的前提条件。最大限度合理利用知识产权是构建合作作品制度的出发点之一,在知识产权创作产业化、分工化日益明显,创作主体和合作作品数量均迅猛增长的情况下,法律应当提高合作作品的利用效率,降低许可难度。为此,修正案草案作出两点调整:一是不再区分“可分割”和“不可分割”两类作品类型,第十三条第一款修改为,“两人以上合作创作的作品,著作权由合作作者共同享有,通过协商一致行使;不能协商一致,又无正当理由的,任何一方不得阻止他方行使除转让、许可他人专有使用、出质以外的其他权利,但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。”这一条文修改了现行《著作权法实施条例》需要先行判断作品是否可以分割使用,将“作品不能分割使用”作为上述规则适用前提的要求。二是对协商程序后行使权利范围作出明确,现代著作权交易中,除转让权利

12. 参见北京市第一中级人民法院(2008)一中民终字第5314号判决书。

外, 许可他人专有使用和出质的处分方式同样会对权利人权益造成重大影响, 因此也应由所有权利人协商一致处分。

我们理解, 删除“作品不能分割使用”这一作品使用的前提条件具有重要意义, “作品不能分割使用”的判断存在极大争议。合作作品的诞生是多个作者贡献相互结合, 将智力活动成果共同凝结在作品中的过程。而这一制度设计在法学理

论和司法实践中均出现了一些争议。如怎样判断作品是否可分割; 可分割作品是否适用协商原则; 所有权中共有理论是否适用于不可分割的合作作品, 而可分割作品的权利行使是否能够适用“份额”理论¹³; 协商规则应如何进行通知等。例如,

上海书画出版社与
吴小纯等侵害其他
著作财产权纠纷案

14

多名原告通过法定继承获取了涉案作品《吴湖帆书画集》的著作权, 被告出版社与继承人之一签订授权协议出版了部分涉案作品。二审法院一方面认为涉案作品不属于不可以分割的作品不适用协商规则, 另一方面认为应当适用共有理论, 认为在共同共有关系存续期间, 部分共有人擅自处分共有财产的, 一般认定无效。

第二, 将电影作品和类电作品的“制片者”修改为“视听作品制作者”, 将“由制片者享有著作权”修改为“由组织制作并承担责任的视听作品制作者享有著作权”。电影作品作为一类特殊的合作作品, 具有合作方众多、创作过程复杂、受商业投资驱动、权利流转使用方式多样等特点。因

此著作权法修正案草案根据我国实践将“由制片者享有著作权”修改为“由组织制作并承担责任的视听作品制作者享有著作权”。

我们理解, “由组织制作并承担责任的视听作品制作者享有著作权”符合我国创作实践。例如,

13. 王鸿:《可以分割使用合作作品著作权行使规范之完善》, 载于《学海》2016年第6期。
14. 参见江苏省高级人民法院(2009)苏民三终字第101号民事判决书。

北京光线传媒股份有限公司、北京光线影业有限公司商业贿赂不正当竞争纠纷案¹⁵

最高人民法院认为,电影作品的作者并不是出品人(即著作权人)。电影作品作为一种复杂的综合性很强的艺术创作,包含了编剧、导演、演员、摄影、作词、作曲等众多创作人员的智力创作活动,需要很多人的通力合作共同制作完成的集体成果,因此,著作权法规定参加影片核心智力创作的编剧、导演等主创人员为“作者”,肯定了其实质性进行智力创作者的法律地位,制片人因其投资巨大且承担着巨大的商业风险而规定为电影的著作权人。

然而,制片人是北美影视“制片人中心制”工业体系发展出来的职位,其负责电影投融资、发行、放映、衍生品等商业运营的各个环节。中国电影产业的发展史和现行商业模式不同于这一“制片人中心制”,制片人更多是作为制片单位的代表,并非投资和承担风险的直接主体。本次修正案草案将“由制片者享有”改为“由组织制作并承担责任的视听作品制作者享有”,既更加符合我国电影产业的实践,也为互联网环境下新型投资创作模式留出了适用空间。

第四部分 严格版权保护 强化侵权救济

在著作权侵权损害赔偿方面,修正案草案相比现行著作权法大幅提高了对侵权行为人的惩罚力度。主要表现为如下方面,

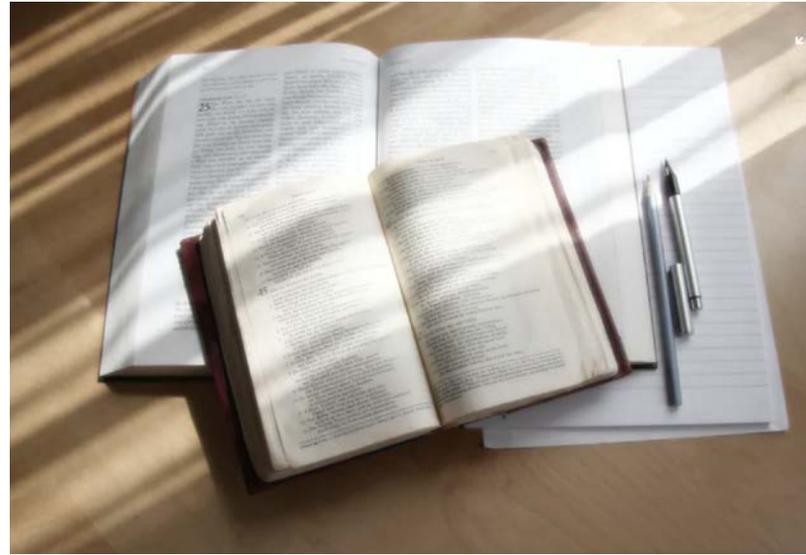
第一,新增侵权损害赔偿计算方式,提高法定赔偿上限。修正案草案新增“权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算的,可以参照该权利许可使用费的倍数给予赔偿”条款,与现行《商标法》和《专利法》保持一致,形成了“实际损失—违法所得—许可费倍数—法定赔偿”这一知识产权侵权案件损害赔偿计算的适用路径。修正案草案将法定赔偿的上限从50万元提升至500万元,无疑有利于缓解侵权损害赔偿过低、权利人维权“入不敷出”等困境。

我们理解,许可费的倍数将成为著作权侵权损害赔偿数额计算的重要方式,有助于解决侵权赔偿计算不科学的问题。日本知识产权战略本部2015年的统计显示,28%的案件独立援引许可使用费的合理倍数赔偿条款,13%的案件合并适

¹⁵ 参见最高人民法院(2015)民三终字第4号民事判决书。

用许可使用费的合理倍数与其他标准配合的多种赔偿计算规则。可以说,在日本,许可使用费的合理倍数的使用率近半,已成为知识产权损害赔偿计算的主流应用规则。¹⁶据国际专业咨询机构普华永道《2014年美国专利诉讼研究:案件数量跳跃式攀长而损害赔偿额持续性下降》报告统计,80%左右的案件使用许可使用费的合理倍数计算损害赔偿数额。¹⁷根据德国学者研究分析,95%的专利侵权诉讼系以许可使用费的合理倍数来计算损害赔偿数额。¹⁸可见,大陆法系和英美法系均以许可使用费的合理倍数作为侵权损害赔偿数额的主要计算方式。这种计算方式的合理性在于,假定著作权侵权行为发生之时没有发生侵权行为而是实施了著作权许可,许可范围就是著作权侵权范围,那么在这一许可下侵权行为人需要支付的许可费用就是填平原则下所需要的著作权侵权损害赔偿数额¹⁹。

第二,新增侵权惩罚性赔偿条款,将故意侵权作为惩罚性赔偿适用条件。著作权法修正案草案规定对于情节严重的故意侵权,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿,成为了继《反不正当竞争法》《商标法》之后,又一规定侵权惩罚性赔偿的知识产权部门法。此外,相比前述两部法律中“恶意实施侵犯商业秘密行为”“恶意侵犯商标专用权”的规定,修正案草案



的惩罚性赔偿门槛进一步降低,即只要“故意侵犯著作权或有关权利”便有可能触发惩罚性赔偿,无疑对侵权行为人更具威慑力。

我们理解,未来惩罚性赔偿法律适用的争议焦点在于故意的认定。从著作权法修正案草案来看,惩罚性赔偿法律适用的条件包括两个方面:故意侵权、情节严重。其中“情节严重”可以根据具体行为样态以及行为损害后果进行判断,是否构成故意侵权将成为最重要的争议焦点。结合美国等法律实践,故意是一种心理状态,需要通过当事人的行为加以判断。如果被控侵权人没有意识到著作权的存在,就不能认定构成故意侵权,这是认定故意侵权的最低门槛;如果被控侵权人

16. 参见日本知识产权战略本部2015年6月颁布的《知识产权推进计划2015》,转引自徐小奔:“论专利侵权合理许可费赔偿条款的适用”,载《法商研究》2016年第5期,第184页。

17. PricewaterhouseCoopers: “2014 Patent Litigation Study”[EB/OL],参见http://www.pwc.com/en_US/us/forensic~services/publications/assets/2014~patent~litigation~study.pdf (2020年5月1日最后访问)。

18. Rojahn,(Fn. 15),S.628; Haedicke,(Fn.5) ,S.529.转引自:李素华:《专利权侵害之损害赔偿及侵害所得利益法之具体适用:以我国专利法为中心》,载《台大法学论丛》,台大法学院2013年,第1401页。

19. 参见张鹏:《专利侵权损害赔偿制度研究——基本原理与法律适用》,知识产权出版社2017年版,第222-223页。

意识到了著作权的存在,他就具有采取相应措施避免专利侵权行为发生的法律责任,这就是认定故意侵权的较高标准;通常来说,根据认定故意侵权的较高标准,民事主体在收到权利人著作权侵权的律师函或者警告函的时候,负有尊重权利人权利的责任,这一尊重通常表现为寻求和遵循律师意见。因此,就法律实践来看,通过被控侵权人的行为认定其是否存在故意的主观心态,常见情形为是否寻求和遵循称职律师的意见。也就是说,没有寻求和遵循称职律师的意见,是构成故意侵权的关键因素。²⁰

第五部分\ 维护利益平衡 优化权利限制

从本质上而言,著作权法作为一种创作激励机制,需要维护创作者、传播者、使用者三者之间的利益平衡,需要借助权利限制制度实现保护著作权与促进著作权利用的统一,保障使用者使用作品的合法权益。

第一,保留合理使用制度列举主义立法例,将著作权法实施条例第21条建构的“不得影响该作品的正常使用”和“不得不合理地损害著作权人的合法利益”两个构成要件提升到著作权法层面。我国著作权合理使用制度的法律适用基本上采用“两步法”:首先需要属于现行著作权法第

二十二条规定的12种具体情形,然后需要满足著作权法实施条例第21条规定的“不得影响该作品的正常使用”和“不得不合理地损害著作权人的合法利益”两个构成要件。换句话说,现行著作权法实施条例第21条规定的两要件属于现行著作权法第22条所规定的著作权利限制的进一步限制。此次著作权法修正案草案进一步明确了这一逻辑,将两个构成要件直接提升到著作权法中以便于和12种列举情形共同构成著作权合理使用制度的构成要件。

我们理解,司法实践和司法政策中对合理使用制度适用考虑因素的总结并未体现在立法中,这对未来司法实践的影响值得进一步关注。在现行著作权法第22条和著作权法实施条例第21条的基础上,最高人民法院通过司法政策对著作权合理使用制度进一步优化。最高人民法院《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》(法发〔2011〕18号)提出,“在促进技术创新和商业发展确有必要特殊情形下,考虑作品使用行为的性质和目的、被使用作品的性质、被使用部分的数量和质量、使用对作品潜在市场或价值的影响等因素,如果该使用行为既不与作品的正常使用相冲突,也不至于不合理地

20. 参见张鹏:《专利侵权损害赔偿制度研究——基本原理与法律适用》,知识产权出版社2017年版,第302-307页。

损害作者的正当利益,可以认定为合理使用。”我们理解,上述规定旨在于在上述两步检验法的基础上,通过使用行为的性质和目的、被使用作品的性质、被使用部分的数量和质量、使用对作品潜在市场或价值的影响等四要素扩充法定12种情形,从而解决法条列举主义对司法实践的桎梏。司法实践中从“12种情形+两步检验标准”扩张到“四要素+两步检验标准”的观点,在立法中并未得到直接的认可和回应,这对未来司法实践的影响值得进一步关注。

第二,明确滥用著作权规制法律制度。著作权法修正案草案第四条明确强调著作权人和与著作权有关的权利人不得滥用权利影响作品的正常传播,积极鼓励作品传播。事实上,随着我国著作权保护的不断加强,著作权滥用行为也日益频发。尤其是上述第四部分所述引入惩罚性赔偿制度并且提高侵权损害赔偿救济力度后,我们需要在严格著作权保护的同时强化规制著作权滥用,以实现著作权保护中创作者、传播者、使用者的利益平衡。

我们理解,未来司法实践中将运用反垄断法明确滥用著作权侵权责任等方式进一步强化对滥用著作权的规制。也就是说,滥用著作权可能会构成反垄断法框架下的侵权责任,值得进一步关注和讨论。例如欧洲法院IMS案判决指出,拥有

支配地位的著作权人拒绝许可行为构成滥用市场支配地位的三个条件包括:拒绝授予许可阻碍一种新产品的出现,而对这种产品,存在着潜在的消费需求;拒绝授予许可没有合理理由;通过拒绝许可,著作权人消除了二级市场上的所有竞争²¹。

从修正案草案可见,此次著作权法修改通过拓展作品类型、丰富权利内容等方式回应新技术、新经济、新业态的发展,让更多的创作成果能够获得著作权保护;通过明确权利归属、强化侵权救济等方式严格保护著作权,让权利人能够有效制止侵权行为;通过优化权利限制,进一步加强著作权权利人、传播者、使用者之间的利益平衡,有效促进版权产业的创新发展。

21. 许光耀:《著作权拒绝许可行为的竞争法分析——欧洲法院IMS案判决研究》,载于《环球法律评论》2007年第6期。



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



中伦研究院出品

image by dylan-alcock-unsplash

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。