

NEWSLETTER

中 伦 律 师 简 报
深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

金融控股公司监管正式拉开帷幕 001 /

乘风破浪的中小开发商
——从最高院下调民间借贷利率司法保护上限谈起 010 /

生物医药投融资交易中的法律博弈 019 /

中国技术进出口管制法律发展
及对跨国公司的影响 030 /

知识产权滥用问题刍议
——从《关于知识产权领域的反垄断指南》再出发 038 /

金融控股公司監管 正式拉开帷幕

作者：余洪彬、张一鹏、梁召辉



随着近年来金融机构的迅猛发展,持有多种金融牌照的金融企业不断涌现,对此类混业经营的担忧也日益增加。我国一直采取分业监管的思路,然而在对待金融控股公司时,单一行业的监管就会出现灰色地带。因此,由央行牵头,自2017年就开始酝酿制定金融控股公司监管办法,并选取招商局集团、蚂蚁金服、苏宁金融集团、上海国际集团公司和北京金控五家企业为试点企业,于2017年底推动开展监管试点。

2019年7月26日,央行发布了《金融控股公司监督管理试行办法(征求意见稿)》(下称“《征求意见稿》”),明确提出设立金融控股公司的市场准入许可,并提出了严格控制股东资格、强调资本来源真实性和资金运用合规性监管、简化并明晰股权结构、强化公司治理结构、规范发挥协调效应和关联交易监管、完善并表管理以隔离风险的“防火墙”制度等监管要求。

历经近三年试点监管、超一年的意见征求及酝酿,2020年9月13日,国务院发布《国务院关于实施金融控股公司准入管理的决定》(下称“《决定》”),明确对金融控股公司实施准入管理。同日,央行发布《金融控股公司监督管理试行办法》(下称“《试行办法》”)。至此,对近年来我国陆续形成的众多金融控股公司的监管真空被填补,金融控股公司监管正式走上规范化、制度化的道路。

第一部分\ 监管体系设计

金融业涵盖范围很广,仅《征求意见稿》和《试行办法》所明确列举的金融机构已包括银行、信托、金融资产管理、证券、保险、其他金融机构六大类。近年来我国陆续形成的众多金融控股公司中,有央企金控、地方金控、民营金控,亦有上市公司金控。不同的金融控股公司所控股的金融机构亦各不相同。对金融控股公司及其所控股的金融机构需要多部门、多层次配合

的协同监管。

此前,试点企业遴选、《征求意见稿》发布均由央行进行,《征求意见稿》中也提出了以央行为核心的多部门对金融控股公司及其所控股金融机构的“监管合作和信息共享”或“信息数据共享”机制。而《决定》系由国务院亲自发布,确定了“对金融控股公司实施准入管理”的基本监管原则,明确了“设立金融控股公司的条件和程序”,同时授权央行根据《决定》制定相应的实施细则、组织实施监督管理,并可采取相关审慎性监督管理措施。央行发布的《试行办法》业经“党

中央、国务院同意”，并首次明确“建立金融控股公司监管跨部门联合机制”。

根据《行政许可法》第十四条的规定，“必要时，国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。实施后，除临时性行政许可事项外，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律，或者自行制定行政法规。”在本次发布《试行办法》的国务院政策例行吹风会上，官方亦表示央行将稳妥有序开展金融控股公司的准入管理和持续监管，制定配套细则，完善制度框架。

由此可见，《决定》和《试行办法》确立了由国务院确定准入管理原则、设立条件及程序，授权央行组织实施并采取审慎性监管措施、牵头多部门跨部门联合对金融控股公司进行多层次监管的体系。除已发布的《决定》《试行办法》外，未来以行政法规乃至法律为基础的金融控股公司监管制度体系必将逐步完善，监管规格再度升级，金融控股公司的各个业务板块要遵守各自主管部门的行业监管，金融控股公司还要接受以央行为主导的联合监管。

第二部分\

《试行办法》要点简析

1. 强制准入

《决定》要求，境内的非金融企业、自然人以

及经认可的法人控股或者实际控制两个或者两个以上不同类型金融机构，具有本决定规定情形的，应当向中国人民银行提出申请，经批准设立金融控股公司。

金融行业属于特许行业，银行、保险、信托、证券等金融机构均施行准入管理。对金融控股公司施行准入许可，是前述理念及监管制度的自然延伸，亦符合国际通行做法。

近年来逐步形成的金融控股公司已是客观存在，对其监管存在缺失也是客观事实。而金融控股公司在发展过程中，亦暴露出了风险交叉传递，控制关系或受益关系复杂、风险隐蔽性强，缺少整体资本约束，不当干预金融机构经营，利用关联交易隐蔽输送利益，损害金融机构和投资者的权益等问题。着眼问题、立足实践，对金融控股公司实施强制准入已是必然要求。

2. 强调风险隔离

《试行办法》出台前，金融行业/金融机构实施相应的风险隔离机制、建立“防火墙”，已是对金融机构监管的基本要求之一。2018年发布的《中共中央 国务院关于完善国有金融资本管理的指导意见》强调要“严格规范金融综合经营和产融结合，国有金融资本管理应当与实业资本管理相隔离，建立风险防火墙，避免风险相互传递。”本次关于《试行办法》的国务院政策例行吹

风会上,官方也表示要“从制度上隔离实业板块和金融板块”。

《试行办法》强调了集团整体的风险隔离机制,既要做到金融控股公司与所控股金融机构的风险隔离,亦要确保金融控股公司所控股金融机构之间的风险隔离。同时,《试行办法》提出了并表管理的要求:《试行办法》第二十四条规定,企业集团整体被认定为金融控股集团的,应当对集团内从事金融活动的机构实行并表管理;第二十五条规定,对资产规模占金融控股公司并表资产规模的比例较小,但加总的业务和风险足以对金融控股公司的财务状况及风险水平造成重大影响的;或所产生的风险和损失足以对金融控股公司造成重大影响的被投资机构也应纳入并表管理的范围。

我们理解,纳入并表管理后,金融控股公司、金融控股公司所控股金融机构与该等被投资机构之间,亦应建立风险隔离机制。

3.层级简化、结构清晰

此前的市场实践中,已有因组织架构复杂、隐匿股权架构,交叉持股、循环注资在内等原因而产生风险的金融机构/金融控股公司案例。

本次出台的《试行办法》不仅明确金融控股公司应当具有简明、清晰、可穿透的股权结构,实际控制人和最终受益人可识别,法人层级合

理,而且要求金融控股公司股东股权结构和组织架构清晰,主要股东、控股股东或实际控制人的股东、受益所有人结构透明,管理能力达标,具备有效的风险管理和内部控制机制。

层级简化、结构清晰,既是申请设立金融控股公司的标准之一,也为了便于监管部门对金融控股公司实施监管。

4.强资本约束

(1) 注册资本及注资要求

对于金融控股公司,《试行办法》要求实缴注册资本额不低于50亿元人民币,且不低于直接控股金融机构注册资本总和的50%,且有能力为所控股金融机构持续补充资本。

对于金融控股公司股东、实际控制人,《试行办法》要求其资本实力雄厚,财务状况良好。而且要求发起人或控股股东承诺必要时向金融控股公司补充资本,金融控股公司向所控股金融机构及时补充资本金。

(2) 业务聚焦

《试行办法》删除了《征求意见稿》中“还可以从事经中国人民银行批准的其他金融业务”“管理集团整体流动性”的表述,金融控股公司除对所控股的金融机构进行股权管理外,经央行批准,还可对所控股的金融机构进行流动性支持。由此可见,《试行办法》对金融控股公司可

开展的业务进行了“瘦身”，金融控股公司业务范围进一步聚焦于股权管理职能，真正成为所控股金融机构的“管家”，杜绝直接从事金融业务。

(3) 资本来源真实、合法

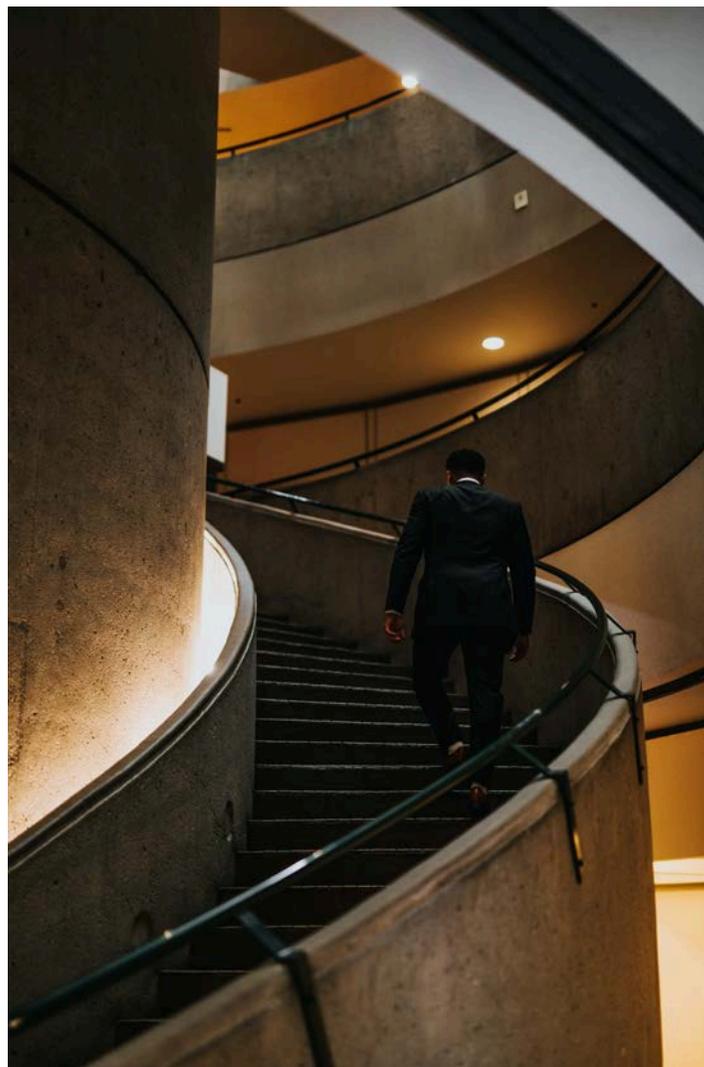
《试行办法》要求金融控股公司股东以合法自有资金投资金融控股公司，确保投资控股金融控股公司的资金来源真实、可靠。要求金融控股公司以合法自有资金投资控股金融机构，不得对金融机构进行虚假注资、循环注资，不得抽逃金融机构资金。

而且央行对金融控股公司的资本合规性实施双向、穿透管理，既核查投资控股金融控股公司的资金来源，亦核查金融控股公司投资控股金融机构的资金来源。

50亿元人民币且不低于直接控股金融机构注册资本总和的50%，本身就是一个极高的注册资本要求。结合前述风险隔离、并表监管等要求，《试行办法》对金融控股公司的注册资本要求、对股东补充资本的要求、对资金来源的要求，实际上成为了对金融控股公司及其股东、实际控制人最强的约束之一，真实资本几近成为唯一选择，体现了要求金融控股公司及其所控股金融机构具备抵御风险的真实资本的监管思路。

5. 规范关联交易

关联交易历来是对金融机构监管的重点，



如2019年9月出台的《证券公司股权管理规定》就要求证券公司“按照穿透原则将股东及其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人、最终权益持有人作为自身的关联方进行管理。”

不规范的关联交易，往往是诱发金融风险的关键点，也会导致风险隔离无法实现。结合此前部分金融机构被其控股股东、实际控制人掏空而导致出现严重金融风险事件的教训，《试行办法》在股东资质层面即以负面清单的方式，禁

止“关联方众多, 股权关系复杂、不透明或存在权属纠纷, 恶意开展关联交易, 恶意使用关联关系”的投资者成为金融控股公司的控股股东或实际控制人。而且要求金融控股公司的发起人或控股股东承诺金融控股公司与关联方之间、关联方相互之间不进行不当关联交易。明确列举了金融控股公司不得从事的关联交易类型。

而作为金融机构, 提供融资通常情况下属于其常规业务, 但金融控股公司作为股权管理机构, 不直接从事金融业务。《试行办法》要求金融控股公司不得为其主要股东、控股股东和实际控制人提供融资支持, 即限制自融, 防止金融机构沦为提款机, 较常规的关联交易监管要求更加严格。

以强制准入为根本, 强调风险隔离, 要求金融控股公司及其股东层级简化、结构清晰, 提出强资本约束的要求、进一步规范关联交易, 是对过往实践乃至经验教训的总结, 也是填补金融控股公司监管空白的重中之重。

第三部分\ 《试行办法》与《征求意见稿》的主要条文差异简析

1. 列入监管范围的金融控股公司/金融控股集团进一步明确

《试行办法》将《征求意见稿》中关于适用的

金融控股公司范围, 由“实际控制人为境内非金融企业和自然人的金融控股公司”修改为“适用于控股股东或实际控制人为境内非金融企业、自然人以及经认可的法人的金融控股公司”, 切入角度由“实际控制人”修改为“控股股东或实际控制人”, 同时新增了“经认可的法人”这一适用认定标准。

结合《决定》对央行制定实施细则、组织实施监督管理、采取审慎性监督管理措施的授权, 前述适用范围的修改, 使得纳入监管范围的金融控股公司范围扩大且标准进一步明确, “经认可的法人”这一兜底性规定, 为后续央行或其他国务院金融管理部门(如适用)自由裁量乃至后续出台进一步的规则预留了空间。

同时, 《试行办法》将“控股或实际控制统称为实质控制”, 前述修改亦使得纳入监管范围的金融控股集团范围扩大, 且标准进一步明确。

2. 所控股金融机构范围

对于金融控股所控股金融机构的范围, 《试行办法》删除了《征求意见稿》项下的“依法设立的、经国家金融管理部门批准从事金融业务”这一认定标准, 直接列举金融机构类型, 且所列举金融机构的具体类型中, “基金管理公司”被修改为“公募基金管理公司”, 将私募基金管理公司排除在金融机构序列之外。而兜底认定条款

的“金融管理部门认定的其他金融机构”亦提升为“国务院金融管理部门认定的其他机构”。

所控股金融机构类型范围有所收窄，且兜底性认定条款的权限层级有所提升，与对金融控股公司监管规格的升级异曲同工。

3. 监管体系进一步细化

《试行办法》将《征求意见稿》项下的银保监会、证监会和外汇管理部门依法对金融控股公司所控股金融机构实施监管的规定，调整为“国务院金融管理部门依法按照金融监管职责分工对金融控股公司所控股金融机构实施监管”，且明确提出“建立金融控股公司监管跨部门联合机制”。

《试行办法》确立了国务院金融管理部门对金融控股公司所控股金融机构实施监管时，“按照金融监管职责分工”的原则，使得国务院金融管理部门对金融控股公司所控股金融机构实施监管时的职责划分有据可依。同时又提出建立“跨部门联合机制”，使得多部门联合监管未来有制可循。

前段时间，市场上有许多关于银行取得券商牌照，从事券商业务的声音，在本次发布《试行办法》的国务院政策例行吹风会上，官方回应了这一问题，明确了金融业施行分业经营、坚持分业监管的原则，并说明《试行办法》仅是金融

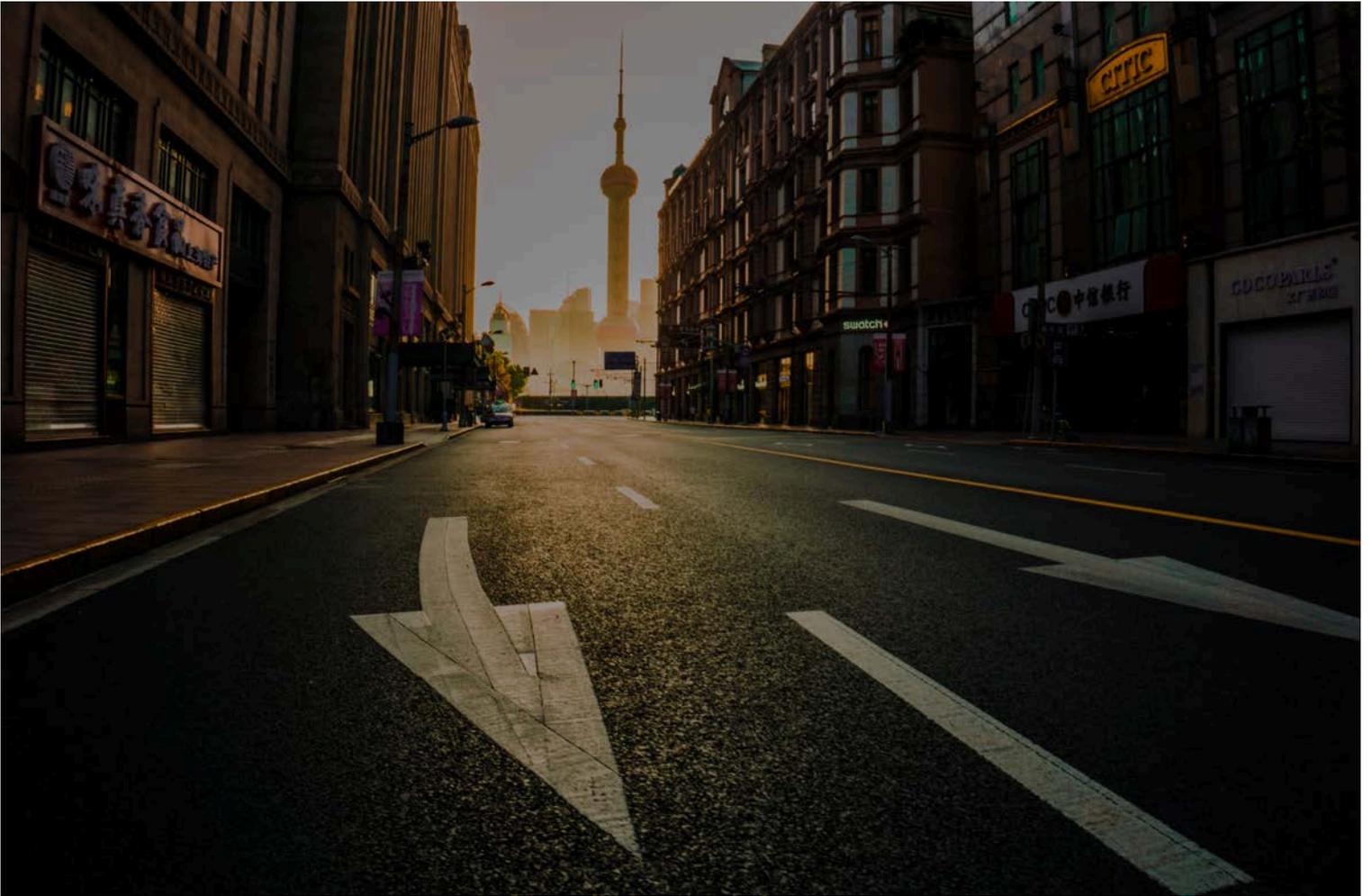
业分业经营、分业监管格局的完善和补充。

金融控股公司及其所控股金融机构的监管体系有了分工原则、联合机制后将更加细化，但该监管体系下，金融机构直接面临金融管理部门的监管，作为金融控股公司所控股的金融机构，在金融控股公司接受监管时，又面临新的监管，二者如何协调、统一，未来以行政法规乃至法律为基础的金融控股公司监管制度体系、建立的具体联合机制，需要解决这一问题。

4. 金融控股集团要求调整

对于符合相关条件的企业集团设立金融控股公司，《征求意见稿》项下描述为“可由企业集团申请设立金融控股公司，金融控股公司及其控股机构共同构成金融控股集团”，而《试行办法》将其调整为“可申请专门设立金融控股公司，由金融控股公司及其所控股机构共同构成金融控股集团”。即明确企业集团如满足相关条件，可申请专门设立金融控股公司，避免了出现企业集团是否可以提出申请新设一家金融控股公司或企业集团申请将自身“设立”为金融控股公司的疑问。

对于金融资产占集团并表总资产的比重，《试行办法》提出了“应当持续达到或超过85%”的更为严格的要求。



5. 金融控股公司设立条件的调整

关于注册资本：《试行办法》规定实缴出资不低于50亿元，强调不低于直接控股金融机构注册资本总和的50%。相较于《征求意见稿》的描述，要求更为清晰，且有所降低。

关于股东资格：不仅要求股东需符合相关规定，亦要求实际控制人需符合相关规定，进一步体现了“穿透监管”的原则。

关于董监高任职资格：不再要求“有具备任职专业知识和业务工作经验”，而是改为“任职

条件”，具体条件尚待出台具体规则。

6. 主要股东财务状况要求调整

《试行办法》对主要股东、控股股东或实际控制人的财务状况要求，均有所降低。对成为金融控股公司主要股东而非控股股东或实际控制人的非金融企业，仅要求最近两个会计年度连续盈利。对于非金融企业成为控股股东或实际控制人的，其最近三个会计年度连续盈利不再要求扣除非经常性损益。

7. 申请期限、审批期限明确, 将发放许可证

《试行办法》实施前已具备《试行办法》第六条情形的机构, 拟申请成为金融控股公司的, 向央行提出申请的期限由6个月延长至12个月。

央行应自受理之日起六个月内, 作出批准或不予批准的书面决定。同时, 如经央行批准, 则将获颁发“金融控股公司许可证”。

8. 补充资本金要求范围扩大

对于补充资本金, 不再仅要求发起人或者控股股东承诺“必要时金融控股公司向所控股金融机构及时补充资本金”, 而是要求发起人或控股股东新增承诺“必要时向金融控股公司补充资本”。

9. 金融控股公司业务范围调整

《试行办法》删除了“还可以从事经中国人民银行批准的其他金融业务”“管理集团整体流动性”的表述, 即金融控股公司除对所控股的金融机构进行股权管理外, 经央行批准, 还可对所控股的金融机构进行流动性支持。

《试行办法》保留了《征求意见稿》项下的资本补充要求条款, 明确“金融控股公司应当建立资本补充机制”, 除了控股股东或实际控制人“输血”外, 在金融控股公司聚焦管理职能的要求下, 自身几乎没有“造血”能力, 除了“依法发

行合格资本工具”外, 金融控股公司是否可通过其他融资手段或途径获取资金进而实现对所控股金融机构进行流动性支持, 尚不得而知。

第四部分 总结

近三年试点监管、超一年的意见征求及酝酿, 《试行办法》千呼万唤始出来。漫长的等待, 彰显了“孕育”的不易, 亦预示着监管之路漫漫。被监管主体、监管体系, 均尘埃落定且进一步细化, 其他部分监管要求亦稍有降低, 但穿透监管、审慎监管原则依然高悬。《试行办法》出台, 只是金融控股公司监管万里长征的第一步。☞



余洪彬
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2175
yuhongbin@zhonglun.com

乘风破浪的中小开发商

——从最高院下调民间借贷利率司法保护上限谈起

作者：陈月棋、应玉菊、杨朔



一场选秀节目里,总有一些人既不是C位出道的明星队员,也不是坐在看台上鼓掌的人。中小开发商就是这样,无法像明星开发商一样拿到年化5%甚至更低的开发贷,也由于主体资信评级满足不了发债、保理以及资产证券化等融资要求,难以拓展多样化的融资渠道,但是又由于熟稔的操作手法和充满诱惑的行业回报,仍然活跃在地产开发的前线。对这样的中小开发商而言,前融的成本基本上奠定了一个项目的周期及回报率,显得至关重要。就目前而言,中小房企的前融成本基本都在综合年化15%以上,而在《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称“规定”)刚出台之后,前融业务还涉及到需要解决突破民间借贷利率司法保护上限的问题(以2020年7月20日发布的一年期LPR3.85%的4倍计算为例,民间借贷利率的司法保护上限为15.4%)。不仅如此,由于整体融资政策收紧¹,中小房企想要获得前融,除了承担相应成本外还需要解决各种问题。

第一部分\ 地产融资全面收紧后中小开发商 的最强支持——私募基金

开发商所指的前融,是房地产项目处于“四证”不齐阶段或拿地竞拍阶段,无法获得银行的低成本资金时向其他主体进行的融资行为。从去年开始,银保监会发布的《关于开展“巩固治乱象成果促进合规建设”工作的通知》(银保监发〔2019〕23号)即明确对于不满足“432”的条件(4指的是四证齐全,即国有土地使用权证、用地规划许可证、工程规划许可证、建筑工程施工许可证;3指的是完成30%的开发建设投资;2指的是项目公司必须有2级开发资质)的项目,银行

和信托不得进行任何形式的融资。虽然,23号文对基金的表述较为宽泛,留有不少余地,但在实践中,国央企金控平台、外资机构以及大部分私募机构都基本只操作百强房企的前融业务,能对中小房企提供前融放款的主要机构就是私募基金,当然,实践中还存在其他民间资金,但由于其他民间资金的法律地位在实践中过于多样,在此不做讨论。

由于疫情对经济的影响,房地产行业政策调控意愿明显,且相较于过去的24%和36%,受保护的民间借贷利率大幅下降,本着大势之下求稳及保障合规等心态,私募基金在选择项目

1. 今年下半年以来,多个部门开始释放调控房地产市场和收紧房地产企业融资阀门的政策信号。在2020年房企年中报的业绩会上,“融资监管”也成为了高频词汇。见观察者网:《首次约谈12家房企》,转引自中国青年报,2020年8月30日, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1676425016689631032&wfr=spider&for=pc>。

上必定更加谨慎,在业态要求、项目选择及配资比例上势必做出相应调整,在形式上符合利率保护的要求。但是,融资成本受市场影响较大,从目前的行业情况来看,高杠杆、高负债率的房企将明显受到融资政策收紧的冲击,而中小房企受波及程度显然远大于明星房企。房地产发展的历史告诉我们,中小开发商在融资政策收紧背景下的融资需求只会越来越强烈,这种强烈的意愿足以迫使融资渠道本来就相对单一的中小开发商们不断迎合私募基金的要求。而私募基金也必然尽可能将各种合规问题和风险转嫁给嗷嗷待哺的中小开发商,比如,签订委托投后管理协议、第三方顾问协议等形式收取相应费用,对超出法律保护部分的资金成本进行拆分处理。也就是说,最高院的规定很可能不仅不会实质影响私募基金前融业务与交易安排,甚至会变相增加中小房企的融资难度与成本。所以,如何在中小房企的融资竞争中脱颖而出,被私募基金看中,是中小开发商亟待解决的问题。

第二部分\ 私募基金对中小开发商的偏好分析

中小开发商的融资困难最基础的窘境在于,由于没有百强的名次,几乎无法进入有公信

力的评级体系,这时,便凸显出了一个有经验的房地产律师的重要性——在常年与投资人交流的过程中慢慢摸清了私募基金选取投资对象的常规标准:

(一)关于主体

最直观的仍然是参考一些榜单的排名,比如克尔瑞排名在100-200强之间,多为私募基金眼中的优质中小型开发商。不过100开外的排名私募基金也多抱着“仅供参考”的态度,很多时候还是要到该开发商所在地深入了解已经开发的楼盘和在当地的口碑,结合操盘能力和历史业绩进行综合评估。虽然中小房企多为“非知名”开发商,但这是指全国范围内,大多数目前仍存有硕果的中小开发商在品牌发源地都是具有一定资产规模和开发经验的,甚至在当地有较深厚的政府资源,对楼面价低且位置较为优质的土地有先天取得的能力。

(二)关于项目

私募基金操作百强开发商的项目,前融一般能下沉到三四线城市,而针对中小型开发商,其项目所在城市则大部分要求至少为准二线或以上的城市或明显具备一定规模的优质城市,需要评测的数据有当地人口规模、人口流入程度、当地房价均价、百强开发商的进入情况及数

量等,总之,对当地市场和去化情况要做出重点评估。与此同时,拿地成本成为一个很关键的参考要素,因为成本控制是确保利润空间、投资安全和抗风险能力的基础。大多数时候,私募基金偏向于,拿地价格能低于市场价格三分之一的项目,因为此时,融资和开发层面都容易达到比较理想的结果。

(三) 关于业态

住宅是投资方的最优选,这点不言自明。即使有商业用地,一般倾向于占比不超过30%的项目。对于很多需要产业导入的项目,最好是配有住宅用地做投资平衡,且住宅用地能单独办理土地证进行抵押。如果住宅的货值不能覆盖整个项目土地款的融资金额,则大多数私募基

金将敬而远之——当然,如果找到了合适的产业基金托底或有自持意愿的合作方,那又是另一个故事了。

第三部分 私募基金为保障资金安全采取的投资模式与担保措施

(一) 万变不离其宗的股与债——前融的极简模式

由于前融的特殊性,即公司底层资产基本需要靠私募基金支持才能落地,所以开诚布公地说,这就决定了单纯的股权投资模式不足以保障私募基金对资金安全性的要求。所以一般而言,私募基金总要与开发商共同商议比较合理的结构化安排,股权投资不仅关心投资对象目前的资产状况,更加在意投资对象的发展前景和资产增值,债权投资则更关注投资对象抵押资产的价值,但无论架构上进行多少修正与补足,现行仍然是以“股+债”的夹层模式作为安全合规的核心途径。自2018年之后,《商业银行委托贷款管理办法》《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(“《资管新规》”)《私募基金备案须知》(“《备案新规》”)等规定相继出台,房地产私募基金的监管政策逐渐趋严,备案数量逐渐减少,投资结构也在随着市场变化而变化。



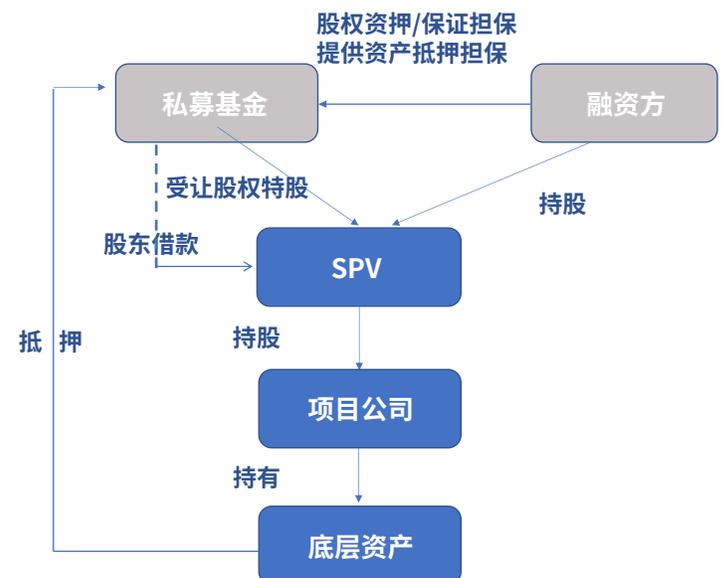
颁布时间	规范名称	主要内容
2017.02.13	《证券期货经营机构私募资产管理计划备案管理规范第4号-私募资产管理计划投资房地产开发企业、项目》	1、禁止私募资产管理计划(含私募基金)通过委托贷款、明股实债等借贷方式投资于热点城市普通住宅地产项目； 2、禁止私募资产管理计划(含私募基金)通过委托贷款、信托计划、受让资产收益权等方式向房地产开发企业提供用于支付土地出让价款或补充流动资金的融资。
2018.04.27	《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》	限制杠杆率、禁止资金池、禁止多层嵌套、禁止刚性兑付、久期管理。
2019.12.23	《私募基金备案须知》	更新不属于私募投资基金备案范围的情形，明确“先备案、后投资”，新增存续期要求、新增封闭运作要求、明确杠杆倍数要求。

虽然监管上众多掣肘，股权投资也的确是其业务发展的必然方向，但就目前实际情况而言，做债仍然是养家糊口的基本保障。同时鉴于基金备案及合规性的需要，该模式下须以股权投资为目的，即股权部分为真股投资，可投直接在项目公司层面做增资扩股，也可以在项目公司的上层设立平台公司。同时，在通过以上方式持有房地产项目公司或项目公司上层公司的股权后，私募基金即再以股东身份向项目公司做股东借款（根据中基协备案反馈，现行夹层投资模式应是“大股小债”模式，即债权比例不得超过20%）。值得注意的是实践中很多私募基金倾向于将股权的变更在项目公司的上层结构中完成，一方面，上层平台公司架构的设立不仅满足地方对竞拍土地前后股东结构保持一致的要

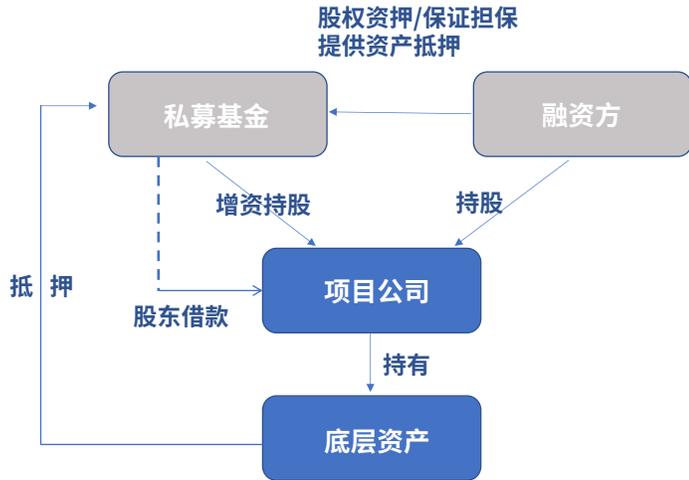
求，另一方面有助于对资金进入项目公司的时间进行灵活控制。

常见的私募基金“股+债”夹层投资模式简图

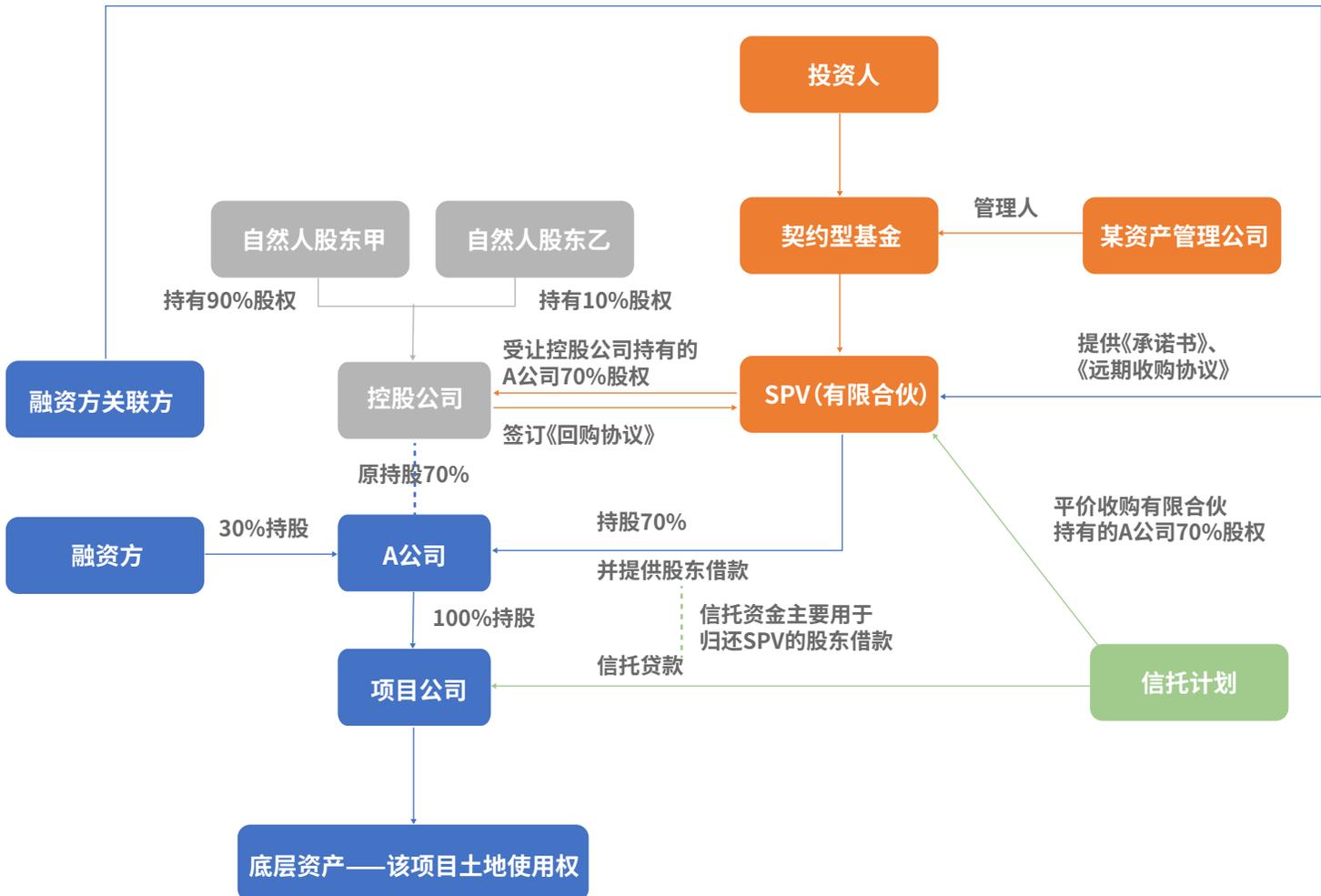
模式一：私募基金设立平台公司间接持有项目公司股权



模式二：私募基金直接对项目公司增资入股



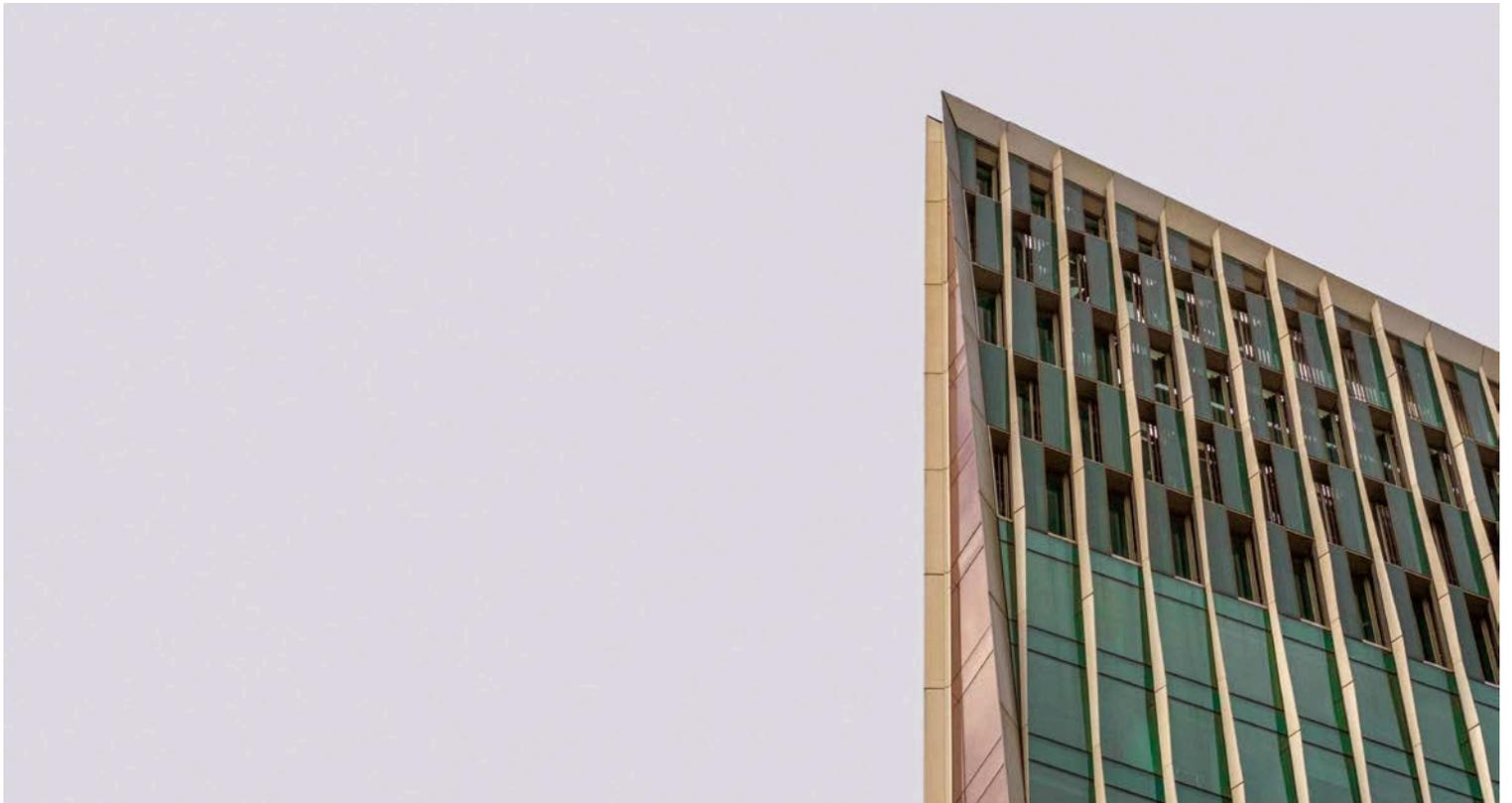
当然,上述关于房地产私募基金“股+债”夹层投资模式的图示只是最基础的框架,实操中我们需要基于房地产项目的风险要素、治理架构等特点,结合私募基金备案、风控的具体要求,往这个基础框架里添加一砖一瓦,最终搭建出稳固的融资交易结构。下面我们将介绍一例过往我们参与设计的地产私募基金项目架构。



在上例交易结构中，融资方为了提高增信迅速拿到融资，A公司不仅将其持有的项目公司100%的股权质押给了契约型基金下设的SPV有限合伙企业，并将底层资产抵押给了SPV，除此之外，控股公司及其实际控制人还向SPV提供连带保证责任，融资方关联方向SPV出具了《承诺函》、《远期收购协议》，如果在上述层层担保措施都无法保障SPV所持股权和债权得以实现的情况下，该私募基金额外设立的信托计划可以确保SPV最终也能依靠该信托计划顺利退出本项目。

基于投资方式的明确，所以在前融阶段私

募基金的退出方式也是十分明确的，即将债权部分还本付息同时做股权回购。但考验中小开发商的并不是看似复杂多变的交易架构和合作模式，而是每个地产人都深知的——由于每一分钱都是有成本的，包括基金公司所称的“股权”部分，所以在什么时间点让私募基金的款项进入以及在可以预期的哪一个时间点要求回购，完成“赎身”，才是对中小开发商操盘能力的考验。所以原则上，中小开发商将与私募基金签订一个固定的回购协议，约定一定期限之后以什么样的价格回购股权，这个期限可能是某年某月的某一天，也可能是开发商胸有成竹的现金



流回正的时候,考虑到私募基金需要成功备案,避免明股实债,这个回购价格也通常会与项目公司开发收益挂钩,或根据模拟清算实现浮动收益退出,或合理设置对赌条款以符合股权投资中股东共担风险的特质。当我们看到严峻的融资形势的时候,我们可以说,伴随地产人的白加黑与五加二仍将愈演愈烈。

(二) 层层叠叠的担保措施——前融阶段的定心丸

1、资产抵押

传统上,资产抵押是最直接和最易被接受的担保方式。但是鉴于前融本身的特性,在这个阶段,项目公司并没有底层资产可供私募基金充作担保物。所以实践中会有部分项目公司的母公司或其他关联公司以担保人的身份利用其资产向私募基金提供抵押担保,以期适当降低融资成本。

2、股权质押

在前融阶段,虽然对于私募基金而言,明知项目公司股权是空壳但鉴于预期利益,私募基金会要求项目公司股东将其持有的项目公司股权质押给私募基金作为项目公司按时返还投资款并支付相应利息的保障。更重要的是,私募基金着意于通过股权质押协议中相关条款的设计,实现对项目公司的全面控股。

3、保证担保

私募基金一般会要求项目公司的股东(包括法人和自然人)、实际控制人及其关联公司向基金提供无限连带责任的保证,以担保基金在任何情况下从项目退出时的收益率均不会低于预期。

4、优先、劣后级安排

房地产私募基金也常常会借鉴信托中“优先、劣后”的结构,即私募基金的投资人一般均为优先级有限合伙人,私募基金会要求项目开发商或其关联企业配比20%-30%的自有资金作为劣后级合伙人以实现风险共担,在优先级合伙人收回全部投资本金和按固定收益计算的投资回报前,劣后级合伙人将不得取回出资,也不得分配任何收益。

5、过程管控

私募基金在投资期内一般直接持有项目公司50%-90%的股权,通过对项目开发、运作、销售的全盘控制(监督或牵制)确保基金的投资安全,例如对项目公司委派董事、监事、财务专员等,实行公章、财务共管等措施,以确保投入资金安全。所以,这就很好解释为什么现在很多私募基金的投后管理人员对房地产开发领域的专业知识储备已经到了随时可以跳槽去房企的水准。

第四部分\ 中小开发商获得私募基金前融的 诚恳建议

1. 中小开发商股东有其他稳定的产业/实业板块,可同时在经营过程中搭设便于融资的公司治理架构,以避免在融资时做架构调整,影响融资工作的推进。比较推荐的是进行集团化的管理和运作,可以合并报表,保持集团整体财务状况良好,维持一个相对较低的账面负债率。

2. 提前分析好自身的项目本体情况,内部确定好融资方向。在目前市场上大部分资金扎堆百强开发商的情况下,中小开发商要有开放的融资思路和合作思路,从而争取资金资源的倾斜。

近期,市场各方都在密切关注地产融资收紧的消息,比较有代表性的比如“地产债不能按照全额度发新还旧,银行间市场按照拟还旧债的85%规模发新债”“对房地产企业设置三道红线(剔除预收款后的资产负债率大于70%;净负债率大于100%;现金短债比小于1倍)”等等。可见,下半年地产融资收紧的基调已成事实。希望,即使是不被眷顾的大多数,中小开发商依然可以乘风破浪,坚强地活下来! ☞



陈月棋
合伙人
房地产和基础设施部
杭州办公室
+86 571 5692 1289
chenyueqi@zhonglun.com

生物医药投融资交易中的法律博弈

作者：龚乐凡、宋金花



随着中国人口老龄化、环境污染对人类健康的危害日益凸显,健康需求与医疗消费不断增加,医疗健康行业蕴藏着巨大的市场空间。由中共中央、国务院于2016年10月25日印发并实施的《“健康中国2030”规划纲要》中提到,至2030年,我国健康产业总规模将达到16万亿元。这将涉及药品、医疗器械、保健用品、保健食品、健身产品等产业。这是投资者们对医疗健康行业的关注并未消减,成为继互联网行业之后的又一投资热点的缘由,也是医药领域投资、并购活跃的主因。

根据清科医疗数据库资料,医疗投资实际上已经处于黄金期。2011-2019年期间我国医疗健康产业投融资额总体呈波动上涨态势。最近10年医疗健康投资总额翻了28倍。¹根据投中集团旗下金融数据产品CV Source统计,2014年国内医疗健康领域并购市场宣布交易398起,环比上涨22.46%,交易规模140.44亿美元,环比上涨70.21%。此外, CV Source统计显示,2014年医疗健康领域VC/PE融资案例66起,融资规模13.48亿美元,交易均值2042.98万美元,环比上升38.02%。而根据统计资料显示,2019年我国医药和生命科学的并购金额为250亿美元,数量为588起,占全球并购总额的6%。²2019年我国医疗健康产业融资总额为602.80亿元,同比下跌24.6%,但依然处于历史第二高,医疗健康产业融资事件数为958起(其中公开披露金额的事件为618起)。³2019年投融资额与投融资数量均同比有所下降,主要受整体资本环境影响,行业投资更加谨慎。

医药企业技术壁垒高、产品周期长、行业监管严格,往往对医药企业的投资、并购与其他行业相比更为复杂、更具有挑战性。在尽职调查过程中,有的风险点不容易被觉察和发现,若不及时加以处理则会带来较为严重的后果,为日后的争议埋下隐患。本文旨在分享在医药企业投资、并购过程中碰到典型的和非典型的法律风险关注点,一起帮助投资人和并购方严谨缜密地看待目标公司可能存在的问题并通过交易架构化解、降低风险。

1.《资本寒冬?对于医疗健康行业,不存在的!》, https://www.sohu.com/a/338108043_432066
2.《2019年医药行业并购交易情况分析:2019年中国医药和生命科学的并购金额为250亿美元》, <http://www.chyxx.com/industry/202005/861380.html>
3.《2019年医疗健康领域投融资报告》, <https://www.vzkoo.com/news/2530.html>

第一部分\ Earnouts条款在医药投融资并购领域的运用

在医药企业并购或投资交易中,目标公司的业务/市场准入许可是法律和商业尽职调查的重中之重,(1)如果目标公司是制药企业,则需要关注其药品生产许可证、药品注册证/注册批件、临床试验批件,药品经营许可证和实验动物使用许可证等,(2)如果目标公司是医疗器械公司,则要重点查验医疗器械注册证、临床试验批件(如部分第三类医疗器械等)、医疗器械经营许可证等。

在股权投资或者并购交易的实务中,如果私募/风投机构意向投资的医药目标公司处在早期或成长期,比较常见的情况是目标公司在某个产品领域已经拥有比他人先进的科研成果/技术,意图进军该业务或产品领域,但其业务或产品尚未成熟,并未获得相关业务或产品的注册证或批件等业务/市场准入许可。

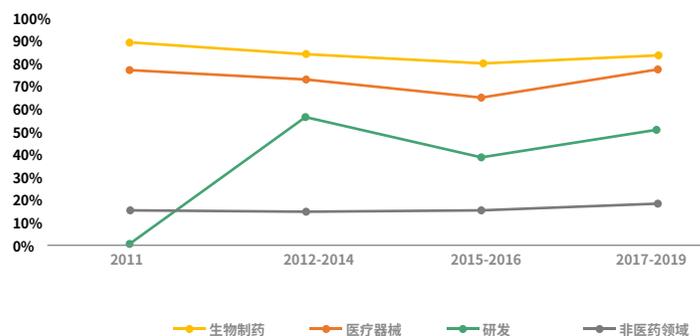
关于这个问题的法律解决方案难点,在于缺乏有关业务/市场准入许可时是否能够作出有效的判断以及化解风险的方案设计——这就要求投资者能够基于被投资企业所处的成长阶段,理解其产品的特性、成熟度和潜力,对风险作出全面评估,设计恰当的投资或并购的条款

条件、交易方式。比如,在交易文件中将产品推进计划以及获得相应业务/市场准入许可的预估时间表等作为目标公司和/或股东的承诺事项或作为其他安排,并设置Earnouts条款。

Earnouts是指由于交易双方对价值和风险的判断不一致,将传统的一次性付款方式转变成按照未来一定时期内的业绩表现进行支付的交易模式。在医药投融资及并购领域,由于药品的研发周期平均超过十年,投入超过26亿美元,还面临着“神药”可能沦为“安慰剂”的高风险的无奈情况。为此,在医药领域的并购交易中,Earnouts条款的运用非常普遍。据2011年至2019年数百个交易的统计,Earnouts条款在药品并购交易中的运用比例高于80%,在非医药领域,Earnouts条款的运用比例低于20%。

业绩目标付款安排(Earnouts):以行业为例

业绩目标付款安排(Earnouts)在医药及其他领域的运用



同时,在约定Earnouts条款的交易中,据统计,在131个交易中,大概31%比例会出现Earnouts付款争议。在出现Earnouts条款争议的案件中,53%的交易启动重新谈判交易价款,47%的交易不启动谈判程序,进入争议解决程序。也就是说,Earnouts条款的起草至关重要。如果起草不好,将来可能成为双方的暴雷点。比如在2013年,Shire从Fortis处购买了一家公司,叫SARcode, SARcode当时研发治疗干眼症的药物,已经到临床试验第三阶段第二期,所以收购协议中约定了Earnouts条款:

如果临床试验第三阶段第二期的数据证实药物达到预期的效果 (both symptom and sign endpoints), Shire继续支付1.75亿美元;

如果临床试验第三阶段第二期的数据证实

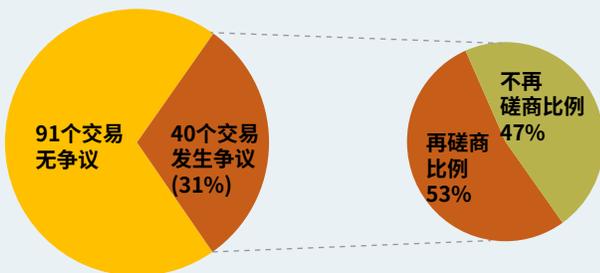
药物达到预期的效果并且药物获得药品批文, Shire再支付2.5亿美元。

但临床试验第三阶段第二期的数据无法证实药物达到了sign endpoint,所以Shire启动了临床试验第三阶段第三期,获得的数据证实药物达到了预期效果,随后获得了药品批文。但是Shire基于临床试验第三阶段第二期的数据无法证实药物达到预期的效果拒绝了Fortis支付4.25亿美元款项的要求,双方因此诉诸法院。法院的判决认为,协议明确约定用于证实药物达到预期效果的数据应来自于临床试验第三阶段第二期,其他阶段的试验数据并不能作为判断付款条件是否满足的依据,因此支持Shire的主张,导致SARcode损失4.25亿美金。

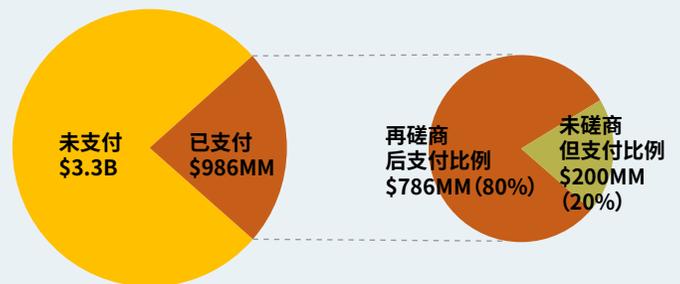
业绩目标付款安排(Earnouts)条款争议及再磋商情况

统计:131个交易统计

业绩目标付款安排(Earnouts)条款争议及再磋商比例



发生争议所涉及的金额及再磋商比例



业绩目标付款安排(Earnouts)条款产生争议所涉及的金额为\$4.3B,其中\$986MM (23%) 已支付。如果支付,产生争议的里程碑事件是在一年后予以支付,比正常支付晚了一年。

第二部分\ 管理层优先分配 (Management Carveouts)

对于创业企业而言,创始人往往持有普通股,若获得额外的激励股权,往往通过期权(Option),限制性股票单位(RSU)或限制性股票的方式获得激励;对管理层而言,其通过期权(Option)或限制性股票单位(RSU)获得激励的形式较为常见。也就是说,即使公司将来在出售时,有优先清算安排的情况下,在分配顺位上,投资人往往通过优先股获得优先分配;创始人及管理层所获得普通股或可转换为普通股的权益,在分配顺位上往往处于劣后位置。同时,在受偿比例上,在有投资人优先受偿分配的情况下,创始人和管理层按持股比例分配,可能是应获得分配金额的一定折扣比例,乃至被腰斩的比例。比如,在摩拜单车的案例中,由于投资人享有优先清算权,创始人所最后获得的比例,不会是出售金额*创始人的持股比例,而是(出售金额-投资人的优先清算额)*创始人的持股比例,若投资人的优先清算额非常高,那么创始人所最后套现的金额会大幅减少。

实务中,由于优质创业企业的稀缺及其在各自领域的优势地位,这类创业企业往往被市场投资人追捧,相对而言,创始人/管理层团队的

谈判地位大大提高,如果在有经验律师的协助下,创始人/管理层可以与投资人谈判管理层优先分配(Management Carveouts)的有利条款。管理层优先分配(Management Carveouts)通常是指,在公司出售或出现其他清算事件的情况下,公司出售对价的一部分比例优先向创始人和管理层分配。据境外的统计数据,在2019年的出售公司的案例中,获得管理层优先分配(Management Carveouts)权利的比例高达11.1%,所获得的比例约为整个出售权益的10%左右,而且呈逐年增长趋势⁴。也就是说,对创始人和管理层而言,其全身心乃至投入毕生精力为公司服务、贡献,在公司以高估值出售时,其有权利获得优先分配奖励,在实务中,也正在被越来越多的股东(包括财务投资人)所认可。



4. <https://www.srsacquiom.com/resources/2020-ma-deal-terms-study/>

第三部分\ 金色降落伞条款 (Golden Parachute)

金色降落伞条款虽然是舶来品,但随着A股市场上恶意并购案例的增多,越来越多的管理层要求签署金色降落伞条款。比如,在A股,公开的部分案例总结如下:

	公司	主要内容
金色降落伞条款	中国宝安集团股份有限公司	当公司被并购接管,在公司董事、监事、总裁和其他高级管理人员任期末届满前如确需终止或解除职务,必须得到本人的认可,且公司须一次性支付其相当于其年薪及福利待遇总和十倍以上的经济补偿。
	广东海印集团股份有限公司	当发生公司被并购接管的情形时,在公司董事、监事、总裁和其他高级管理人员任期末届满前如确需终止或解除职务,必须得到本人的认可,且公司须一次性支付其相当于前一年年薪及福利待遇总和十倍以上的经济补偿(正常的工作变动或解聘情况除外)。
	多氟多化工股份有限公司	在发生公司恶意收购的情况下,非经原提名股东提议,任何董事在不存在违法犯罪行为、或不存在不具备担任公司董事的资格及能力、或不存在违反公司章程规定等情形下于任期内被解除董事职务的,公司应按该名董事在公司任职董事年限内税前薪酬总额的5倍向该名董事支付赔偿金。
	兰州黄河企业股份有限公司	当发生公司被并购接管的情形时,在公司董事、监事、总裁和其他高级管理人员任期末届满前如确需终止或解除职务,必须得到本人的认可,且公司须一次性支付其相当于前一年年薪总和十倍以上的经济补偿(正常的工作变动或解聘情况除外)。

在实务中,若公司无实际控制人,或者实际控制权比较弱,那么,创始人及其管理层可考虑要求设置金色降落伞条款。当然,设置金色降落伞条款可能与中国《劳动合同法》项下的经济补

偿金条款存在一定的冲突之处,这在设置时需要重点考虑,并设计方案予以规避,避免该等金色降落伞条款被认定为无效。

在诸多创新领域,企业往往考虑在其他资本市场上市或者基于历史背景、创始股东的外籍背景和美元基金背景等,很多企业也设置红筹架构。在红筹架构项下,创始人和管理层往往与境外开曼公司或BVI控股公司签署雇佣协议

(Employment Agreement),然后再与境内子孙公司签署劳动合同和/或董事服务协议等。在该等情况下,在境外的雇佣协议(Employment Agreement)中若约定金色降落伞条款,需要特

别考虑创始人的税费问题,特别是创始人是外籍(比如美籍)人士时,则需要境外律师一起评估签署该等条款是否涉及deferred payment而引发额外税费或处罚的情况。同时,应评估境外的雇佣协议(Employment Agreement)与中国境内的劳动合同和/或董事服务协议之间的协调和潜在冲突避免问题,以免出现部分条款实际不可执行或被认定为无效的情况。

第四部分\ 股权交易v.资产交易

在医药投融资、并购领域,如果不采用股权收购模式,而是通过资产收购的话,目标公司的业务/市场准入许可是否具备、该等许可能否“转让”以及怎样“转让”则是收购方关注的重点,因为这直接影响整个交易架构的设计,甚至决定整个交易的成功与否。从中国法律层面上讲,买卖、出租、出借许可证或者医药产品批准证明文件为法律所禁止,违反的话会触发行政处罚乃至刑事责任。

这里有必要先探讨一下为什么医药领域收购项目会不时采用资产收购模式而非股权收购模式。一方面是因为收购方基于商业上的考虑(如药品从研发到成熟历时长(需几年到几十年不等),耗资高(数亿乃至数百亿美元)等),仅愿

意购买部分业务而非全部;另一方面,收购方也会根据自身的运营能力以及目标公司资产的优劣进行选择。比如,拜耳(Bayer)医药保健有限公司仅收购东盛科技启东盖天力制药股份有限公司的“白加黑”感冒片、“小白”糖浆、“信力”止咳糖浆等抗感冒、止咳类西药非处方药业务及相关资产,而非全部;美国再生元(Regeneron)保留Eyleas药品在美国的生产及市场营销权,但将该药品在除美国以外的全球市场权在销售利润五五分成的条件下与拜耳进行合作。在中国法律项下,直接转让业务/市场准入许可不具有可行性,实务中为了规避重新申请业务/市场准入许可的要求,收购方以股权并购方式收购目标公司,并同时进行非核心或劣质资产剥离及其他处置,但该等处置方式必须进行十分严谨审慎的架构设计以确保合法性。

此外,收购方也可考虑通过法律规定的,药品生产技术转让的方式实现在资产收购后,即使重新申请相关业务/市场准入许可也较为容易获得,但这种转让方式需要满足法律上的特定条件。

例如,《药品技术转让注册管理规定》第九条规定:“属于下列情形之一的,可以申请药品生产技术转让:

(一)持有《新药证书》或持有《新药证书》并取得药品批准文号,其新药监测期已届满的;



持有《新药证书》或持有《新药证书》并取得药品批准文号的制剂，不设监测期的；

仅持有《新药证书》、尚未进入新药监测期的制剂或持有《新药证书》不设监测期的原料药，自《新药证书》核发之日起，按照《药品注册管理办法》附件六相应制剂的注册分类所设立的监测期已届满的；

(二) 未取得《新药证书》的品种，转让方与受让方应当均为符合法定条件的药品生产企

业，其中一方持有另一方50%以上股权或股份，或者双方均为同一药品生产企业控股50%以上的子公司的；

(三) 已获得《进口药品注册证》的品种，其生产技术可以由原进口药品注册申请人转让给境内药品生产企业。”

对于私募/风投机构而言，虽然其通过“资产受让”的方式直接收购医药目标公司的可能性不大，但在其对医药目标公司进行投资的时候，

务必需要关注未来的退出方法,而如果私募/风投机构熟悉医药行业资产出售的游戏规则,那么就为将来的成功退出和高价套现创造了更多的选择和路径。实践中,无论是将部分资产剥离出售给已经进行战略布局的大型药企,还是转换思路寻求其他路径均可实现成功退出的目的,但路径选择在于投资人/操盘手对医药领域资产并购规则的熟练程度及灵活运用能力。可见,医药行业中资产并购的模式无疑为私募/风投机构的退出多了一条选择途径,资产并购架构的多样性为私募/风投机构的退出选择增加了很多想象空间。

第五部分\ 专利/技术陷阱

无论是医药领域的股权并购还是资产并购,知识产权方面的尽职调查一直是重头戏之一。因为知识产权如果存在侵权,即便未来经历千辛万苦获得医药产品业务/市场准入许可,产品热卖,倘若被拖入侵权诉讼的漩涡,无疑会对于目标公司的上市、预期的收益产生重大不利影响。如果认为这属于技术范畴而非法律尽职调查的内容,则是非常危险的。况且,很多并购的动因即是收购方看重目标公司拥有在相关领域内的前沿技术(如专利、专有技术等)和/或知

名的品牌、作品等有形或无形的资产(如商标、企业声誉、版权作品等),或者投资人认为目标公司存在技术的创新和竞争力,对于其他市场上的竞争对手能起到提高准入门槛,甚至改写市场竞争局面的可能。但是如果这些知识产权是沙滩上的城堡,随时面临被他人起诉,那么可能整个交易的可行性就要被质疑了。

知识产权方面的尽职调查的难点在于专利/技术,即确保目标公司或者目标资产的专利/技术拥有“freedom to operate (FTO)”(自由使用)的资格能力。对专利/技术方面(包括专有技术(know-how))的尽职调查而言,如果仅仅是调查专利、专利申请、技术的数量、有效期、现行状态、许可、转让等情况,我们通过目标公司提供相应的专利证书或其他证明文件复印件等方式即可判断其是否存在法律风险。此外,我们也会通过各类数据库再予以核实。但无论是查验文件还是数据库核实,其均无法达到发现目标公司的专利/技术是否存在侵犯他人先在权利等风险。

实务中为了证明无侵权风险,可对专利/技术进行FTO调查,即对目标公司的专利/技术是否侵犯他人先在权利进行调查,以便收购方能够对该专利/技术进行自由使用和开发(如其经该专利/技术生产的产品投入市场后并无侵权的隐患);广义的FTO还包括实施该专利/技术时不

违反所适用的法律法规规定的问题。由于专利/技术FTO尽职调查的技术性强、责任重大、费用高昂、耗时长(可能影响整个交易进程),如果目标公司的专利/技术数量多,则这将是一笔不小的收购成本。

在开展尽职调查前,专利/技术的FTO调查范围、调查细节、以及由谁进行调查等问题,我们也会根据项目情况以及客户的意愿找出一条适合的途径。虽然专利/技术FTO调查并不能成为收购方的“护身符”,但能直接影响收购方是否实施收购的决策。如果目标公司属于高新技术行业,或其运营模式是依靠单一或少数专利/技术的,在投资该类目标公司时,私募/风投机构进行FTO调查是非常必要的。

第六部分 环保陷阱

如果目标公司是制药公司,无论是资产并购还是股权并购,环保方面的尽职调查是不可或缺的一部分。比如,查验目标公司是否办理污染物排放/排放污染物许可证、在建工程(如有)是否取得了环保部门的批准、查阅目标公司的环境影响评价、危险废物排放(如有)是否已经获得危险废物管理(转移)计划备案表、转移联单等等。通常情况下,法律尽职调查不会涉及现

场核实或实验室检测某些污染物是否超标等技术性调查。对于技术性调查,仅仅查阅目标公司环境影响报告以及年度检查报告的各项污染物排放情况等书面材料并不能发现实际问题并解决问题。

随着环保法规的执法日益严格,环保尽职调查越来越引起收购方和投资者关注。对于污染严重的制药公司的尽职调查,与上文专利/技术FTO调查情况类似,环保调查范围、调查细节、以及由谁进行调查等问题,我们也会根据项目情况以及客户的意愿找出一条适合项目情况的途径。环保尽职调查过程中发现的技术、法律问题也是律师在起草交易文件时应重点考虑的事项,如是否预提环保整改准备金、将相应问题的解决作为付款前提条件事项或其他事项等,均应由律师为客户予以严格把关。



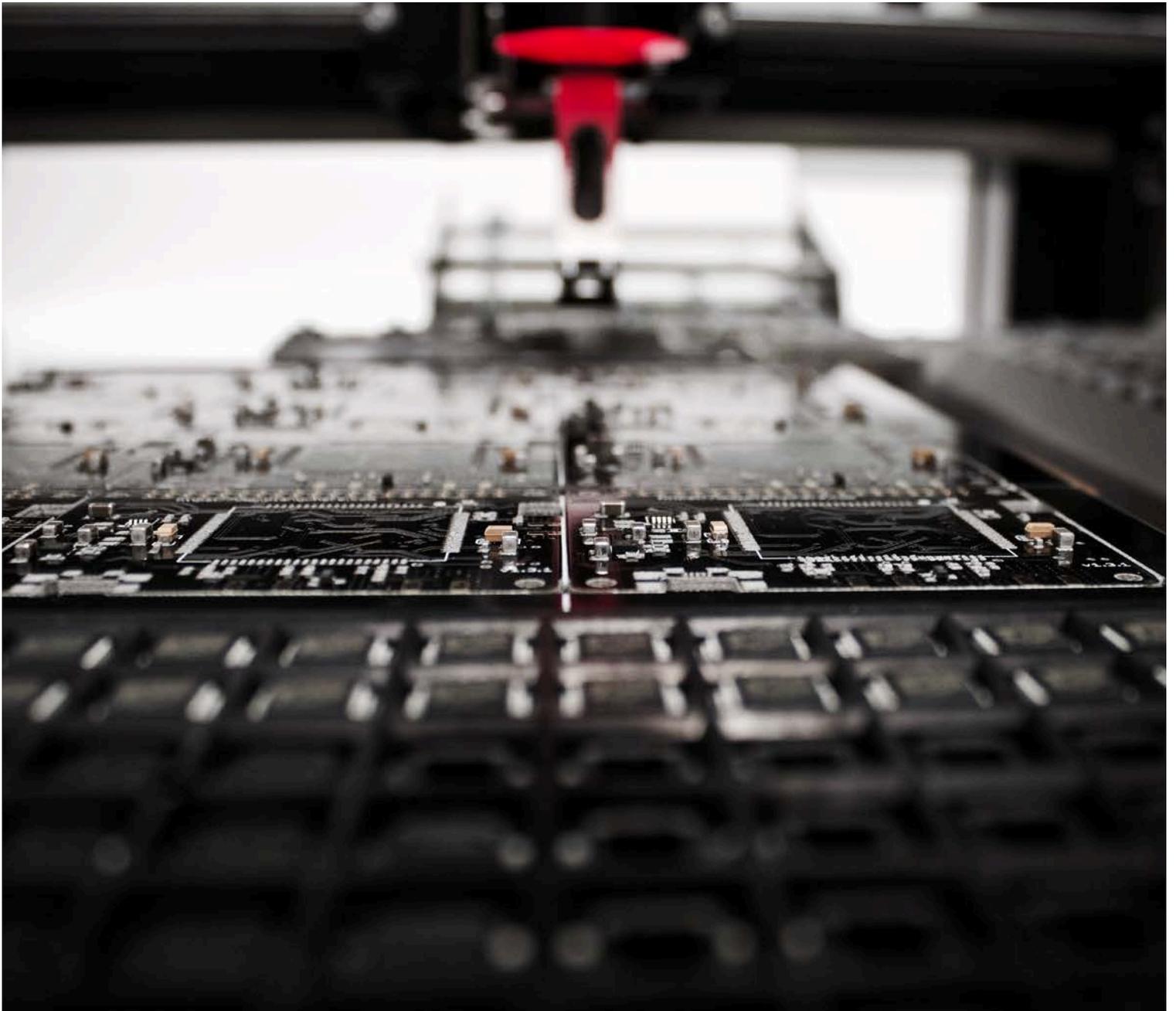
上文只是我们基于投资经验有选择性地列举常见的或者重要的风险,实践中不同的项目,涉及的风险可能千变万化,专业人士不仅要就发掘这些难以察觉的风险点而殚精竭虑,更要在相关的领域拥有丰富的经验。虽然医疗健康领域是投资的热点,我们也会看到更多的投资和并购交易,但是如果没有关注到这些领域所特有的风险和陷阱,那么收购方、投资人就要有心理准备,未来的某一刻定时炸弹将会在你最不愿意发生的时间、地点爆炸,就不得不在未来的某一刻为自己的选择错误而埋单。所以,今天的投入、努力和付出,换来的是明天的淡定坦然和丰厚回报。☞



龚乐凡
合伙人
资本市场部
上海办公室
+86 21 6061 3608
lefangong@zhonglun.com

中国技术进出口管制法律发展 及对跨国公司的影响

作者：蔡荣伟、张国勋、张晓宇、李聿



今年8月初,美国总统特朗普以“国家安全”为由,发布了数项行政命令,禁止短视频应用T(简称“T应用”)在美国的运营,并要求T应用的中国母公司B(简称“B公司”)在9月15日前为T应用的美国业务找到一家美国的购买方。特朗普表示如果B公司未能找到购买方,他将在9月20日起在美国关闭该款应用。行政命令下达后,B公司与包括微软和甲骨文在内的数家潜在购买方就收购事宜开始了谈判。

2020年8月28日,中国政府发布了《关于调整发布<中国禁止出口限制出口技术目录>的公告》(简称“《2020出口目录》”)。《2020出口目录》在现有目录的基础上删除、修改和增加了53项技术,包括部分人工智能和网络安全技术。一些媒体和评论人推测,发布《2020出口目录》的主要意图是针对T应用的问题,使中国政府能成为此事件的相关方。但《2020出口目录》的发布也显示了中国政府日渐重视人工智能、大数据和网络安全相关技术的出口管制问题。

第一部分\ 中国的技术进出口管制制度历史沿革

1.立法进程

中国现行技术出口管制的立法依据是《中华人民共和国对外贸易法》。该法第16条赋予政府根据第16条规定的“国家安全”等原因,禁止或限制某些技术的进出口的权力。但之后的几年,中国政府并未颁布相关实施法规和执法措施,直至2001年的911恐怖袭击事件。

911事件发生后,为配合世界各国反恐工作,中国政府于2001年底迅速出台了多项出口管制法律法规,具体如下:

(a)2001年12月10日,国务院发布了《中华人民共和国技术进出口管理条例》(简称“《进出口条例》”)。《进出口条例》是在《中华人民共和国对外贸易法》的基础上制定的,并分别于2011年和2019年进行了修订,为技术进出口管理提供了指导方针。

(b)在发布《进出口条例》的当日,原对外经济贸易部、国家经济贸易委员会第一次发布了限制进出口和禁止进出口的技术的目录,即《中国禁止进口限制进口技术目录》和《中国禁止出口限制出口技术目录》(统称“目录”)。

(c)2001年12月12日,由科学技术部和原对外贸易经济合作部发布了《禁止出口限制出口技术管理办法》(简称“《管理办法》”)。《管理办

法》是在《中华人民共和国对外贸易法》和《中华人民共和国技术进出口管理条例》的基础上制定的,并于2009年被商务部和科学技术部修订。这些法规旨在专门规范禁止技术和限制技术的出口,并且对技术出口许可提供了具体指导细则。

2.《出口目录》的修订

在过去的20年里,《出口目录》进行了两次修订,分别为2008年以及2020年8月28日。2008年对《出口目录》的修订是实质性的,反映了当时的经济增长和技术进步。

2020年对《出口目录》的修订共删除、修改和增加了53项技术。例如,在第十五类“计算机服务业”和第十六类“软件业”的限制出口技术项下增加了多项与人工智能相关的技术,如语音合成技术、语音识别技术、交互理解技术、印刷体扫描识别技术、手写体扫描识别技术、拍照识别技术、中英文作文批改技术,特别是基于数据分析的个性化信息推送服务技术等。

此外《2020出口目录》还新增了多项与网络安全相关的技术,如密码芯片设计和实现技术、量子密码技术以及数据库系统安全增强技术等。

3.即将出台的《出口管制法》

除了对《2020出口目录》的修订,中国政府也正在完成《中华人民共和国出口管制法》的起

草工作。

2017年6月,商务部发布《中华人民共和国出口管制法》(草案征求意见稿),随后2019年12月全国人大常委会发布《中华人民共和国出口管制法》(草案),2020年7月3日,全国人大常委会发布了《中华人民共和国出口管制法》(草案二次审议稿)(简称“《出口管制法》(草案)”),公开征求意见。《出口管制法》预计可能将较快定稿并颁布生效。

如颁布,《出口管制法》将成为我国规范出口管制执法的第一部综合性的国家出口管制立法(也是第一部法律层面的立法,其立法重要性仅次于宪法)。

《出口管制法》(草案)的要点总结如下:

(a)出口管制物项的范围。

《出口管制法》(草案)¹规定出口管制物项包括两用物项、军品、核以及其他与履行防扩散等国际义务和维护国家安全相关的货物、技术、服务等物项。出口管制物项不仅包括有形的货物,还包括无形的技术和服务等。

(b)《出口管制法》的适用范围。

根据《出口管制法(草案)》²,出口管制适用于(i)从中华人民共和国境内向境外转移管制物项,以及(ii)中华人民共和国公民、法人和非法人

1.《中华人民共和国出口管制法(草案第二次审议稿)》第二条

2.《中华人民共和国出口管制法(草案第二次审议稿)》第二条

组织向外国组织和个人提供管制物项。其中，跨境转移的方式不限于以购销形式出口，还包括对外投资、对外捐赠、境外展览、科技合作、对外援助、技术服务等形式的转让。除了物理递送，还可能包括发送电子邮件、上传国外网站、即时消息等其他电子传输方式。

(c)黑名单管理制度。

《出口管制法》(草案)³规定中国政府为“履行防扩散等国际义务、维护国家安全的需要”，可禁止相关管制物项向特定目的国家和地区，向特定组织和个人出口。

(d)域外管辖权执法。

值得注意的是，《出口管制法》(草案)⁴同时规定了中国有权对境外的组织和个人，违反出口管制管理规定，妨碍防扩散等国际义务的履行，危害中华人民共和国国家安全和利益的，依法处理并追究其法律责任。由此可见《出口管制法》域外执行的可能性。

第二部分 管辖权、程序和处罚

1. 中国的技术出口管辖权

(a) 属地管辖

根据《进出口条例》第二条，技术出口指从中华人民共和国境内向中华人民共和国境外，



通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。

目前对于技术进出口管制主要采取属地管辖，即以领土、领空和领海的边境作为划分标准，从中国境内向境外出口技术需要受到中国法律法规的管辖。技术所有权人的国籍或注册地并非是判断中国法律是否适用的标准。举例来说，美国专利权人在中国境内将专利技术转移给日本的购买方依然会受到中国政府管辖。

(b) 技术转移行为的范围

在《进出口条例》下，技术转移行为的定义非常广泛。《进出口条例》明确规定⁵，技术转移包

3. 《中华人民共和国出口管制法(草案第二次审议稿)》第十条
4. 《中华人民共和国出口管制法(草案第二次审议稿)》第四十四条
5. 《中华人民共和国技术进出口管理条例》第二条

括专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务和其他方式的技术转移。但《进出口条例》还指出,技术转移不一定局限于上述形式。从理论上讲,技术转移可以包括以任何形式向其他个人或组织披露和传播技术信息,包括发送电子邮件或其他方式。

2. 技术出口流程

根据《进出口条例》,中国的技术出口分为三个大类:即自由出口技术、限制出口技术和禁止出口技术。

(a) 自由出口技术

自由出口的技术实行合同登记管理⁶。技术出口经营者应在合同生效后60天内办理合同登记手续,向省级商务主管部门提交技术出口合同副本和其他申请文件⁷。省级商务主管部门自收齐上述材料之日起3个工作日内,对技术出口合同进行登记,并颁发技术出口合同登记证⁸。技术出口经营者可以凭技术出口合同登记证办理外汇、银行、税务、海关等相关手续,完成技术出口⁹。

值得注意的是,上述登记不是合同生效的条件¹⁰。并且据我们所知,到目前为止,在实践中并未严格执行上述登记要求。

(b) 限制出口的技术

限制出口的技术实行许可证管理¹¹。凡出口

中国限制出口的技术的,应按照《管理办法》履行出口许可手续。¹²

在与外方就技术出口交易进行实质性谈判前,技术出口经营者必须向省级商务主管部门提出申请,省级商务主管部门会同省级科技行政主管部门分别对技术出口项目进行贸易审查和技术审查,并在收齐申请材料之日起30个工作日内做出是否批准申请的决定¹³。省级科技行政主管部门在进行技术审查的过程中,可以组织专家对申请出口的技术进行审查¹⁴。

若技术出口获得批准,省级商务主管部门将颁发由商务部统一印制和编号的《中华人民共和国技术出口许可意向书》(简称“《许可意向书》”)给技术出口经营者,《许可意向书》的有效期为三年¹⁵。技术出口经营者可以凭《许可意向书》与外方进行实质性谈判,签订技术出口合同。在未取得《许可意向书》前,任何单位和个人都不得对外进行实质性谈判,不得做出有关技术出口的具有法律效力的承诺。

在技术出口合同签署以后,技术出口经营者应将签订的技术出口合同副本,连同《许可意向书》以及其他申请文件提交给省级商务主管

6.《中华人民共和国技术进出口管理条例》第三十七条

7.《技术进出口合同登记管理办法》第六条

8.《中华人民共和国技术进出口管理条例》第三十九条

9.《中华人民共和国技术进出口管理条例》第四十条

10.《中华人民共和国技术进出口管理条例》第三十七条

11.《中华人民共和国技术进出口管理条例》第三十一条

12.《禁止出口限制出口技术管理办法》第三条

13.《禁止出口限制出口技术管理办法》第六条

14.《禁止出口限制出口技术管理办法》第七条

15.《禁止出口限制出口技术管理办法》第十条

部门。省级商务主管部门在收齐前述文件15个工作日内,对技术出口作出是否许可的决定。若省级商务主管部门对技术出口作出许可决定,则会向技术出口经营者颁发《技术出口许可证》¹⁶。技术出口合同自《技术出口许可证》颁发之日起生效。¹⁷

(c) 禁止出口的技术

禁止出口技术不得以任何方式出口,因此无需办理审批手续。

3. 法律责任

《进出口条例》第四十四条¹⁸明确规定了非法进出口禁止或者限制技术的法律责任,包括行政责任和刑事责任。如果情节尚不构成刑事处罚的,违法的技术出口经营者可能会被给予警告,没收违法所得,处违法所得1倍以上5倍以下的罚款,直至撤销其对外贸易经营许可等。如情节严重的,应依照《中华人民共和国刑法》关于走私罪、非法经营罪、泄露国家秘密罪或者其他罪的规定,依法追究违法技术出口经营者的刑事责任。

此外,若技术出口经营者受到行政处罚或刑事处罚,那么自行政处罚决定生效之日或者刑事处罚判决生效之日起,国务院有关部门可以在三年内不受理该经营者提出的进出口配额或者许可证的申请,或者禁止该经营者在一年

以上三年以下的期限内从事有关技术的进出口经营活动。¹⁹

第三部分 对在华跨国公司的潜在影响

1. 跨国公司内部安排可能受中国技术出口管制法律的约束。

理论上,根据《进出口条例》,如果一家跨国公司的中国子公司(例如一家跨国公司在华设立的外资研发中心)为海外母公司或关联公司进行研发,或与它们联合进行研发,中国子公司有可能会被认为通过技术服务或其他方式进行跨境技术出口,从而受到中国出口管制法律的管辖。

2. 在过去的实践中,中国技术出口管制法律对跨国公司的影响较小。

到目前为止,中国的出口管制法律并未严格执法。实践中,除因外汇或海关等特殊要求外,大部分公司并未申请技术出口许可,并且也鲜有公开报道提及有公司因未取得技术出口许可而受到处罚。另外,中国长期鼓励跨国公司在

16.《禁止出口限制出口技术管理办法》第十四条
17.《禁止出口限制出口技术管理办法》第十五条
18.《中华人民共和国技术进出口管理条例》第四十四条
19.《中华人民共和国对外贸易法》第六十一条

华设立外资研发中心。大部分在中国的外资研发中心都是通过成本加成的财务安排由其海外母公司支持的,海外母公司通过“委托开发”的法律原则以及签订技术服务合同的方式拥有外资研发中心所研发技术的知识产权。到目前为止,没有迹象显示中国政府会改变鼓励跨国公司在华开展研发工作的长期政策。

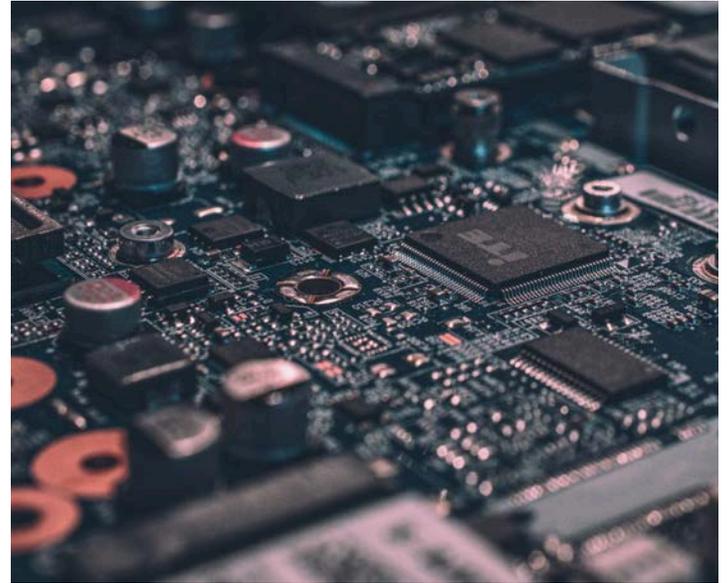
3.《2020出口目录》以及中美之间日益紧张的关系增加了风险。

9月1日,北京市商务局在官方媒体上声明,将严格执行《中华人民共和国技术进出口管理条例》和《中国禁止出口限制出口技术目录》,要求凡是涉及向境外转移技术,无论是采用贸易还是投资或是其他方式均要严格遵守《中华人民共和国技术进出口管理条例》的规定,其中限制类技术出口必须到省级商务主管部门申请技术出口许可,获得批准后方可对外进行实质性谈判,签订技术出口合同。此外,预计不久即将颁布的《出口管制法》可能会加快中国政府保护国内顶尖技术并控制其出口的步伐。

4.风险提升的程度还待进一步观察和评估。

但是,风险提升的程度还有待进一步观察和评估,其原因有二:

(a)《2020出口目录》修订后中国政府如何



执法尚不清楚。全面落实出口管制需要投入大量的人力物力及不同政府部门的协调合作。目前,中国政府的全面执法的能力还是有限的。预计在《2020出口目录》修订后,中国政府需要投入额外的人力和财政资源,才能全面加强其执法机制。

(b)中国政府需要在吸引外资与控制技术出口之间取得平衡。中国政府在实施技术出口许可时,也需考虑在人工智能和量子计算等关键领域吸引外资和技术进口的需要。

第四部分 建议

综上,我们建议在华跨国公司:

(a)密切关注中国政府在出口管制法律领域

的最新立法和执法动态,特别是政府部门是否出台后续的实施细则、指引和案例;

(b)可以考虑向中国政府就有关跨国公司及其海外母公司之间的技术所有权和共享问题征询意见;

(c)加强对可能涉及《2020出口目录》中技术的项目的内部审查和审批流程;

(d)如果尚未设立企业内部专门审查机制,可以考虑为在出口管制角度可能存在问题的项目设立一个专门的审查机制,如果已经设立了审查机制和审查标准,可以在审查标准中增加有关中国出口管制合规的部分;及

(e)定期进行内部培训,对员工进行中国出口管制法律教育,必要时可以在相关合同、用户条款等法律文件中增加有关中国技术出口管制的条款。☒



蔡荣伟
合伙人
公司一部
上海办公室
+86 21 6061 3175
roncai@zhonglun.com



张国勋
合伙人
公司一部
北京办公室
+86 10 5087 2905
zhangguoxun@zhonglun.com

知识产权滥用问题刍议 -从《关于知识产权领域的 反垄断指南》再出发

作者：吴鹏、龙睿、董柯



知识产权反垄断问题带来了两个复杂法律体系的叠加,已经成为当前最前沿、最复杂的法律领域之一。伴随着我国产业升级和企业经营活动中对研发和知识产权许可的需求逐渐增强,涉及知识产权的法律问题,包括其中可能产生的反垄断法问题值得引起企业的关注。2019年1月,《关于知识产权领域的反垄断指南》(“《知识产权指南》”)正式发布。近期,《知识产权指南》通过国家市场监督管理总局反垄断局(“反垄断局”)主持编撰的《2019年反垄断规制和指南汇编》正式对外公布。该指南的发布为执法、甚至司法实践就《反垄断法》在知识产权领域的适用提供了更为明确指引和参考,也有利于企业进行合规管理。在此,我们就指南涉及的重点规定,及该等规定涉及的行为与《反垄断法》的协调与衔接,结合我们的案件处理经验进行要点解读,以期对企业涉及知识产权的合规管理工作有所裨益。

滥用知识产权排除、限制竞争的行为会面临违反《反垄断法》的风险

《知识产权指南》在开篇总则部分就明确表示,反垄断与保护知识产权并不冲突,二者从不同的角度追求共同的目标,即保护竞争、激励创新、提高经济运行效率、维护消费者利益和社会公共利益。因此,企业依法行使知识产权的行为并不会受到《反垄断法》的规制。但是,如果依据《中华人民共和国反垄断法》(“《反垄断法》”)及其配套规定进行分析后,认为相关行为会在相关市场上产生排除、限制竞争的效果,那么相关行为可能会被认定为构成对知识产权的滥用。

知识产权许可领域是知识产权反垄断纠纷的多发之地

《知识产权指南》以列举的方式就知识产权

领域可能产生的反垄断争议问题作出了较为详细的规定。通过《指南》的列举规定可以看出,很多备受关注的限制行为或条款均与知识产权许可实践相关,这也与实务中的情况一致。前国家发改委反垄断局对高通的调查处罚案、华为诉IDC滥用市场支配地位案、高通与苹果的反垄断诉讼等案件中,争议焦点问题均源起于企业间的知识产权许可行为。

第一部分 基本原则

1.分析企业是否滥用知识产权时,采用与其他财产性权利相同的规制标准,但需要考虑知识产权的特点

采用与其他财产性权利相同的规制标准是

分析企业是否滥用知识产权排除、限制竞争的基本原则之一。虽然《知识产权指南》对涉及知识产权的行为如何适用《反垄断法》作出了特别的指引,但是,企业滥用知识产权的行为并不是一种独立的垄断行为,而是指企业在行使知识产权或者从事相关行为时,实质上构成了《反垄断法》中规定的违法行为,但由于知识产权的特殊性,《知识产权指南》也规定,在分析和认定涉及知识产权的垄断行为时需要考虑知识产权的特点。对此,《知识产权指南》在第二章、第三章和第四章分别以列举的方式详细规定了涉及知识产权的垄断协议、滥用市场支配地位行为和涉及知识产权的经营者集中具体的审查因素。

2.企业不因拥有知识产权而被推定具有市场支配地位

企业不因拥有知识产权而推定其在相关市场具有市场支配地位是分析企业是否滥用知识产权排除、限制竞争的另一项基本原则。根据反垄断法的一般分析框架,在分析企业的市场支配地位时,首先需要界定相关产品和地域市场。在实践中,知识产权既可以直接作为交易标的,也可以被用于提供商品或者服务(以下统称“商品”)。对于相关商品市场的界定,《知识产权指南》规定,根据个案情况,可以仅界定商品市场,也可以根据需要界定相关技术市场。虽然,知识



产权自身的特征导致知识产权和一般商品天然在功能和特征上会具有差异性,但是界定相关市场依旧遵循《反垄断法》中替代性分析的基本规则。也就是说,企业可能因为拥有知识产权,进而导致其他商品对该知识产权或相关商品无法产生替代性,从而在一个较小的市场中被认定具有支配地位;另一方面,也可能虽然拥有知识产权,但因为具有可替代的技术或商品,进而在一个较大的市场中不具有市场支配地位。

对于认定拥有知识产权的企业在相关市场上是否具有支配地位,可以具体考虑以下因素:

《反垄断法》第十八条的认定因素	《反垄断法》第十九条的推定因素	《知识产权指南》的补充因素
(一)该经营者在相关市场的市场份额,以及相关市场的竞争状况	(一)一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的	(一)交易相对人转向具有替代关系的技术或者商品等的可能性及转换成本
(二)该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力	(二)两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的(其中有的经营者市场份额不足十分之一的,不应当推定该经营者具有市场支配地位)	(二)下游市场对利用知识产权所提供的商品的依赖程度
(三)该经营者的财力和技术条件	(三)三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的(其中有的经营者市场份额不足十分之一的,不应当推定该经营者具有市场支配地位。)	(三)交易相对人对经营者的制衡能力
(四)其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度	被推定具有市场支配地位的经营者,有证据证明不具有市场支配地位的,不应当认定其具有市场支配地位。	/
(五)其他经营者进入相关市场的难易程度	/	/
(六)与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素	/	/

3. 根据个案情况考虑相关行为对效率和创新的积极影响

分析涉及知识产权行为的竞争影响是分析企业是否存在滥用的一个核心因素。虽然《知识产权指南》已经尝试以较详细的规定对可能产生反垄断法关注的主要问题作出指引,实践中,由于涉及知识产权的行为类型多样,案件的具体情形也各有不同,涉及知识产权的行为是否合理以及是否可能产生排除、限制竞争的效果需要在个案中进行具体分析。

第二部分\ 涉及知识产权的协议

1. 分析涉及知识产权的协议是否可能排除、限制竞争可以考虑的因素

涉及知识产权的协议	分析是否产生排除、限制效果的因素
联合研发	(一)是否限制经营者在与联合研发无关的领域独立或者与第三方合作进行研发； (二)是否限制经营者在联合研发完成后进行后续研发； (三)是否限定经营者在与联合研发无关的领域研发的新技术或者新产品所涉知识产权的归属和行使。
交叉许可	(一)是否为排他性许可； (二)是否构成第三方进入市场的壁垒； (三)是否排除、限制下游市场的竞争； (四)是否提高了相关商品的成本。
排他性回授和独占性回授	(一)许可人是否就回授提供实质性的对价； (二)许可人与被许可人在交叉许可中是否相互要求独占性回授或者排他性回授； (三)回授是否导致改进或者新成果向单一经营者集中,使其获得或者增强市场控制力； (四)回授是否影响被许可人进行改进的积极性。
不质疑条款	(一)许可人是否要求所有的被许可人不质疑其知识产权的有效性； (二)不质疑条款涉及的知识产权许可是否有偿； (三)不质疑条款涉及的知识产权是否可能构成下游市场的进入壁垒； (四)不质疑条款涉及的知识产权是否阻碍其他竞争性知识产权的实施； (五)不质疑条款涉及的知识产权许可是否具有排他性； (六)被许可人质疑许可人知识产权的有效性是否可能因此遭受重大损失。
标准制定	(一)是否没有正当理由,排除其他特定经营者； (二)是否没有正当理由,排斥特定经营者的相关方案； (三)是否约定不实施其他竞争性标准； (四)对行使标准中所包含的知识产权是否有必要、合理的约束机制。
其他限制	(一)限制的内容、程度及实施方式； (二)利用知识产权提供的商品的特点； (三)限制与知识产权许可条件的关系； (四)是否包含多项限制； (五)如果其他经营者拥有的知识产权涉及具有替代关系的技术,其他经营者是否实施相同或者类似的限制。

2. 涉及知识产权的协议的审查原则

对于协议的效果,《知识产权指南》首先肯定,涉及知识产权的协议,特别是联合研发和交叉许可通常具有激励创新、促进竞争的效果。指南进一步规定,在相关协议可能对市场竞争产

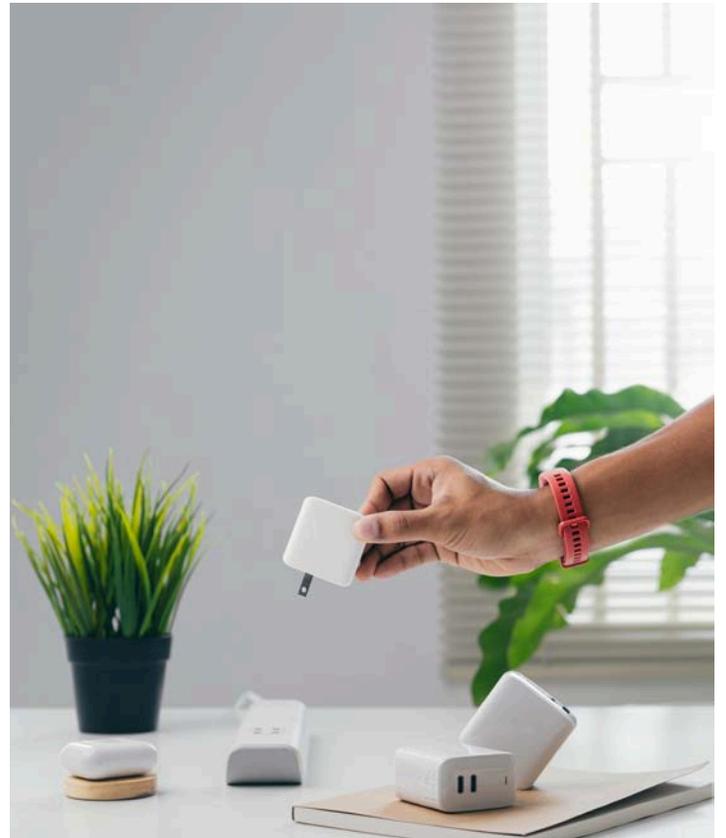
生排除、限制影响时,适用《反垄断法》第二章的规定。在行政执法实践中,对于涉及到固定价格、划分市场或限制产能横向垄断协议,以及涉及到固定价格的纵向垄断协议,执法机关采用“禁止+豁免”的原则进行个案审查,相关行为一

经查明, 执法机构即推定其违法。据此, 我们理解, 如果企业间涉及知识产权的协议就上述内容作出限制, 将会面临违法风险。需要注意的是, 由于《反垄断法》第二章对垄断协议的审查标准并没有作出非常明确的规定, 因此, 实践中, 执法与司法中对垄断协议的审查原则和举证标准持有不同的意见。考虑到《知识产权指南》没有对此作进一步明确规定, 我们理解, 该种分歧在涉及知识产权的协议的违法性认定中可能同样存在。

3. 安全港制度

为了提高执法效率, 也为了给企业提供明确的预期, 《知识产权指南》为涉及知识产权的协议设立了安全港制度。通常符合《知识产权指南》第13条规定情形的不认为是垄断协议。

款, 即“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”。



(1) 具有竞争关系的企业在相关市场的市场份额合计不超过20%;或者,

(2) 经营者与交易相对人在受到涉及知识产权的协议影响的任一相关市场上的市场份额不超过30%;或者,

(3) 如果市场份额难以获得, 或者不能准确反映企业的市场地位, 在相关市场上, 除协议各方控制的技术外, 还存在四个或者四个以上能够以合理成本获取到的由其他企业独立控制的可替代技术。

企业需注意, 现行《反垄断法》中并未设立安全港制度, 《知识产权指南》规定安全港制度仅适用于属于《反垄断法》第十三条第一款第六项和第十四条第三项关于垄断协议的兜底性条

第三部分\ 涉及知识产权的滥用行为

1. 分析涉及知识产权的滥用市场支配地位行为可以考虑的因素

2. 对涉嫌滥用行为的认定和分析是在实践中的一个难点

知识产权领域滥用案件的分析难点不仅在于如何分析相关行为是否具有排除、限制竞争的效果,也在于如何对案件中的具体行为进行

滥用行为	分析是否产生排除、限制效果的因素
以不公平的高价许可知识产权	<ul style="list-style-type: none"> (一)许可费的计算方法,及知识产权对相关商品价值的贡献; (二)经营者对知识产权许可作出的承诺; (三)知识产权的许可历史或者可比照的许可费标准; (四)导致不公平高价的许可条件,包括超出知识产权的地域范围或者覆盖的商品范围收取许可费等; (五)在一揽子许可时是否就过期或者无效的知识产权收取许可费。
拒绝许可知识产权	<ul style="list-style-type: none"> (一)经营者对该知识产权许可做出的承诺; (二)其他经营者进入相关市场是否必须获得该知识产权的许可; (三)拒绝许可相关知识产权对市场竞争和经营者进行创新的影响及程度; (四)被拒绝方是否缺乏支付合理许可费的意愿和能力等; (五)经营者是否曾对被拒绝方提出过合理要约; (六)拒绝许可相关知识产权是否会损害消费者利益或者社会公共利益。
涉及知识产权的搭售	<ul style="list-style-type: none"> (一)是否违背交易相对人的意愿; (二)是否符合交易惯例或者消费习惯; (三)是否无视相关知识产权或者商品的性质差异及相互关系; (四)是否具有合理性和必要性,如为实现技术兼容、产品安全、产品性能等所必不可少的措施等; (五)是否排除、限制其他经营者的交易机会; (六)是否限制消费者的选择权。
涉及知识产权的附加不合理交易条件	《知识产权指南》仅详细列举了可能构成附加不合理交易条件的具体情形,没有对分析排除、限制竞争影响的效果作出进一步的规定。
涉及知识产权的差别待遇	<ul style="list-style-type: none"> (一)交易相对人的条件是否实质相同,包括相关知识产权的使用范围、不同交易相对人利用相关知识产权提供的商品是否存在替代关系等; (二)许可条件是否实质不同,包括许可数量、地域和期限等。除分析许可协议条款外,还需综合考虑许可人和被许可人之间达成的其他商业安排对许可条件的影响; (三)该差别待遇是否对被许可人参与市场竞争产生显著不利影响。

认定。实践中,除了《知识产权指南》第三章列举的情形外,可能构成滥用市场支配地位的手段方式往往多种多样,例如,企业利用市场支配地位通过设置知识产权障碍,并配合其他法律行为,迫使交易相对人只能与其进行交易。因此,我们理解,虽然《知识产权指南》在《反垄断法》的框架基础上,结合知识产权的特点扩充了对于特定类型化行为的规定,但是面对实务中可能出现的各种情形,如何认定和分析滥用行为仍是实践中的难点。

3.作为标准与知识产权的结合产物,标准必要专利的反垄断问题在实践中也受到广泛关注

标准必要专利的反垄断问题是知识产权反垄断领域的热点问题,《知识产权指南》第27条对于标准必要专利的反垄断问题进行了专门规定,主要是关于拥有标准必要专利的经营者是否具有市场支配地位以及具有支配地位的标准必要专利权人实施的禁令救济行为的竞争分析。也是本次《知识产权指南》的亮点之一。

目前,就我国知识产权反垄断的执法和司法实践,涉及知识产权的滥用市场支配地位案件中,核心争议聚焦在标准必要专利许可中引发的纠纷。标准必要专利是指实施某项标准必不可少的专利,认定拥有标准必要专利的经营

者的市场支配地位,在认定拥有知识产权的经营者的支配地位的基础上,又进一步存在一些特殊性:在依据《知识产权指南》第14条分析之外,还增加了五项考虑因素。第27条对拥有市场支配地位的标准必要专利权人申请“禁令救济”的反竞争性也提供了分析标准。

认定经营者是否具有市场支配地位	认定拥有知识产权的经营者是否具有市场支配地位	认定拥有标准必要专利的经营者是否具有市场支配地位
《反垄断法》第18条 《反垄断法》第19条	《反垄断法》第18条 《反垄断法》第19条 《知识产权指南》第14条	《反垄断法》第18条 《反垄断法》第19条 《知识产权指南》第14条 《知识产权指南》第27条

应注意,反垄断委员会已于2017年发布《知识产权指南》的征求意见稿,尽管未曾正式生效,但是,征求意见稿中关于标准必要专利的规制思路在以往的执法和司法中已有不同程度的体现,在此,我们结合典型案例对标准必要专利涉及的、也是本次《知识产权指南》重点关注的两个问题作简要提示:

(1) 拥有标准必要专利不意味着一定具有市场支配地位

对于标准必要专利权人是否具有市场支配

地位,实践中,涉及两个核心问题:(1)标准必要专利是否必然单独构成相关市场,(2)标准必要专利权人是否推定具有市场支配地位。

标准实施的强制性和统一性会减少和削弱相关市场内的竞争,专利权人很容易获得市场支配地位,但是,《知识产权指南》明确规定,企业不因拥有知识产权而被推定具有市场支配地位。欧洲电信标准化协会(ETSI)、国际电信联盟(ITU)、国际标准化组织(ISO)等的专利政策明确指出,不会对必要专利的有效性和必要性进行审查,但权利人仍要尽可能确保其提交的专利符合这两项要求。可见很多宣称的未必就是“必要专利”,即便所涉标准中的“必要专利”是依据技术因素认定,随着技术的更新换代和标准的发展演进,很难断定该必要专利一直不存在可替代技术。

在《知识产权指南》正式出台之前,实务界也不仅仅依据专利权人拥有标准必要专利而推定其具有市场支配地位。在华为诉IDC滥用市场支配地位案和高通反垄断调查案中,法院和执法机构均在界定了相关市场、综合考虑了其他因素后才认定相关企业具有市场支配地位。在华为诉IDC案中,法院认为:第一,IDC在所涉3G标准中每一个必要专利许可市场均具有完全的份额,拥有阻碍或者影响其他经营者进入相关市场的能力;第二,IDC作为非专利实施主体无

需获得华为的交叉许可,市场支配地位未受到有效制约。在高通反垄断调查案中,除占据高额市场份额外,执法机关还考虑了高通对相关市场的控制力、被许可人对高通的依赖程度、市场进入障碍等因素。

此外,无论是我国执法还是司法领域,对于标准必要专利权人的市场地位分析,都是在具体案例中单独认定的,并不是每种标准都类似于3G这种全球使用的通信标准,如果标准在市场上根本没有应用,或者应用特别少,抑或存在具有替代性关系的标准或者技术,那么,标准必要专利持有人被认定具有市场支配地位的可能性也会相应降低。

(2) 拥有市场支配地位的标准必要专利权人申请“禁令救济”行为具有反竞争风险

从《知识产权指南》第27条的规定来看,指南肯定了标准必要专利权人申请禁令救济的权利,但是企业需要注意的是,拥有市场支配地位的标准必要专利权人利用禁令救济,迫使被许可人接受不公平的高价许可费或其他不合理的许可条件的,则具有极高的违法风险。《知识产权指南》第27条对于标准必要专利权人申请“禁令救济”的行为是否具有排除、限制竞争效果提出了具体分析因素。

本次指南对于标准必要专利权人申请“禁

令救济”的规制与此前案例思路一脉相承。华为诉IDC案中，深圳中院认为，IDC与华为谈判期间，在美国针对华为提起必要专利禁令之诉，性质上不属于拒绝交易，而属于逼迫华为接受过高专利许可交易条件之手段的行为。由于华为的生产活动主要在中国深圳，交互数字在美国提起的必要专利禁令之诉，会对华为出口产品的行为产生排除、限制性影响，所以交互数字该行为明显违背其作为3G标准必要专利权人所应负担的FRAND义务，属于滥用市场支配地位的行为，受我国反垄断法约束。

第四部分\ 涉及知识产权的经营者集中

由于涉及知识产权的经营者集中有一定特殊性，本次出台的《知识产权指南》也专章规定

了涉及知识产权的经营者集中行为，在适用《反垄断法》第四章的基础上，指南的规定主要体现在构成经营者集中的情形、审查的考虑因素和附加限制性条件等方面。

首先，本次《知识产权指南》明确指出，经营者通过知识产权的转让和排他性许可的方式，可能取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响，并列举了具体考虑因素。其次，在经营者集中审查的过程中，如果涉及知识产权的安排是集中交易的实质性组成部分或者对交易目的的实现具有重要意义时，在考虑《反垄断法》第27条规定的因素要同时考虑知识产权的特点。最后，对涉及知识产权的限制性条件，《知识产权指南》明确了结构性条件、行为性条件和综合性条件。通常根据个案情况，对限制性条件建议进行评估后确定。

要点对比	《反垄断法》第四章	《知识产权指南》第四章
构成经营者集中的情形	<p>第二十条 经营者集中是指下列情形：</p> <p>(一) 经营者合并；</p> <p>(二) 经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；</p> <p>(三) 经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。</p>	<p>经营者通过知识产权的转让和排他性许可可能取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。具体分析时，可以考虑以下因素：</p> <p>(一) 知识产权是否构成独立业务；</p> <p>(二) 知识产权在上一会计年度是否产生了独立且可计算的营业额；</p> <p>(三) 知识产权排他性许可的期限。</p>

要点对比	《反垄断法》第四章	《知识产权指南》第四章
审查的考虑因素	<p>第二十七条 审查经营者集中,应当考虑下列因素:</p> <p>(一)参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力;</p> <p>(二)相关市场的市场集中度;</p> <p>(三)经营者集中对市场进入、技术进步的影响;</p> <p>(四)经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响;</p> <p>(五)经营者集中对国民经济发展的影响;</p> <p>(六)国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。</p>	<p>如果涉及知识产权的安排是集中交易的实质性组成部分或者对交易目的的实现具有重要意义,在经营者集中审查过程中,考虑《反垄断法》第二十七条规定的因素,同时考虑知识产权的特点。</p>
附加限制性条件	<p>第二十九条 对不予禁止的经营者集中,国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件。</p>	<p>涉及知识产权的限制性条件包括结构性条件、行为性条件和综合性条件,通常根据个案情况,对限制性条件建议进行评估后确定。</p>

第五部分 结语

除了知识产权协议、滥用市场支配地位以及经营者集中审查外,《知识产权指南》还对专利联营、著作权集体管理等涉及知识产权的其他情形进行了规定。总体而言,《知识产权指南》详细的规定对于实践无疑具有重大指导意义,同时,由于涉及知识产权案件的复杂性,《反垄断法》在知识产权领域的适用也必然是在未来案件积累的过程中进一步完善和丰富的。 ☞



吴鹏
合伙人
公司二部
北京办公室
+86 10 5957 2002
wupeng@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。