

下一个开曼？ 001 /  
——海南自贸港离岸金融与离岸公司制度设计的思考

商业常理还是垄断行为？ 005 /  
浅议平台经济领域中的自我优待问题

医疗器械互联网销售模式评析 013 /  
——基于商业价值和法律要求的统一

软件的商业秘密保护 022 /  
——基于中美两国规则的比较视角

FATCA或将“重启”， 030 /  
中国金融机构面临合规挑战



# 下一个开曼？

## ——海南自贸港离岸金融与离岸公司制度设计的思考

作者：张诗伟



近日,《海南自由贸易港法(草案)》通过全国人大常委会审议并公开征求意见。作为中国首部将诞生的自贸港法律,草案对之前中央发布的《海南自由贸易港建设总体方案》顶层设计予以法律化和制度化,更首次明确授予自贸港变通性立法权,并从贸易自由便利、投资自由便利、财政税收制度等各个重大方面为自贸港建设奠定了基本的法律基础。在该法生效之后,海南自贸港将实行封关运作,与内地之间实行关境管理,做到人员、资金、商品、数据、技术等要素的自由流动。这意味着相对于内地而言,海南将不仅是物理的离岸,更实现具体制度上的离岸,从而成为一个立足中国、面向世界的高水平自贸港或所谓“离岸岛”“离岸法域”“离岸金融中心”“离岸中心”等。

传统的“离岸法域”“离岸中心”等有着种种美丽的称谓:风险投资的“软猬宝甲”、曲线上市的“优美拐点”、兼收并蓄的“变脸之地”、合法节税的“风水宝地”。不管其称谓如何,都以低税率(甚至很多方面是零税率)、贸易和投资自由便利、跨境资金流动自由便利(主要即经常项下和资本项下外汇兑换和进出的高度自由)为核心特征。<sup>1</sup>举凡离岸银行、离岸基金、离岸信托、离岸公司等不同法律形式的离岸活动载体或主体,其中最主要者无疑是离岸公司。据不完全统计,现今世界范围内离岸公司数以百万计。不管是跨境投融资并购,还是跨境商品贸易,抑或跨境知识产权流动等等,多通过离岸公司进行。也不管我们愿不愿意承认,离岸公司已成为现今世界经济金融体系实现有效运转不可或缺的一环。就此而言,英属维尔京群岛(BVI)、开曼群岛(Cayman Islands)、百慕大群岛(Bermuda Islands)、美国特拉华州(Delaware)等著名离

岸法域的离岸公司法共通的离岸特质内涵对于海南自贸港的离岸公司的制度设计具有重大参考意义。

当然,考虑到我们是中国特色自由贸易港,也尤为重视金融服务实体经济的要求,自贸港相关离岸金融、离岸公司制度设计更不可能完全照搬这些离岸法域的离岸金融制度和离岸公司法,也不能重走其历史上朝底竞争(race to the bottom)的老路,海南自贸港不会也不应成为另一个维尔京、开曼。考虑到中国目前数以万计的境外红筹企业(已上市的数以百计,其中相当部分还都是国企)其上市主体都是在维尔京、开曼等离岸法域注册的离岸公司的实际情况,一个可期待的发展目标是,海南自贸港不妨先从本地离岸做起,成为中国红筹离岸公司注册地从而在其境外红筹私募及上市、跨境并购承

1.张诗伟:《离岸公司法》,法律出版社2004年版,第16-30页。

担重要角色,进而部分取代维尔京、开曼等离岸法域在此方面承担的相关功能、地位。理论上而言,海南自贸港背靠祖国内地世界第二大经济体,是21世纪海上丝绸之路和泛南海经济合作区的桥头堡,相对于传统离岸法域区位优势明显。而在境内资本市场已放开红筹企业境内上市的新形势背景下,海南自贸港这方面的发展前景就更值得期待了。为此,海南自贸港应适时推出相关迁册(re-domiciliation)等制度安排以便利满足原注册于维尔京、开曼(红筹)离岸公司以及离岸基金(回归)迁册的需求。

同时需要注意的是,在全球主要经济体反避税、反洗钱以及反恐怖主义融资等浪潮及监管压力推动下,传统离岸法域原来具有的过度自由、不透明以及诱导不当避税乃至逃税的特质也在改变。一方面,相关离岸法域相继出台了经济实质法案,区分不同主体和情形,该等法案要求在当地注册成立的离岸公司等相关实体须通过相应的“经济实质(Economic Substance)”测试,相关实体区分不同情形而在当地需开展相应的实际经营业务,否则可能面临罚款甚至被注销的风险。另一方面,经济合作与发展组织(OECD)制定了税收情报自动交换的统一报告标准(“CRS”),通过CRS下的金融账户涉税信息自动交换机制,税收居民国(地区)的税务主管当局可以充分掌握该国(地区)税收居民的离岸

公司持有的权益以及其他离岸金融资产情况,并可就此有效展开对税收居民离岸公司的反避税工作。中国已于2017年加入CRS,2019年1月1日起生效新的《个人所得税法》也引入了针对离岸公司个人所得税的反避税规则。根据该法规定,一旦中国税务机关掌握相关信息并判定相关离岸公司是该法项下的受控(个人)外国企业,就可能将该离岸公司已归集但未进行分配的投资收益视同该个人已取得利润分配,进而要求该个人就该等境外所得进行申报并缴纳个人所得税。总体而言,提高透明度、加强合规监管已成为现今离岸金融、离岸公司发展的最新趋势,在这种趋势之下,离岸主体面临从空心化向实体化、离岸运营面临从离岸化向在岸化、离岸运作面临隐匿化向透明化的三大转变,其合规成本也将适当提高。这是对原来离岸金融、离岸公司缺乏监管而过度放任的纠偏和回调。只有管得住才能真正放得开。这些无疑都是海南自贸港离岸金融、离岸公司的相关具体制度设计需要注意的。

为便利相关自贸港离岸商事活动,海南自贸港相关商事主体登记管理、交易、金融服务等制度等基础设施亟待迭代更新。根据《海南自由贸易港建设总体方案》和《海南自由贸易港法(草案)》等相关内容,海南全岛封关运作后,区别于岛外内地,岛内的人、财、物、数据将具有离

岸属性,相关归属性质认定与交易流转将按离岸法律法规的要求开展,相关主体及其资金、账户开立、收支、汇兑、结算、清算、托管、登记、监督管理以及税收征管等制度安排和基础设施在功能上都必须满足服务、支持和便利该等离岸经济金融活动的需求。而现今已是数字经济新时代,自贸港的相关制度和基础设施毫无疑问应该利用好新时代区块链、大数据及人工智能等新技术从而充分发挥其相对于传统离岸法域的后发优势,同时也考虑新时代的特有要求。比如自贸港场景下对作为互联网信息时代最重要的生产要素之数据存储、跨境流动以及关键基础设施设置,还需要考虑与《民法典》《网络安全法》以及《个人信息保护法(草案)》等相关规则的协调等等。必要时可能还需要运用变通性立法权作灵活变通处理。

实际上,除高度自由、便利的金融基础设施之外,高度发达、高度尊重离岸商业实践需要公正、高效的法治体系以及成熟的法律服务体系,这也是传统离岸法域及其离岸公司发达至今的不二法门。习总书记说,法治是最好的营商环境。自贸港在法治建设方面无疑应以打造世界一流营商友好型、投资友好型和生态友好型法治环境为目标。往者不可谏,来者犹可追,海南自建省以来这方面的历史教训不可不汲取。最近海南省通报了六起破坏营商环境典型案例就

很有警示意义。最高人民法院近日发布的《关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》也从完善审判组织体系改革、推动涉外民商事审判机制创新、推动建设国际商事纠纷解决中心等八个方面着力推动构建与海南自贸港建设相适应的法治体系。海南自贸港知识产权法院也已经挂牌并开始正式收案。接下来,海南自贸港金融法院的成立无疑也应提上议事日程。法治的生命力在于实践。我们更期待相关司法实践最大程度肯认、保护、尊重离岸公司、离岸金融等离岸商业实践的内在规律和要求,在大量离岸民商事案件审判基础上为离岸民商事活动提供先例和规则遵循,增强其确定性和可预见性,在此基础上形成灵活、实用并独具一格的离岸法治规则体系而屹立于中国乃至世界法治之林。就此而言,海南自贸港的目标当是星辰大海,而不止是开曼。☞

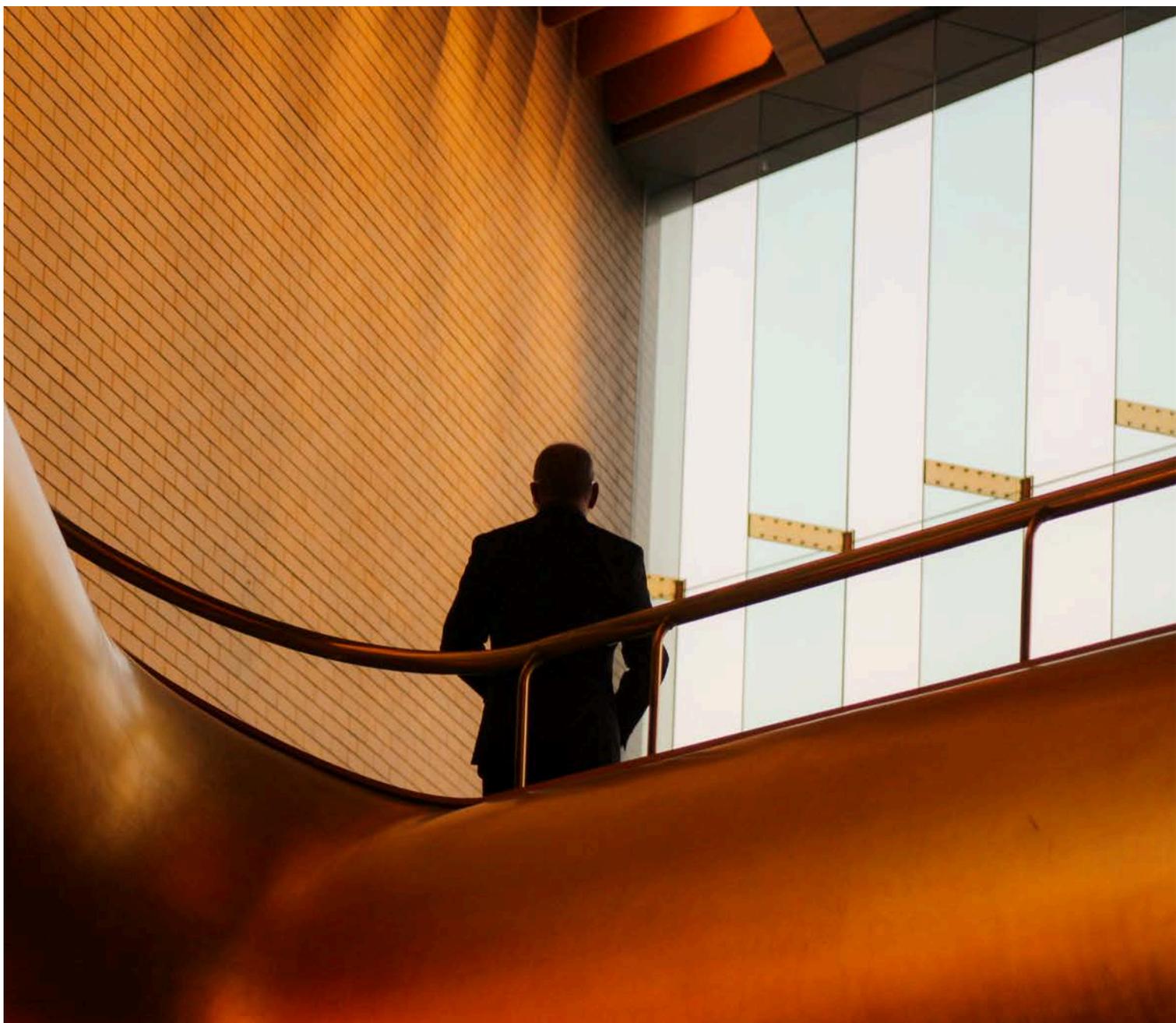
(本文为财新特约稿,首发于财新网(2021-01-22),原载人民日报《内参》(总第1547期))



张诗伟  
合伙人  
资本市场部  
北京办公室  
+86 10 5957 2022  
zhangshiwei@zhonglun.com

# 商业常理还是垄断行为？ 浅议平台经济领域中的自我优待问题

作者：薛熠、俞炜



“自我优待”是当前竞争法领域内的热点词汇之一,包括GAFA在内的平台巨头实施自我优待行为已经遭到了欧美等反垄断司法辖区竞争主管机构的重点关注和调查。而在我国,平台经济中相关行为也已经成为市场竞争的焦点问题——近期遭遇媒体调查报道的某网络货运平台被指垄断,实施了借掌握客户数据的优势,自建车队并给予业务优待的自我优待等反竞争行为<sup>1</sup>即为一典型实例。从目前的讨论来看,自我优待的内涵较为宽泛,其所指称的商业行为表现也多种多样。在该等不确定性下,欧美等其他反垄断司法辖区如何规制这一问题?我国竞争主管机构是否也将厉行监管?各大平台经营者是否因此而面临巨大反垄断合规风险?

## 第一部分\ 自我优待的概念与其引发的竞争关注

自我优待并非一个明确的法律概念,目前尚缺少统一的定义。一般来说,自我优待的问题多与平台经济相挂钩,典型的行为表现是平台经营者利用其平台服务提供者的身份,在其自身与其他平台服务使用者的竞争中,通过特定的商业手段,对其自己的产品或服务给予优惠待遇。

宽泛地说,传统商业模式下也存在一些自我优待行为,但却未曾引发各司法区域的普遍竞争关注。例如,在西班牙烟草巨头T公司和西班牙香烟滤嘴生产商F公司的垄断争议案件(1989)<sup>2</sup>中,烟草巨头T公司决定减少对外采购普通香烟滤嘴,转而增加内部生产满足全部需求。香烟滤嘴生产商F公司就此指控烟草巨头T公司的该等决定,属于对其在西班牙烟草市场

上的支配地位的滥用行为。欧盟委员会最终作出决定,认为烟草生产商自行生产香烟滤嘴属于业内的一般实践,而烟草巨头T公司也证明该等纵向整合具有经济合理性,故其相关决定并非滥用行为。那么,为何平台经济领域内的自我优待问题引发了全球范围内的震荡?症结似乎在于平台经营者的双重身份属性——基于平台的纵向整合行为已经是平台经济中的常规实践,平台经营者既是平台服务的提供者,也是其他平台服务使用者的竞争者。在与其他平台服务使用者的竞争中,平台经营者不仅是“玩家”,也是“裁判”,并因此获得了作为规则制定者的巨大权力。在平台不断扩张的过程中,平台经营者的相关行为也愈发对平台内的竞争(既包括各相关平台服务使用者之间的竞争,也包括平

1. 参见[https://mp.weixin.qq.com/s?\\_\\_biz=MjM5MDI3NDIyMA==&mid=2650405988&idx=1&sn=ad07c95ca64299bd49037908168e3d60&chksm=be4a1ba7893d92b18355e4b798c741b5f4ecef155cf21d83ca80a62ad74a695c3c03f2271b2&scene=21#wechat\\_redirect](https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MjM5MDI3NDIyMA==&mid=2650405988&idx=1&sn=ad07c95ca64299bd49037908168e3d60&chksm=be4a1ba7893d92b18355e4b798c741b5f4ecef155cf21d83ca80a62ad74a695c3c03f2271b2&scene=21#wechat_redirect)。

2. 参见[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_89\\_330](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_89_330)。

台经营者于相关平台服务使用者之间的竞争)产生重大影响。因此,引发广泛讨论的问题是,平台经营者是否有责任确保平台内竞争的自由和公平?在此背景下,对于平台经营者实施的自我优待行为而言,可以从以下两个维度考虑其竞争合规问题:

**-问题一:**当平台经营者具有市场支配地位时,其实施自我优待行为是否会损害市场竞争、减损消费者福利,其是否,以及在何种情形下可能构成何种滥用行为,又应当如何解决该等竞争问题?

**-问题二:**对于不具有市场支配地位的平台经营者,其实施自我优待行为是否会损害竞争、减损消费者福利,又应当如何解决该等竞争问题?

## 第二部分\ 具有市场支配地位的平台经营者 自我优待行为法律风险分析

欧美等其他主要反垄断司法辖区的竞争主管机构对于具有市场支配地位的平台经营者实施的自我优待行为,率先进行了探索并已经形成了一定的执法经验,倾向于适用滥用行为规则对其进行监管。

### 1. 自我优待的合理性分析

具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为并不必然构成垄断行为。正如欧盟委员会官网公布的2019年《数字时代竞争政策》中明确指出,支配地位平台经营者实施自我优待行为并非本身违法,而应当受限于合理性分析<sup>3</sup>。

然而,同数字平台相关市场的界定,以及相关市场支配地位的认定等种种难题一样,自我优待行为效果的分析也充满了争议。一方面,企业、学者乃至竞争执法官员对平台经营者实施自我优待行为进而损害市场竞争、减损消费者福利的指摘数见不鲜,引发了理论界与实务界的广泛关注与讨论。另一方面,相反的声音也不在少数,主要包括以下几个方面<sup>4</sup>:

**-观点一:**关于平台经营者实施自我优待行为造成竞争损害的论断目前尚缺乏实证依据;

**-观点二:**一定程度上,平台经营者需要通过自我优待行为以使其对平台的投资变现,从而维持、促进平台的运作,该等自我优待行为是平台运营的一部分;

**-观点三:**平台经营者采取完全公开、公平的策略可能导致平台收入的锐减的同时,也可能导致消费者福利的减损;

**-观点四:**平台经营者为了确保自身的发展,

3.参见<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>。

4.参见[https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2020/04/Manne\\_statement\\_house\\_antitrust\\_20200417\\_FINAL3-POST.pdf](https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2020/04/Manne_statement_house_antitrust_20200417_FINAL3-POST.pdf)。

必须维持其平台内部的生态平衡，这意味着平台经营者会对其自我优待行为进行必要的自我约束。

就目前而言，具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为对市场竞争以及消费者福利的影响尚存在不确定性，尚待更进一步的实证研究以及个案分析。从欧盟委员会早已于2017年6月27作出处罚决定的G公司滥用市场支配地位一案<sup>5</sup>来看，欧盟委员会在处罚决定书中对G公司通过算法将其自身比价购物服务置于搜索结果显著位置的自我优待行为的竞争损害分析也仅仅限于“提升了其自身比价购物服务产品的流量，而使竞争对手处于不利境地”，因缺乏对于行为效果的实质性分析而受到了一定程度的批判和挑战。可见，平台经营者实施自我优待行为对市场竞争及消费者福利的影响是多重的，如何评价、衡量其正面及负面影响并认定该等行为的合理性是一个十分复杂的问题，仍有待时间给出答案。近期欧美等主要反垄断司法辖区在其针对GAFA发起的多项反垄断调查、诉讼中将如何就此进行分析，尤其值得各方跟踪关注。

此外，需要说明的是，如《数字时代竞争政策》所指出，在必需设施理论下，构成必需设施的平台的经营者不得实施自我优待行为则一般不存在疑义。美国众议院司法委员会反垄断委

员会于2020年10月6日正式发布《数字市场竞争调查报告》<sup>6</sup>也建议国会考虑复兴必需设施理论的应用。通过必需设施理论以使平台经营者在非歧视的基础上开放、提供平台服务当然有利于应对部分平台经济中的垄断问题，然而必需设施认定的复杂性以及其如何适用于数字市场仍有待探索、解决。

## 2. 自我优待的滥用行为定性分析

自我优待行为是具有市场支配地位的平台经营者传导其市场势力的方式，可能表现为平台经济领域内特有的滥用行为手段，也可能表现为搭售、拒绝交易等传统常见的滥用行为手段，而受到反垄断法的规制。

首先，自我优待行为并不是反垄断法直接列举的典型滥用行为。更准确地说，自我优待行为是具有市场支配地位平台经营者传导其市场势力 (leveraging market power) 的方式。根据前述《数字时代竞争政策》，若具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为不具有合理理由并可能导致市场势力传导的结果时，该等行为可能构成其市场支配地位的滥用而落入《欧盟运行条约》(TFEU) 第102条的规制范围。并且，欧盟还倾向于将该等行为不具有排除、限制竞争效果的举证责任施加于平台经营者一

5. 处罚决定原文参见[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_14996\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf)。

6. 参见[https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf)。



方。而根据前述《数字市场竞争调查报告》，其指出“G公司通过数据滥用及自我优待的方式传导市场势力”，亦同样是将自我优待行为置于反垄断法“杠杆理论”（leverage theory）下进行的分析。

在此基础上，自我优待行为可能表现为平台经济领域内特有的滥用行为手段。例如前文所提及的G公司滥用市场支配地位一案，以及案情具有一定相似性的韩国公平交易委员会于2020年10月作出处罚决定的N公司滥用市场支配地位一案<sup>7</sup>，涉案平台经营者即是通过算法对搜索结果进行系统性的调整，从而实现对己方产品的优待。从该等案例的处罚结果来看，尽管

自我优待行为的具体表现形式可能是新型的，但并非无法为反垄断法所规制。

此外，自我优待行为可能表现为搭售、拒绝交易等典型的滥用行为，进而落入现行的反垄断法律框架的规制范围。例如，《数字市场竞争调查报告》指出，目前A公司在物流服务和线上销售平台服务两个相关市场内分别具有市场支配地位，存在市场势力的双向传导——A公司可能涉嫌将其付费物流服务与其线上销售平台服务进行捆绑销售——一般的第三方商家为能通

7. N公司在提供网购商品信息的检索和比较服务（具有市场支配地位）的同时，还提供网购平台服务。其在提供检索和比较服务的过程中，通过人为地调整、变更检索算法，使己方网购平台的商品优先显示。处罚决定新闻公告参见[https://www.ftc.go.kr/solution/skin/doc.html?fn=508d97db636c2f7f0961bf6361cfd44f09977d1a7a06f4dd5603f17c11d61013&rs=/fileupload/data/result/BBSMSTR\\_000000002402/](https://www.ftc.go.kr/solution/skin/doc.html?fn=508d97db636c2f7f0961bf6361cfd44f09977d1a7a06f4dd5603f17c11d61013&rs=/fileupload/data/result/BBSMSTR_000000002402/)。

过A公司线上销售平台获得优质客户(成为购物车功能所显示的商家(winner of the buy box)从而能够向优选客户(prime user)销售)需要以使用A公司的付费物流服务为前提。而就前述产品及服务政策,欧盟委员会则于2020年11月10日对A公司正式立案<sup>8</sup>,拟调查其是否涉及自我优待而涉嫌违反反垄断法。就此而言,自我优待(对自营产品及使用A公司付费物流服务的第三方商家的优待)与捆绑销售的问题紧密关联,欧盟委员会在该案中会作出何种解读令人期待。

### 3. 自我优待在我国反垄断法下的法律风险

不同于其他反垄断司法辖区对具有市场支配地位平台经营者自我优待行为的积极执法,我国目前尚无可供借鉴的相关执法案例。尽管如此,中国平台经营者仍应注意,我国互联网反垄断浪潮正当时,加之国际执法实践的影响,我国平台经济领域内的自我优待行为同样面临反垄断法合规风险。

对于表现为如拒绝交易、搭售、限定交易等传统滥用行为模式的自我优待方式,反垄断执法机构依此进行调查、处罚已是驾轻就熟。而对于行为模式上具有平台经济特殊性的自我优待方式,则有可能被认定构成《反垄断法》第十七条第一款第(五)项“在交易时附加其他不合理的交易条件”或第(七)项国务院反垄断执法机

构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

## 第三部分 不具有市场支配地位的平台经营者自我优待行为法律风险分析

具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为对市场竞争以及消费者福利的影响尚存在不确定性,尚待更进一步的实证研究以及个案分析,这一点同样适用于不具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为的情形。

而即使不考虑竞争损害、消费者福利影响的问题,不具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为也难以为当前各主要司法辖区的反垄断法所评价及规制。平台经营者是否仅仅因为承担管理的角色就需要“权责对等”地确保平台内竞争的自由和公平是一个“超反垄断法”的竞争问题,也是一个全球范围内热议但尚无定论的复杂问题。在当前各反垄断司法辖区的执法实践中,也尚缺可供参考借鉴的案例。

尽管如此,这并不意味着平台经营者可以将“不具有市场支配地位”作为其实施自我优待行为的“挡箭牌”。一方面,考虑到平台经济领域内相关市场界定,以及市场支配地位认定具有

8.立案新闻公告参见[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077)。

相当的不确定性，以此为盾本身即是不牢靠的做法。另一方面，竞争执法机构亦可能通过反垄断法之外的手段调查、规制、解决这一竞争问题。

## 1. 欧盟草案提出监管新思路

欧盟委员会于2020年12月15日发布的《数字市场法案》草案中，设置了“守门平台 (gatekeeper)”的概念并对该等平台施加了包括禁止自我优待在内的众多合规义务。而从草案中认定该等守门平台的定量条件<sup>9</sup>来看，其并不以市场支配地位为前提，而是在其现有反垄断法规制框架之外为欧盟委员会提供了新的规制手段。目前，草案已经进入欧盟普通立法程序，距离正式出台或仍有一到两年时间，但该等新的监管思路势必将对平台经济产生重大影响，值得各方紧密跟踪。

## 2. 我国现有法规留有规制空间

我国当前也尚无对不具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待进而扰乱市场秩序、损害竞争的行为进行法律规制的先例。但需要注意的是，《反不正当竞争法》第十二条<sup>10</sup>和《电子商务法》第三十二条<sup>11</sup>等法律规定为主管部门在反垄断法之外对该等行为进行规制留有空间，平台经营者应当谨慎研判相关合规风险。



## 第四部分 小结

结合国内外相关专家学者、执法官员的论述以及相关执法案例，我们就平台经营者实施自我优待行为在竞争法下的风险进行简要归纳、分级如下表所示，以供参考：

9. 主要包括：(1) 提供核心平台服务，包括在线中介服务、在线搜索引擎、在线社交服务、视频共享平台服务、操作系统、云计算服务以及广告服务等；(2) 在欧洲经济区内部市场具有重大影响，判断标准主要取决于相关企业在欧洲经济区的营业额或公允价值，以及是否在至少三个欧盟成员国提供前述核心平台服务；(3) 对于很多平台企业用户而言，该平台是其接触客户的重要途径，判断标准取决于该平台在欧盟的活跃终端用户数(按月度统计)以及活跃企业用户数(按年度统计)；(4) 该平台目前已经或在可预见的未来将长期拥有稳固的市场地位，如果该平台在过去三个财务年度均满足第2和第3项条件，则推定其满足该条件。此外，在达到前述条件的情况下，平台仍可以举证推翻守门平台的认定，相反，在未达到前述条件的情况下，欧盟委员会也可以基于定性分析认定守门平台。

10. 《反不正当竞争法》第十二条规定，“经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：(一) 未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转；(二) 误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；(三) 恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；(四) 其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。”

11. 《电子商务法》第三十二条规定，“电子商务平台经营者应当遵循公开、公平、公正的原则，制定平台服务协议和交易规则，明确进入和退出平台、商品和服务质量保障、消费者权益保护、个人信息保护等方面的权利和义务。”

具有不同市场势力的纵向整合平台经营者	合规风险	简析
必需设施平台经营者	极高	必需设施平台经营者必须以合理的条件, 无歧视地提供平台服务, 不得实施自我优待行为
具有市场支配地位的平台经营者	高	具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为导致市场势力的传导, 不具有合理理由, 且效率抗辩无法超出竞争损害的情况下, 将构成滥用行为
不具有市场支配地位的平台经营者	中	目前不具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为尚难以为各司法辖区的反垄断法所规制, 但其仍可能构成反竞争行为而为竞争执法机构所关注

就我国而言, 尽管尚不存在针对平台经营者自我优待行为的执法实例, 但从中央经济工作会议把强化反垄断和防止资本无序扩张作为2021年经济工作的重点任务之一, 到中央政法工作会议强调加强反垄断和反不正当竞争执法司法、平等保护各类市场主体合法权益, 再到国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南正式发布等一系列的官方动作看, 我国势必将进一步收紧市场竞争监管政策。其中, 自我优待问题作为互联网平台经济领域内具有全球性热度的重点问题, 或将迎来我国竞争执法机构的严查。在此背景下, 平台经营者应当及时自我审视相关业务模式, 并在必要时引入外部法律顾问, 以尽早发现、控制并排除自我优待行为的潜在法律合规风险。☞



薛熠  
合伙人  
公司二部  
北京办公室  
+86 10 5957 2057  
xueyi@zhonglun.com

# 医疗器械互联网销售模式评析

## ——基于商业价值和法律要求的统一——

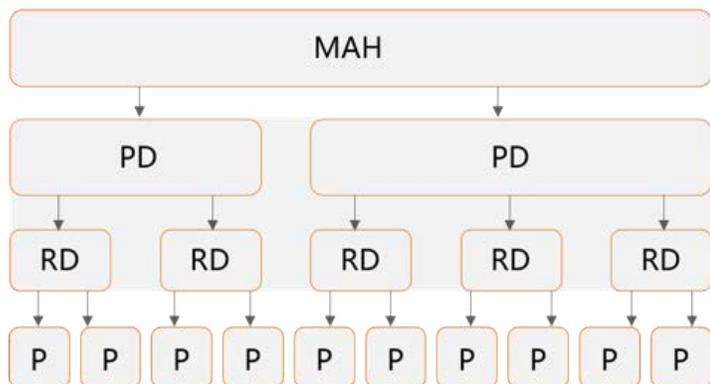
作者：邱靖、章国峰



随着互联网技术的普及,如何将互联网基础设施应用于自身的商业场景之上,一直是各行业的企业管理者思考和探索的问题。医疗器械行业也在自己的商业闭环中进行着“+互联网”的尝试。然而,从目前国内主流电商平台上的医疗器械网售模式来看,医疗器械行业相较于其它行业(即便相较于同属生命科学产业的药品行业)所存在着重要差异并未得到多数正在拥抱互联网的医疗器械厂商充分理解和足够重视。

## 第一部分\背景

对于多数医疗器械厂商(包括进口产品生产厂商在国内设立的作为其在中国业务的总代理的子公司)而言,其在中国开展医疗器械业务一般采用经销商模式。出于各种原因,有些厂商还会通过多层的经销渠道向终端用户(医疗机构或患者)销售产品。(见图一)下文将该模式简称为“传统经销模式”。



(图一)

MAH: Marketing Authorization Holder, 为便于阅读和理解, 本文中“MAH”指代医疗器械厂商, 包括医疗器械注册人/备案人, 医疗器械生产商及进口医疗器械中国地区总代理。  
PD: Platform Distributor, 指覆盖多区域的平台经销商。  
RD: Regional Distributor, 指区域经销商。区域经销商是传统渠道模式的主力, 专注于授权区域的市场、销售和服务等工作。  
P: Patient, 指患者和患者家属。

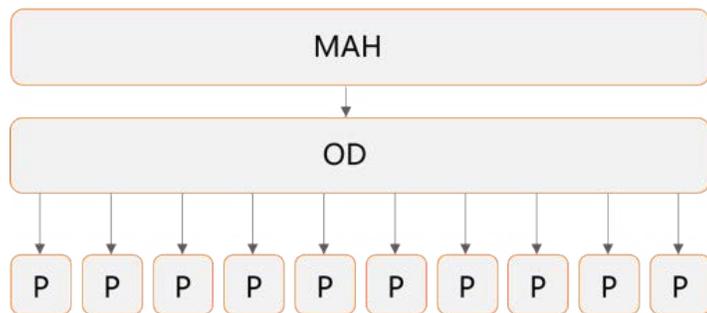
药品和医疗器械领域的多层经销渠道模式一直被作为产品终端售价高昂的重要归因, 并成为监管部门重点关注和整治的领域。近年来, 对于医疗机构(特别是公立医疗机构)采购的医用耗材类产品, 主管部门在国家 and 地方层面推行两票制和带量集中采购, 分别从运营成本和终端市场价格这两个不同角度进行控制和倒逼, 已经在挤压和剔除低效率的渠道运营成本上取得明显效果。

对零售医疗器械而言, 网络销售似乎也可以起到挤压和剔除中间渠道的效果, 达到降低产品的最终售价, 减轻患者的经济负担这样的效果。怀着引领医疗产品网络销售革命的美好愿望, 一些医疗器械厂商纷纷在电商平台上开辟了产品销售的第二维渠道。

## 第二部分\问题

相比药品行业，医疗器械具有更加显著的多样性特点。不同的医疗器械产品具有不同的结构组成、性能要求、应用方法、贮运条件和风险程度等。基于这些差异性，不同医疗器械产品在运营模式和商业规律方面必然会有所差异。下面以一款进口胰岛素注射产品的互联网销售模式为例，对医疗器械网络销售中的一些共性问题进行讨论。

这款胰岛素注射产品属于III类医疗器械，在某电商平台上采用旗舰店的形式进行售卖，即厂商授权一家医疗器械经营企业（“线上经销商”）在电商平台上对中国境内的患者销售产品。（见图二）下文将该模式简称为“线上经销商销售模式”。



(图二)

OD: Online Distributor, 指线上经销商。

进口医疗器械的总代理和经销商在法规意义上都属于医疗器械经营企业，都应该在《医疗器械监督管理条例》和相关监管规定的要求下开展经营活动。企业的价值和法律责任是一枚硬币的两个面。医疗器械经营企业在法规之下所应承担的责任，也清楚地定义了企业的商业价值。这种线上经销商销售模式恰恰忽略了几个与医疗器械经营的法规责任和商业价值有关的重要问题。

### 第一，医疗器械贮运。

从医疗器械流通质量监管的角度来讲，产品必须且只能在厂商的仓库（指医疗器械经营许可证上的备案仓库）和线上经销商的仓库进行贮存。因此，在线上经销商销售模式下，产品应当经过从厂商销售（送达）至线上经销商，再从线上经销商销售（送达）至全国各地的患者这样一个流程。

现实情况却是，线上经销商会委托快递公司配送产品至患者。而相当大的一部分快递公司并不具备从事贮存、运输医疗器械的经营资质，也不具备覆盖全国的符合GSP要求的医疗器械仓库。这种对医疗器械贮存和运输条件的忽视可能导致的产品安全性和有效性风险增加。

医疗器械贮运风险往往被企业所忽视。事实上，对贮运的温湿度条件有特殊要求的产品，

如果不是委托具有资质的专业的医疗器械第三方物流公司进行运输和贮存,则产品的关键性能会受到影响。比如,外科手术中经常会用到的可被人体吸收的器械产品,这些产品含有对温湿度比较敏感的成分,如果不是按照规定的温湿度要求进行贮运,产品的强度、韧度、或者其它性能就会受到影响,会给医疗临床工作带来不便和风险。



(图三/来源于网络)

图景想象:在某快递公司位于西北某市的某中转配送站的门口和街沿路上四处堆放的大大小小、颠来倒去的纸盒中放着刚刚从该快递公司在东南某市的某个仓库或者中转配送站送过来的医疗器械产品。(类似于图三的场景)如果这个医疗器械恰恰是我们自己急需使用的,一般人就能理解前面所说的医疗器械贮运风险了。

贮运的及时性也是医疗器械经营企业所要关注和确保的方面。以胰岛素注射器械(胰岛素注射笔、针头、输注管路等等)为例,如果患者需求比较紧迫,而网络销售无法回避异地远程运输,这就会给患者疾病的控制带来风险。虽然在互联网经济的带动下,中国的物流服务的整体效率为人所称道,但相比医疗器械传统经销模式下按区域驻扎的本地经销商对本地患者的触达效率而言,线上经销商的配送还是存在不足的。

医疗器械企业对产品贮运的管理也是医疗器械质量管理规范的重要部分。原国家食品药品监督管理局发布的《医疗器械经营质量管理规范现场检查指导原则》(现行有效)和各地方的医疗器械监督管理部门所发布的实施细则均对提供医疗器械贮存和运输服务的企业的条件做出具体规定。

医疗器械经营企业对于其所聘请的为其产品提供贮运服务的企业是否具备相应的资质和条件承担审核责任。从企业的现实风险来讲,各地监管部门在对企业进行经营质量现场检查的过程中若发现企业在这方面存在严重问题的,企业医疗器械经营资质的维持将会存在风险。

## 第二, 医疗器械技术服务。

有些政策制定者和企业经营者会认为,药品和医疗器械都是针对一个共同的市场,都是由一个系统进行监督管理,监管的目标都是为了产品应用的安全性和有效性。他们会拿着两个行业的政策和实践进行互相借鉴和参照适用。而且,基于“药品行业相对医疗器械行业更加成熟”这么一种认知,更多情况下,还是药品行业的政策规定和商业实践被适用或者被参照适用到医疗器械行业中。

事实上,药品和医疗器械在产品开发、适用范围、风险评价和控制、应用方式、所涉科学技

术领域、分类规则等等诸多方面都存在着巨大的差异。产品的安全性和有效性是通过使用产品来评价的。因此,应用方式的根本性差异决定了在医疗器械行业的商业价值中,技术服务是其中至关重要的部分。

对于药品而言,其应用方式主要是口服、外敷(涂)、注射和输注。药品厂商不需要为教会患者如何口服,如何涂抹,或者教会医疗卫生专业人士如何注射、如何输注而部署太多的运营资源。当然,对于药品的处方条件和用量标准这些问题,还是需要厂商与医生进行充分的信息分享和沟通的。

对于医疗器械而言,很多时候,医生和患者仅仅知道对于哪一类疾病需要用哪一种器械产品是不够的。医生,特别是开展手术的医生,必须能够熟练准确地使用相关手术器械和设备,做到十八般兵器,样样精通。即便是简单如缝线一般的外科手术产品,医生也要根据这根缝线究竟是可吸收的还是不可吸收的,是光滑的还是倒刺的,来采取不同的缝合手法。

对于一些患者可以自行使用的产品,如果使用不当,也会对患者的生命和健康带来风险。以治疗1型糖尿病的胰岛素注射类医疗器械(如胰岛素注射笔、针头、输注管路)为例,对于1型糖尿病的患病群体—儿童和青少年而言,他们是否能够正确使用胰岛素注射产品,是否能够安

全地为自己注射准确剂量的胰岛素,这在很大程度上依赖于医疗器械经营者提供的技术服务。

通过网络购买医疗器械产品的患者和患者家属一般是对价格相对敏感的群体。越是寄希望于通过网络购买相对低价的产品的患者和患者家属,越是可能在产品应用能力和疾病控制知识方面存在不足,越是需要企业为其提供专业的技术服务和相关知识的普及。

对于大多数医疗器械企业而言,提供一台质量上没有问题的产品只是实现其商业价值的其中一个环节,要实现帮助患者减轻或消除病症、控制或治疗疾病、恢复健康和延长生命的完整价值,技术服务这一环不可或缺。

因此,在线上经销商销售模式下,厂商是否已经就技术服务的责任承担和履行方式和自己所授权的可以向全国销售自己的医疗器械产品的经销商进行了约定,这不仅会决定这种渠道模式在中国医疗器械监管法规框架下的合规性和风险度,也会影响厂商整个业务的完整商业价值的实现。

### **第三,不良事件监测。**

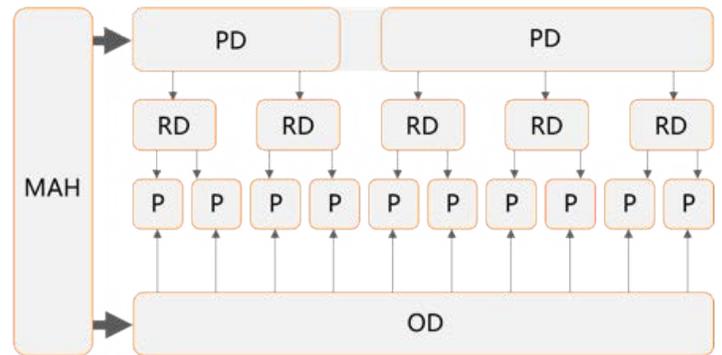
加强医疗器械不良事件监测是及时、有效控制医疗器械上市后风险,保障人体健康和生命安全的必要途径。国家市场监督管理总局和国家卫生健康委员会早在机构改革完成伊始即

联合发布第1号令《医疗器械不良事件监测和再评价管理办法》(“《办法》”),对医疗器械上市许可持有人(“持有人”)和医疗器械经营企业所应承担的对于上市后医疗器械的风险管理做出了明确和具体的规定。

线上经销商作为医疗器械经营企业,应当根据《办法》规定建立医疗器械不良事件监测工作制度,配备与其经营规模相适应的机构和人员,收集医疗器械不良事件,及时向持有人报告,并按照要求向监测机构报告,配合持有人和监管部门开展调查、评价等工作。考虑到线上经销商的经营范围覆盖全国,其所应配备的专门从事不良事件监测的机构和人员不能以传统的区域性的经销商的标准来要求,而是应当参照持有人的配备情况。对此,大多数已经或者将要采用线上经销商销售模式的厂商需要有充分的认识。

### 第三部分 影响

事实上,器械厂商在现阶段对其产品一般同时适用传统经销模式和网络销售模式。(见图四)也就是说,对某一个特定的医疗器械产品而言,患者既可以从网上购买,也可以向当地的经销商购买。



(图四)

在传统经销模式下,为了能够激励经销商积极开展相关疗法教育和普及工作,培育市场需求;也为了落实经销商的技术服务责任,保障产品得到安全有效应用;还为了切实、全面、高效地监测医疗器械的风险,医疗器械厂商们会给各家经销商圈定各自的区域市场范围,将经销商的责任和商业机会进行绑定。

对于这种常规模式,一方面,企业需要知道,对下游经销商圈定市场区域向来是反垄断法执法机构关注的问题;另一方面,执法部门也应当理解,这种渠道模式的逻辑起点源于一家医疗器械经营企业的完整商业价值和重要法规责任,即安全有效地实现对患者生命和健康的医疗效果,落实技术服务,实现风险控制。反垄断法的适用离不开对特定行业经济规律的尊重以及对企业使命和价值的确认。

在线上 and 线下两种渠道并存的情况下,可见的对企业的影响有两方面。

**一方面**,同一患者可以从两个以上的渠道

订购相同产品。于是,当某一产品(特别是耗材类产品,如胰岛素注射笔针头、输注管路等)在使用中出现致人伤害或者故障的情况时,患者的投诉渠道以及对患者提供服务的责任可能会在不同类型的经销商之间产生责任不清和推诿,从而影响厂商(持有人)对不良事件的监测和后市质量风险的管理。

**另一方面**,因为互联网信息传播的高效性,很多患者可能根本就不会有兴趣接触或不会考虑线下购买产品这一渠道。销售产品是经销商的利润来源。失去了利润来源,线下经销商履行相关义务、开展相关工作的积极性可能会受到影响,甚至线下经销商会退出。如果线下经销商退出后相关服务和责任没有后继的承担方,将会给厂商带来商业上和法律上的双重风险。

## 第四部分 建议

前述线上经销商销售模式并不等同于互联网销售模式。需要承认的是,对于可以零售的医疗器械产品,在互联网平台上进行销售具有显著的商业效率上的优势。即便站在法规角度来讲,电商平台的全流程记录能力以及对注册用户手机号码的绑定,无疑对医疗器械可追溯性提供了更加有效的技术保障。如何充分发挥互

联网销售模式的优势,同时还保证法规的要求得到落实,并且实现医疗器械业务的完整商业价值,医疗器械厂商可以从以下几个方面进行考虑。

### 第一, 自办线上旗舰店。

在传统经销模式下,厂商之所以需要与众多经销商合作,主要还是为了依靠经销商们在各自区域的信息资源、服务资源,当然也包括关系资源。在互联网浪潮下,这些传统渠道的优势都被互联网销售的低价、直接、透明削弱。而在互联网销售模式下,如果厂商依然不伦不类地通过一家经销商在电商平台上销售自己的产品,这无疑会大大降低互联网销售的优势,并且线上经销商也不可能具备或者发挥传统经销模式下的区域经销商的优势。因此,厂商完全可以自行在电商平台上开设品牌旗舰店,直接向患者销售自己的医疗器械产品。(见图五)



(图五)

MAH Online Store:指医疗器械厂商在电商平台设立的旗舰店。实际主体就是医疗器械厂商。  
Logistic Service Provider:指医疗器械第三方物流经营企业。

厂商自办线上旗舰店对于品牌形象和市场推广的统一性也具有明显的优势。在线上经销商销售的模式下，线上经销商和厂商之间的关系实际上已经不是简单的产品买卖关系或者产品经销关系所能覆盖的了。无论是线上还是线下，品牌旗舰店的形象设计、内容安排、流程设置等等，无所不在地在影响着消费者对于品牌的认知。而事实上，大多数医疗器械厂商并不具备消费品行业和服务行业里品牌加盟店模式的经验。如果厂商自办线上旗舰店，无疑会减少厂商在品牌形象管理的额外负担。

需要注意到是，医疗器械经营企业的经营方式包括批发、零售和第三方物流。从性质上来讲，考虑到通过互联网向患者直接销售医疗器械产品与零售连锁店销售医疗器械产品十分接近，应属零售业务，原先仅经营批发业务的企业需要向所在地的医疗器械监管部门申请在其既有的经营许可证上增加“零售”。

## 第二，寻求与医疗器械第三方物流公司合作。

基于医疗器械流通质量全流程控制的考虑，法规将医疗器械第三方物流纳入到医疗器械经营许可的范围之内。为医疗器械生产经营企业提供医疗器械产品的贮存或运输服务的企业，应当符合相应的条件并取得经营第三方物流的医疗器械经营许可证。反过来讲，医疗器械

生产经营企业要委托其它企业为其产品提供贮存或运输服务的，应当审核该企业是否具备经营医疗器械第三方物流的资质。

医疗器械第三方物流企业的运输配送服务在价格和配送时间与互联网经济所催生出来的快递公司存在差距。本质上来讲，价格和配送时间都是商业效率的体现。医疗器械企业追求效率，想要少花钱又快速满足购买方的需求，这很容易理解。只是，如果从商业和法律两个角度来全面思考，企业就应该做出不同的选择了。

就商业逻辑而言，商业价值的确定性往往比商业运营的高效性对于企业更为重要。对于医疗器械企业而言，这里的“商业价值的确定性”自然就是产品能够得到安全有效的应用。医疗器械企业需要理解，有的时候低效率是安全的必然代价。

就法规合规性而言，监管法规和各地方的监管部门发布的规定已经对医疗器械贮存和运输提出了具体的条件和要求，而且医疗器械经营者自身具有义务确保自己的产品在一个符合医疗器械流通质量管理规定的渠道中贮运。如果贮运不合规，可能会导致企业的医疗器械经营资质受到影响。如果产生严重不良事件或事故的，企业还会遭受严重处罚。

对于对配送效率要求比较高的医疗器械产品，医疗器械厂商可以考虑与覆盖区域比较广

的大型第三方物流企业合作,由这类企业利用其在各区域的医疗器械仓库为厂商提供仓储服务。在这种模式和安排下,厂商需要同时将第三方物流公司提供的符合要求的仓库向监管部门申请备案,以供监管部门掌握和监管之需。

### 第三, 经销商转型服务公司。

说到经销商转型,圈内人士很自然地就会想到“CSO”(Contract Sales Organization)。前些年,受“两票制”影响,市场上一下子涌现出好多CSO。原先的医药企业费用的最大贡献者——旅行社,其江湖地位也受到了CSO们的挑战。医药企业的倍数增长的费用都付给了CSO。

随着财政部组织了对众多药企的审计,各地市监局和税务局或联合或单独地对CSO进行执法,直至国家医保局在医药价格和招采信用评价制度中明确提出将医药企业取得虚开的增值税发票的行为(善意取得除外)纳入到失信行为,医药企业越来越意识到向CSO支付服务费并不是一个简单的你情我愿的合同问题。如果CSO的实际服务没有办法得到证明,作为服务采购方和服务费支付方的医药企业也会承担巨大风险。

事物的本质在它的名称中就已经得到体现了。明明是提供服务的企业,行业里却称“CSO”为“Contract Sales Organization”(“外包销售

公司”),而不是“Contract Service Organization”(“外部服务公司”)。以促进和实现产品销售作为其存在价值的CSO们自然会受困于难以按照专业服务的方式向医药企业收取服务费。

回到医疗器械互联网销售的模式中来。如前文分析,传统经销商可能会面临品牌内部不同渠道之间的竞争,而且可能会逐渐退出。对于医疗器械业务而言,区域经销商因其对产品技术和市场的熟悉已经成为了整个价值网络的重要节点。互联网销售模式对他们的颠覆,同样也破坏了他们既有的价值网络,尤其是技术服务方面的价值。

对此,厂商如果不考虑自行组建覆盖全国的技术服务团队,则可以考虑和符合条件的经销商进行协商,将其转化为自己的服务供应商,和他们约定服务(特别是技术服务)的要求、标准和计费方式等,将经销商同样转型成为了CSO。只是,我们理解这里的CSO是Contract Service Organization。☒



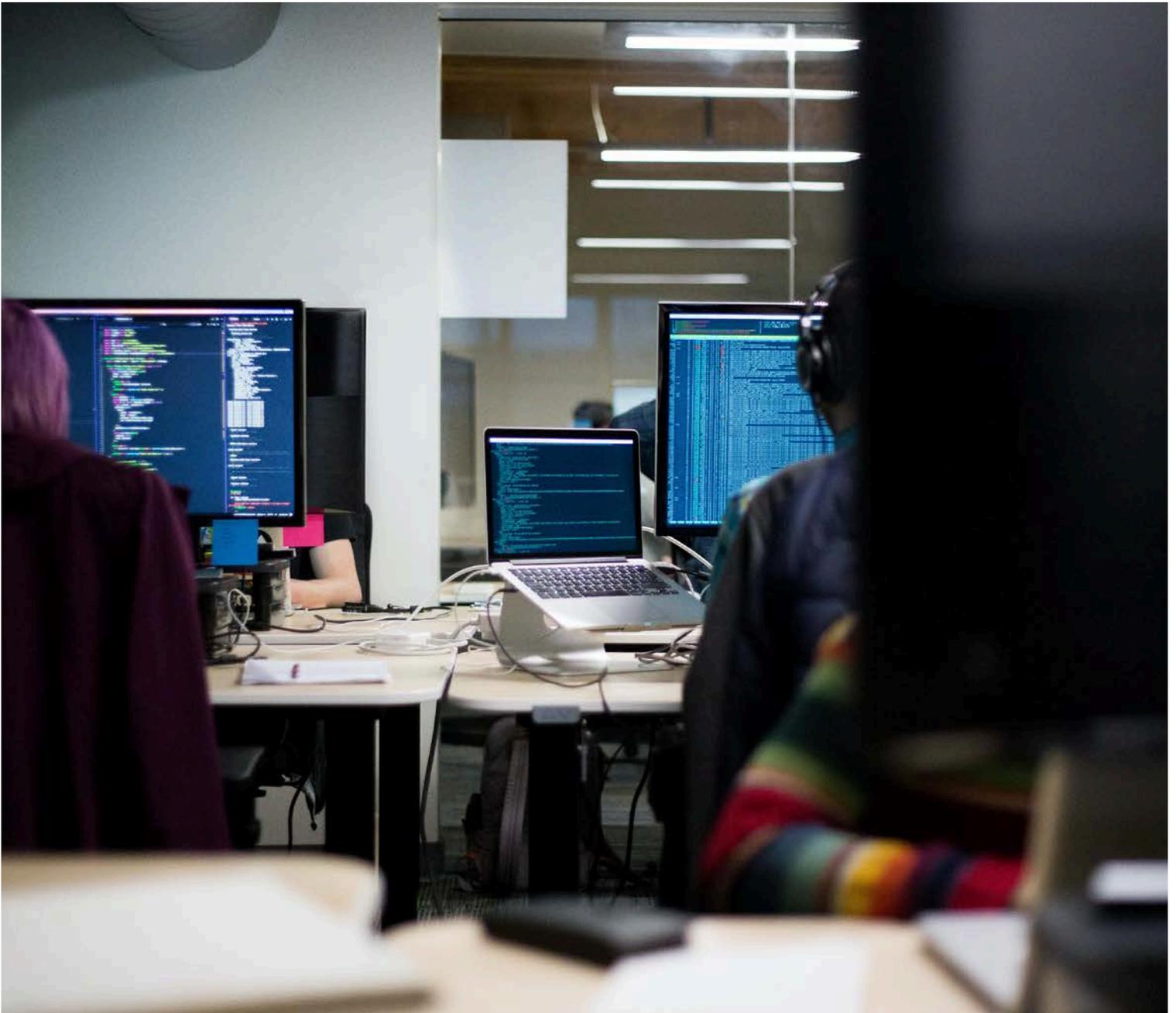
邱靖  
合伙人  
争议解决部  
上海办公室  
+86 21 6061 3005  
jimqiu@zhonglun.com



章国峰  
授薪合伙人  
争议解决部  
上海办公室  
+86 21 6061 3066  
marcozhang@zhonglun.com

# 软件的商业秘密保护 ——基于中美两国规则的比较视角

作者：王红燕、王宇飞



对于软件企业来说,定制或专有软件可能是公司软件企业最重要的资产。尽管软件在著作权法和专利法的规则下均可以得到保护,但是软件是否能作为商业秘密保护仍然需要考虑其本身是否符合法律规定的要件。本文对比了中美两国法律制度中对软件商业秘密的保护情况,对企业如何运用商业秘密保护软件产品提出了相应的建议。

与著作权及专利权相比,以商业秘密的形式保护软件的相关权利在特定情形下具有一定优势。例如,商业秘密不受保护期限的限制,也无需考虑专利申请程序中的各项要求,并且由于其秘密性的特点,权利人可在经营中长期保持技术优势。另外,以商业秘密方式保护的软件具有更广泛的保护范围。对于起步阶段的初创型软件企业来说,以商业秘密方式保护软件产品,可以与企业快速更新的研发需求相匹配,并在与掌握人员及资金优势的成熟企业的市场竞争中取得主动。然而,利用商业秘密保护软件也存在一定的难度,由于软件本身的特点,其作为整体交付用户使用可能会导致其部分秘密性的丧失,因此无法受商业秘密制度的保护。但对于软件的某些特定部分,例如源代码、算法等“隐藏”部分,则仍然可构成商业秘密受到法律保护。

## 第一部分\ 我国法律制度对软件商业秘密的保护

虽然2021年1月1日生效的《民法典》<sup>1</sup>中将商业秘密规定为知识产权,但我国立法目前仍将侵害商业秘密明确列为不正当竞争行为。在司法实践中,侵害商业秘密行为的救济主要依据的是2019年修订的《反不正当竞争法》第九条,以及《刑法》第二百一十九条规定的侵犯商业秘密罪。商业秘密保护的其他相关规定还包括《公司法》第一百四十八条的管理人人员义务(《独资企业法》及《合伙企业法》也有类似规定)、《劳动法》第

二十二条、第一百零二条的员工保密事项,以及《民法典》合同编中关于合同当事人在签订和履行合同中的保密义务,另外《民事诉讼法》中对涉及商业秘密的诉讼程序也作出了特别规定。

由此可见,我国商业秘密保护制度没有统一立法,商业秘密保护制度仍处于未体系化状态,这也在一定程度上导致了司法实践中存在法律适用规则和执行规则的混乱,但从目前的立法趋势来看,近年来我国对商业秘密保护力度明显呈现逐步加强的趋势。

1. 第一百二十三条 民事主体依法享有知识产权。知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利:(一)作品;(二)发明、实用新型、外观设计;(三)商标;(四)地理标志;(五)商业秘密;(六)集成电路布图设计;(七)植物新品种;(八)法律规定的其他客体。

## 1.1 算法及源代码的商业秘密保护

2020年9月12日施行的《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》(以下简称“《商业秘密案件司法解释》”)第一条中,将算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息列入《反不正当竞争法》第九条第四款所称的技术信息。

在某侵害技术秘密纠纷案件二审<sup>2</sup>中,原告公司的四名前员工离职后加入被告公司,并将其在原告任职期间研发的“心电算法”源程序代码用于被告产品中,被告销售相关产品获利巨大。广东省高院审理后认为,“心电算法”具备技术秘密所要求的非公知性特征,且符合对价值性和实用性特征的要求,依法应被认定为技术秘密;被告公司通过由原告跳槽的四名技术人员非法获取并使用了涉案技术秘密,且根据被告提供的源代码编译不出与涉案8款产品相同的目标代码,而相应的目标代码的反汇编代码与原告程序的反汇编代码存在相同或实质相同的代码段,因此认定被告公司非法获取并使用了原告公司的“心电算法”技术秘密。值得注意的是,本案中二审法院最终以被诉侵权产品的营业利润作为计算侵权损害赔偿数额的依据,并详细计算了合理维权费用,最终判决被告赔偿原告经济损失共计1220.734万元。

## 1.2 司法鉴定在商业秘密案件中的作用及问题

商业秘密中的秘密性是事实和法律相结合的问题,而其中有关事实的部分往往需要通过司法鉴定的手段加以认定。在目前我国商业秘密纠纷案件中,针对技术秘密的“非公知性特征”这一事实,在案件审判过程中运用司法鉴定的手段出具鉴定意见,已经成为主流的趋势。

关于商业秘密“非公知性特征”(即秘密性)的司法鉴定,当前主要存在同一性比对标准和与专利新颖性差异的问题。同一性比对的司法鉴定一般包括系争秘点与现有知识的同一性比对,以及系争秘点与原告所使用的技术或经营信息的同一性进行比对,而在实践中常有司法鉴定机构在进行这两个步骤的比对时采取宽严不同的标准,又因为法院的裁判往往依赖于鉴定结论,从而导致了“同案不同判”的司法裁判结果。对于商业秘密的秘密性判断,由于缺乏相关规定,在实践中常常套用专利新颖性的标准来认定秘密性,但是商业秘密和专利权制度是基于不同的利益衡量,商业秘密不具有专利权法定的排他性和垄断性,机械的套用专利新颖性的判断标准,在侵害商业秘密纠纷中往往造成对权利方不利的局面。

2. (2014)粤高法民三终字第831号

### 1.3 对员工侵害商业秘密的事后救济

在我国商业秘密保护制度下,目前主要的救济方式仍为事后救济。虽然劳动法规定了雇主可以与员工签订竞业禁止条款,但雇主与员工间的保密关系却很少涉及。在司法实践中,知悉原单位商业秘密的员工是泄露商业秘密的主要风险。更重要的是,在知识经济的时代,互联网的普及使得信息的传递更加便捷,而对可能的侵权行为缺乏相应的应急措施是我国商业秘密司法保护的主要障碍之一。

## 第二部分\ 美国法律制度下的软件商业秘密的秘密性

美国法律体系中对商业秘密的保护较为完善,其现行的商业秘密制度起源于传统的判例法,以1979年颁布《统一商业秘密法》统一了全美范围内商业秘密的定义、侵权行为及救济手段,为美国各州的商品秘密立法提供示范。1996年,美国联邦立法机构颁布《经济间谍法案》,通过刑事制裁的手段打击商业秘密侵权。2016年美国联邦政府颁布《保护商业秘密法》,用以加强商业秘密的民事保护。除此之外,美国多个州也根据当地的实际情况颁布了相应的商业秘密保护法案。

在上述对中国法律制度的分析中,我们认为软件商业秘密的主要问题是判断其是否存在秘密性特征,现结合美国近年来的相关判例,梳理美国法律制度下对软件商业秘密的秘密性判定标准。

### 2.1 秘密性要求开发软件时付出一定代价

与我国商业秘密制度类似,美国对软件商业秘密通常也要求其具备秘密性,具体标准包括该软件是否已经公开披露、公开、是否可从其他公开渠道可以获得、以及是否无需付出一定的代价而容易获得等方面,在相关判例中,美国法院特别强调该软件的开发需要付出一定代价从而具有秘密性。

在Jeffrey Westen案中<sup>3</sup>,原告在开发软件程序过程中投入了大量时间、金钱和努力,而其他人即使获取了原告的程序,通过短期课程、录像和培训手册仍无法获悉该程序的实质内容,因此法院认为他人在没有实质性投入的情况下难以获知原告的信息,并认定原告主张的信息具有秘密性。相对的,若无法举出证据证明开发软件过程中付出了相当代价,则该软件不易被认定为商业秘密。例如,在Computer Care案中<sup>4</sup>,美国第七巡回上诉法院就认为,原告没有提供任何证据

3. See Jeffrey WESTON v. Richard L. BUCKLEY, 677 N.E.2d 1089, 1092 (1997).

4. See Computer Care and Service Systems Enterprises, Inc. 982 F.2d 1063. (1992)

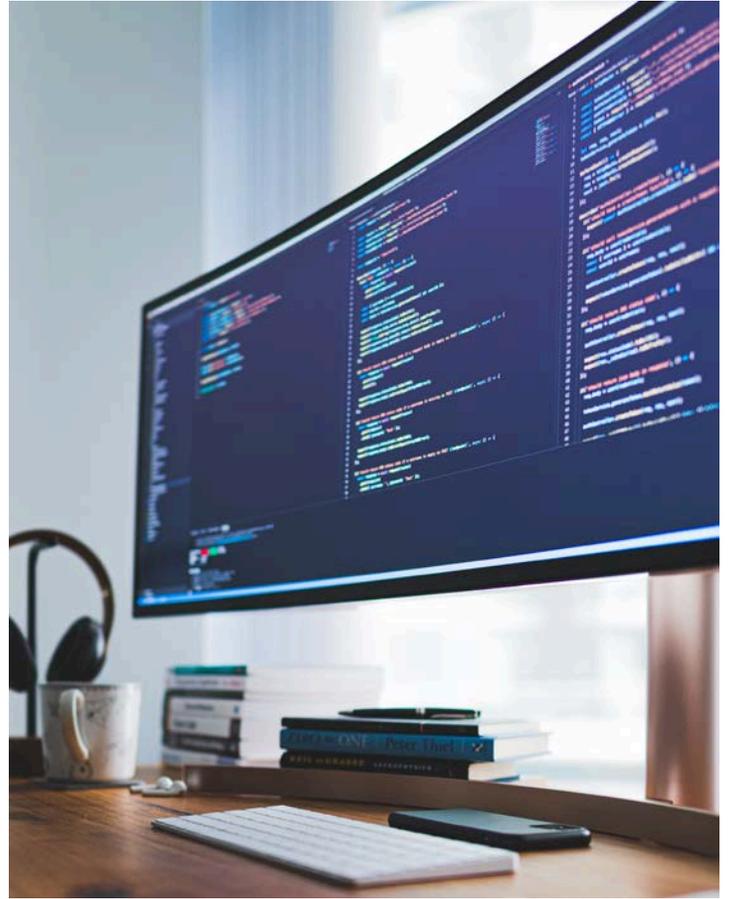
证明多触发器系统不为该行业的其他企业所公知,原告也没有提供任何证据证明其在确认多触发器系统更加优越这一问题上花费了时间和金钱,因此,原告使用的多触发器系统不是受保护的商业秘密。

## 2.2 软件许可、被上传至网络等情形不当然导致秘密性丧失

与我国商业秘密制度类似,美国法律制度下对于算法和源代码也认定其属于商业秘密,但针对向用户提供的软件界面以及被上传至网络公开的信息,在美国司法实践中扩大了以商业秘密保护的权利要求范围。

如前所述,在软件向第三方许可或销售后,相关界面、使用方法、说明书等信息将直接向用户提供,而相关的信息即失去秘密性,因此软件整体无法以商业秘密方式保护。但是,在特定情形下,若软件提供给受保密条款约束的特定用户,则软件的秘密性不一定丧失。在Univ. Computing Co. v. Lykes-Youngstown Corp.案中<sup>5</sup>,法官认为特定的计算机程序即使被销售给客户,但如果原告已采取相应的保密措施,且用户受保密协议的约束,则该软件仍然可构成商业秘密。

这一规则在用户免费试用软件的情形下尤为重要,典型案例是Air Watch LLC v. Mobile Iron, INC.案<sup>6</sup>,原告销售一种从移动装置安全发



送电子信息的软件,被告是其竞争对手,被告指派员工冒充其他公司人员向原告申请了为期30天的软件免费试用。原告的用户许可协议约定试用软件仅用于测试和评价软件,且不得进行竞争性的分析。后原告发现了被告指派员工试用软件的事实,并起诉至法院控告对方侵犯商业秘密,被告抗辩认为由于原告已经向消费者提供其产品,所以该软件的内容属于容易获得的而不构成商业秘密。法官认为,若原告已对其

5.Univ. Computing Co. v. Lykes-Youngstown Corp. 504 F.2d 518,535(5th Cir.1974).  
6.AirWatch LLC v. Mobile Iron, INC. 2013 WL 4757491(N.D.Ga.).

程序的功能、说明书和价格等信息采取了保密措施, 则该软件仍可以为商业秘密。原告软件的用户应遵从包含了保密条款的用户许可协议。即使原告希望其客户知道并享用其软件的功能, 但是这些用户仍然是被许可方, 要遵守用户许可协议, 所以向这些用户公开软件的相关信息并不当然失去其商业秘密属性。

与之类似的, 在软件被上传至互联网的情况下, 如果软件所有者采取适当补救措施, 其商业秘密属性仍可以被维持。典型案例是DVD Copy Control Association Inc. v. Andrew Bunner案<sup>7</sup>, 原告拥有一种可阻止对DVD内容的复制的CSS系统, 而为了防止CSS成为公知信息, 电影业形成了严格的许可体制并组建了DVDCCA (本案原告) 作为CSS唯一的许可实体。尽管电影业采取了对CSS的大量保密措施, 1999年10月互联网上还是出现了破解CSS的软件DeCSS并迅速传播。本案中, 原告认为DeCSS包含了其商业秘密信息, 而该信息应该是由某一被许可方违反许可协议对CSS进行反向工程得到的。原告聘请的律师在1999年10月25日发现DeCSS于互联网发布, 并从1999年11月4日开始, 要求相关网络服务提供商删除有关信息和链接。初审法院认为, 不能仅因为商业秘密信息被发布到了互联网上就彻底否定商业秘密的秘密性, 否则将鼓励商业秘密侵权者将其非法获

取的信息尽快并尽可能广泛地传播, 从而使得一项商业秘密永久丧失其秘密性。二审法院进一步认定, 互联网上的传播并不必然导致商业秘密的秘密性丧失, 特别是在这种传播的范围小, 时间短或受到其他限制而未在其他竞争者中广泛知悉的情况下。

### 2.3 员工离职与侵害软件商业秘密

基于软件行业的特点, 参与软件的研发、测试、维护等工作的程序开发人员往往掌握大量与软件相关的秘密信息, 因而成为软件商业秘密保护的关键因素。与我国类似的是, 在美国商业秘密纠纷案件中, 员工跳槽至竞争对手往往是商业秘密纠纷及犯罪的高发地带, 因此通过签署保密协议和竞业限制协议约束程序开发人员是主要的风险规避手段。

在Peter Elkin案中<sup>8</sup>, 被告Peter Elkin是原告公司的研究员, 负责开发一款语音处理软件(NLP)。原告的保密政策对员工任职期间的知识产权、发明创造及商业秘密等内容均有详细规定。2008年初, 被告兼职与第三方公司合作开发一款与NLP相关的软件, 并向原告保证该软件开发项目非出于商业目的, 且未使用NLP的源代码。2008年7月, 被告及其团队人员向原告提出

7. DVD Copy Control Association Inc. v. Andrew Bunner 116 Cal.App.4th 241, 10 Cal.Rptr.3d 185.  
8. 2010 U.S. Dist. LEXIS 136667 (D. Minn., Dec. 27, 2010)

离职,并在加入新公司后继续使用NLP的源代码。本案经陪审团审理后支持了原告关于被告违反劳动合同及忠实义务,以及故意侵害原告商业秘密的主张,法院判决被告承担相关侵权损失及律师费。

在United States of America v. Sergey Aleynikov案中<sup>9</sup>,被告Sergey Aleynikov是原公司的程序员,负责开发高频交易系统(HFT)。该交易系统作为商业秘密由原公司严格保护,其保密政策要求被告严格保守公司商业秘密,且在其离职后也禁止接触相关商业秘密。2009年4月,被告在高薪诱惑下同意跳槽至正在研发HFT系统的新兴公司。在2009年5月下旬,新兴公司的创始人向被告发邮件称,期望能在6个月内开发完成HFT系统,而通常开发这样的系统需要数年时间。被告于其在原公司工作的最后一天向位于德国的服务器加密上传了超过50万行原公司HFT系统的源代码,并将相关加密程序和计算机操作历史一并删除。回家后,他又从德国服务器将这些源代码下载到了家用电脑。2009年7月2日,被告赴芝加哥参加新公司的会议,他随身携带的闪存装置和笔记本电脑中存有部分原公司的源代码。当他第2天飞回纽瓦克机场时被联邦调查局逮捕。尽管被告最终并未被追究刑事责任,但是,此案生动地说明了软件开发人员在受到高薪诱惑时,在跳槽前侵犯原公司软件商

业秘密的典型情形。

## 2.4 对员工侵害商业秘密的临时禁令

“不可避免披露原则”确立了美国商业秘密保护制度下的禁令救济模式,在原雇主认为员工在被竞争对手雇用后将不可避免地使用其商业秘密会带来严重的损失,这种情况下可以基于竞业禁止协议请求法院发布禁令,禁止该员工在一段时间内为对手公司提供商业机密,这一制度的其主要目的是保护潜在的商业秘密。“不可避免披露原则”提供了雇主对其可能受到侵害的商业秘密的事前救济手段,前雇主可以在员工为现在的雇主工作的时间之前提出申请并请求法院采取预防措施,阻止其在规定时间内为其工作,以避免为公司造成一定的损失。

## 第三部分 \ 软件商业秘密保护的措施

通过上述分析,结合我国司法实践并借鉴美国商业秘密制度,我们对企业采取商业秘密形式保护软件产品提出以下建议。

- 对涉密员工进行培训并制定相关规则,明确限定员工可以在公共场所及社交媒体上讨论

9. United States of America v. Sergey Aleynikov 676 F.3d 71.

的内容,并制定离职面谈程序;

- 在公司规章制度、员工手册等文件中规定以上需保密的内容及保密措施,并让员工签字确认相关文件;

- 要求涉密员工签署保密协议,约定员工在任职期内的保密义务并在日常工作中建立保密制度,以及在新指派工作任务中的保密监督程序;

- 在与第三方合作前,对其可能获取的商业秘密或使用含有商业秘密的软件签署保密协议。相关协议中应包含保密条款,明确约定负保密义务的一方可使用的包含商业秘密的软件名称,并且保密协议中应具体约定软件功能、以及源代码和目标代码的范围;

- 在保密内容发生变化时,向相关人员以书面形式更新保密政策,并告知员工和客户具体的保密范围;

- 在软件界面的显著部分提示“严格保密”;

- 对非商业秘密保护部分的软件内容以专利、著作权形式保护;

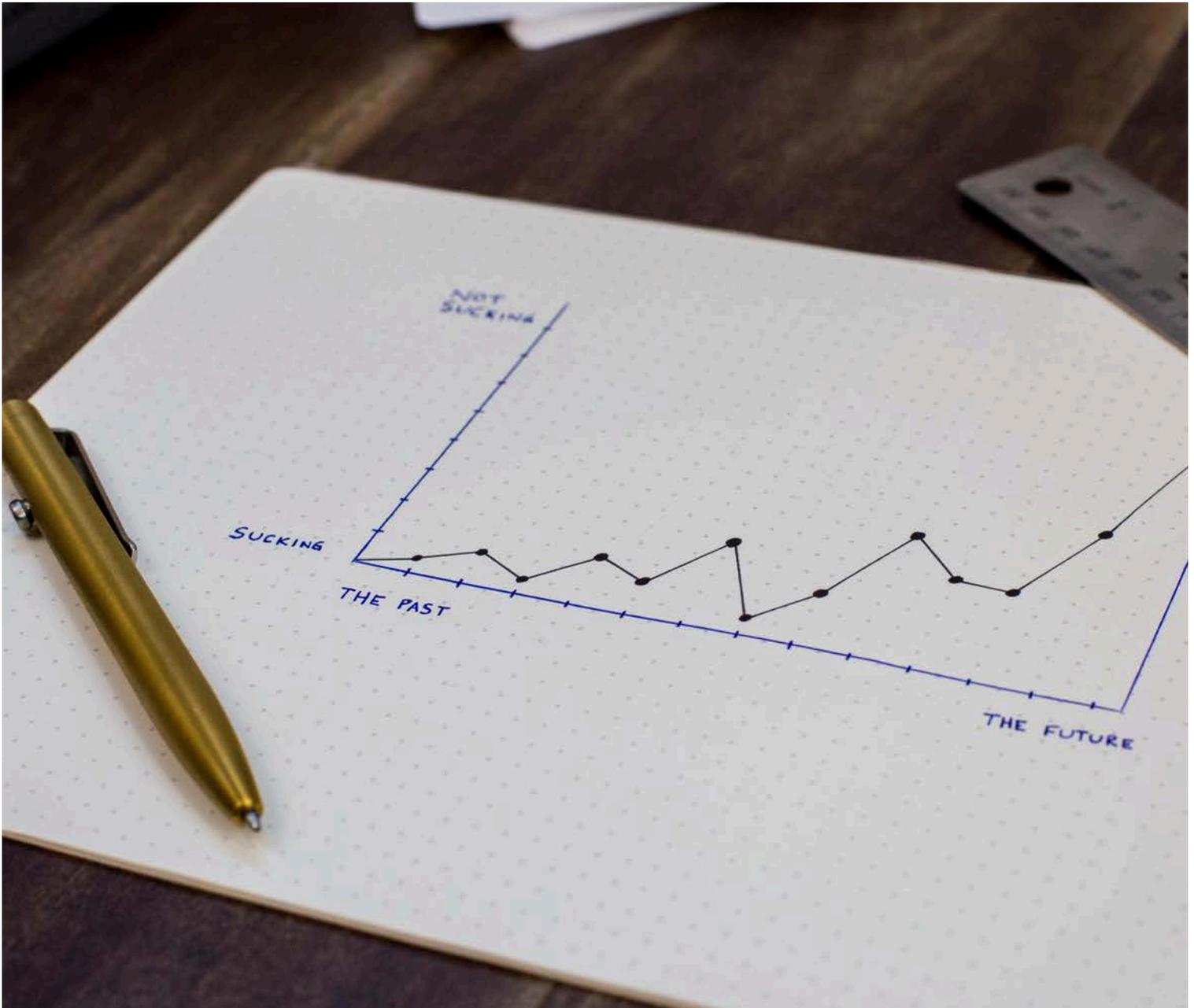
最后,我们建议公司在遭遇商业秘密相关风险时,及时咨询专业团队提供意见,确保在第一时间获得法律支持,维护公司的合法权益。☒



王红燕  
合伙人  
知识产权部  
杭州办公室  
+86 571 5662 3968  
gracewang@zhonglun.com

# FATCA或将“重启”， 中国金融机构面临合规挑战

作者：武鑫、宋逸飞



## 第一部分\ FATCA法案概览

2008年,美国金融危机爆发,导致美国政府财政赤字严重。为增加税收收入,打击美国纳税人利用外国账户偷逃税款的行为,美国国会于2010年3月18日通过了《外国账户纳税合规法案》(Foreign Account Tax Compliance Act,以下简称“**FATCA**”),以便在全球范围内收集美国纳税人的账户信息,并追缴税款。

此后,美国开始与多国签订政府间协议(Inter-Governmental Agreement,以下简称“**IGA**”),以便将其合规要求向其他国家扩展;部分外国金融机构(Foreign Financial Institution,以下简称“**FFI**”)也按要求在美国国税局进行了注册登记。经过4年的准备,2014年7月1日,FATCA正式生效,针对不合规的FFI,美国政府开始就其源自美国的可预提款项(withholdable payments)<sup>1</sup>实施扣缴30%预提税的罚则。2017年1月1日,针对不合规的FFI,美国政府进一步就其处理的过手款项(passthru payment)<sup>2</sup>扣缴30%的预提税。特朗普上台后,美国政府税收政策出现调整,FATCA的执法力度也有所削弱,这表现为美国国税局给予部分国家关于信息报送合规要求的宽限期<sup>3</sup>。然而,近期美国下一届总统拜登上台后FATCA可能得到“重启”,各国FFI将

面临更严峻的合规挑战。

FATCA共计5个条文,分别是《美国法典》第26卷第6038D条,及第1471至1474条。美国纳税人<sup>4</sup>及FFI在该法案项下不享有权利,而是承担着大量合规义务,主要包括:(1)美国纳税人需要自我申报海外账户和特定金融资产信息,不合规者将被处以高额罚款,严重者将遭到刑事指控;(2)FFI需要在规定时限内在美国国税局注册并获得全球中介机构识别代码(Global Intermediary Identification Number,以下简称“**GIIN**”),履行FATCA设定的合规管理和信息披露要求;(3)法案规定了豁免条款与“祖父条款”,即:外国政府、中央银行、国际组织等“豁免收益所有人”(Exempt Beneficial Owners)将被豁免征收预提税的处罚,同时,2013年1月1日前发生的源自美国的贷款或衍生品交易也免于受到该等处罚。

在与他国政府签订双边协议的过程中,美国政府提供了两类协议范本,即“模式一政府间协议”(Model 1 IGA)和“模式二政府间协议”(Model 2 IGA)。在Model 1 IGA项下,FFI将通过

1.根据《美国法典》第26卷第1473(1)(A)条的定义,“可预提款项”包括(1)源自美国的利息、股息、租金、工资、奖金、保险金、年金及其他固定或可确定的年度或定期收入;(2)处置或销售任何可以从美国境内产生利息或股息的财产所获得的总收入。  
2.根据《美国法典》第26卷第1471(d)(7)条的定义,“过手款项”指可预提款项或与可预提款项有效相关的其他支付,一般指转付链上中间FFI处理的可预提款项。  
3.美国国税局于2017年10月公布的第2017-46号通知规定,如果FFI在2019年12月31日前遵守指南要求,则即使其未按FATCA规定向美国国税局报送外国账户信息,美国政府也不会对其施加处罚。  
4.根据《美国法典》第26卷第1473(3)条的定义,“美国纳税人”(specified United States persons)一般指除“股票在成熟证券市场定期交易的公司、豁免缴税的组织或个人退休计划、美国国有实体、美国政府机构、美国国内银行”等实体外的任何美国人士。普通美国公民、绿卡持有者或美国企业均属于FATCA项下的“美国纳税人”。

本国政府向美国国税局间接报送美国纳税人账户信息,而在Model 2 IGA项下,FFI将与美国国税局签订“外国金融机构协议”(FFI Agreement),直接向其提供美国纳税人账户信息。<sup>5</sup>

## 第二部分\ 中国法项下的落实情况

根据美国财政部官方网站信息,中国政府已于2014年6月30日与美国实质性达成了IGA (Agreement in Substance),且选择了Model 1 IGA作为信息披露方式。<sup>6</sup>但截至目前,这一实质性IGA文本尚未公开发布,中、美两国也并未正式签署Model 1 IGA。由于双边协议的缺失,我国国内法也未就FATCA的合规要求作出统一规定。这意味着目前中国金融机构<sup>7</sup>在面临FATCA合规风险时将缺乏双边协议和国内法的指引。

根据美国国税局发布的第2014-17号宣告 (Announcement 2014-17),当他国与美国达成IGA时,该国管辖区内的FFI有义务按照适用模式进行FATCA要求的注册登记,也可以向同类扣缴代理人证明其代扣资格<sup>8</sup>。但美国国税局并未明确该等管辖区内的FFI是否需要披露美国纳税人账户信息。一般认为,由于中国选择了Model 1 IGA作为信息披露方式,在IGA尚未正式签订的前提下,中国金融机构将无法通过中国政府向美

国国税局披露账户信息。

虽然我国国内法尚未细化遵守FATCA要求的具体安排,但是在金融账户涉税信息自动交换方面,已经进行了一定的准备和机制建设。2014年7月,经济合作与发展组织(OECD)发布了“金融账户涉税信息自动交换标准”(Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information,以下简称“**AEOI标准**”)。AEOI标准由《主管当局间协议》与《统一报告标准》组成,二者共同提供了金融机构识别、收集、报送非居民个人和机构账户信息的要求和程序,以及各国间金融账户涉税信息自动交换的操作准则。早在2015年,中国就已加入《多边税收征管互助公约》,签署《多边主管当局间协议》,并后续相继发布《非居民金融账户涉税信息尽职调查管理办法》(国家税务总局、财政部、中国人民银行、银监会、证监会、保监会公告2017年第14号,以下简称“**《尽调管理办法》**”)、《银行业存款类金融机构非居民金融账户涉税信息尽职调查细则》(银发〔2017〕278号)和《非居民金融账户涉税信息报送规范》(税总办发〔2017〕164号),为识别、收

5. 来源: <https://www.irs.gov/businesses/corporations/fatca-governments>.

6. 来源: <https://home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/foreign-account-tax-compliance-act>.

7. 根据《美国法典》第26卷第1471(d)(4)条对FFI的定义,美国国税局官方信息,及中国《非居民金融账户涉税信息尽职调查管理办法》等法规,本文所称“中国金融机构”是指在中国大陆境内设立的存款机构、托管机构、投资实体、特定保险公司,包括但不限于商业银行、政策性银行、信用合作社、证券公司、期货公司、基金管理企业、开展有现金价值的保险或者年金业务的保险公司或保险资管公司、信托公司,但不包括金融资产管理公司、财务公司、融资租赁公司、汽车金融公司、货币经纪公司、消费金融公司等。从事相关业务的外资金融机构在华子公司、合资公司也属于“中国金融机构”的范围,但不具有独立法人地位的在华分公司、代表处不属其列。

8. <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/a-14-17.pdf>.

集、报送和交换非居民金融账户涉税信息作出初步框架性规定。

在对《尽调管理办法》的官方解读中，国家税务总局认为，AEOI标准属于全球版的FATCA，内容上大体相同，仅在细节上有所差异，金融机构可以考虑在操作层面将AEOI标准与FATCA统筹，根据自身业务需求将二者的声明文件进行整合等。据此，在中、美两国正式签署IGA后，国内法关于中国金融机构在FATCA项下的合规要求极可能沿用《尽调管理办法》的规定。

同时，中国已于2017年下半年针对金融机构的非居民金融账户涉税信息进行了一次尽职调查，并于2018年5月开通了“金融账户涉税信息自动交换”网站。这一网站将便于FATCA项下信息的报送，为IGA正式签署后降低中国金融机构的合规成本做好准备。

### 第三部分\ 中国金融机构面临FATCA的合规挑战及案例

#### (一) FATCA如果“重启”，中国金融机构将面临的 责任和义务

如果中、美两国签署IGA后，FATCA将对中国金融机构正式生效，中国金融机构需要遵循FATCA针对FFI设定的多项责任和义务：

#### 1.在美国国税局进行注册登记，获得GIIN

为便于FFI报送、交换金融账户涉税信息，美国国税局要求FFI在其官网进行登记注册，并获得独有的GIIN，以便进行后续操作。根据美国国税局官网发布的《FATCA注册用户指南》<sup>9</sup>，登记注册主要分为如下流程：(1) FFI在国税局官网上创建FATCA账户；(2) FFI登录该账户，授权个人进行初步信息填报，包括FFI类型、名称、国别、地址、是否存在海外分支机构等，同时个人需声明获得完全授权；(3) 国税局审核上述信息，如无问题，将向该FFI分配GIIN。全流程可由FFI自主完成，经授权的个人需要真实准确地填报信息；美国国税局在审核过程中可能要求FFI提供证明文件以资佐证。登记注册完成后，美国国税局将及时公开发布获得GIIN的FFI名单。截至2021年1月，中国已有2639家金融机构完成了登记注册。<sup>10</sup>

#### 2.识别美国纳税人账户，完善查证和尽职调查流程

中国金融机构将被要求收集账户持有人的信息，以便识别在该金融机构开户的全部美国纳税人账户。在FATCA项下，美国纳税人账户(United States account)是指由美国纳税人或美国主导境外实体<sup>11</sup>所持有的金融账户；但账户

9.来源：<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p5118.pdf>.

10.来源：<https://apps.irs.gov/app/fatcaFfiList/flu.jsf>.

11.根据《美国法典》第26卷第1471(d)(3)条，美国主导境外实体(United States owned foreign entity)，是指由一个或多个美国主要所有者(substantial United States owners)拥有的境外实体。而根据《美国法典》第26卷第1473(2)(A)条，“美国主要所有者”是指对于任何公司、合伙企业或信托，持有10%以上权益的美国纳税人。



持有人为自然人,且该持有人名下存款总价值不超过5万美元的金融账户不在其列。<sup>12</sup>在账户开立时,中国金融机构需要向开立人或未来持有人发出告知函,要求向其收集与FATCA相关的身份辨别信息,并将收集成功作为开立账户的前提。针对自然人,金融机构一般会询问国籍情况、纳税地情况;针对法人,金融机构一般会询问企业性质、纳税豁免资格、收入情况、最终受益人国籍等。如账户构成美国纳税人账户,则账户持有人应立即填报美国国税局发布的W-9表格,中国金融机构需同时填报W-8 BEN表格。W-9表格由美国纳税人填写,主要收集美国纳税人名称及社会

识别码;W-8 BEN表格由持有可预提款项的中国金融机构填写,主要用于避免针对该金融机构征收预提税。

此外,中国金融机构还需要建立对上述信息的查证和尽职调查流程,以便于核实信息的真实准确性。如上文所述,FATCA项下的识别查证将可能继续适用《尽调管理办法》。根据《尽调管理办法》及其官方解读,国内法目前将金融账户划分为个人和机构两类,每类账户又分为新开账户和存量账户。新开账户的尽职调查要求较为详

12. 来源:《美国法典》第26卷第1471(d)(1)条。

尽,需要开户人提供税收居民身份声明文件,金融机构根据开户资料进行合理性审核。而存量账户的尽调程序相对简易,金融机构可依据留存资料进行检索核查。但在存量账户项下,账户净值较高的账户面临着相对严格的尽调要求。

### 3.在规定时间内通过中国政府向美国国税局提供美国纳税人账户信息

中国金融机构将按照FATCA和IGA的要求,通过中国政府向美国国税局报告以下信息:(1) 账户持有人的名称、地址和社会识别码;(2) 账户代码;(3) 按照美国财政部长确定的日期和计算方法,报送账户余额/账户价值,以及账户的总收入/总支出(以下简称“**相关账户信息**”)<sup>13</sup>。根据《尽调管理办法》,金融机构应在每年5月31日以前向国家税务总局报送前一公历年度通过尽调程序收集的非居民金融账户涉税信息。该日期也极可能成为未来中国金融机构向国家税务总局报送相关账户信息的最终时点。美国国税局还保留了随时要求中国金融机构补充美国纳税人账户信息的权力。如果中国法阻止相关账户信息的报告,美国国税局将要求中国金融机构积极向中国政府申请豁免;如未能取得豁免,中国金融机构则应在合理时间段内关闭美国纳税人账户。

在信息保密方面,虽然《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国反洗钱法》等法律均规定金融机构有义务为账户持有人的信息保

密,但人民银行发布的《个人金融信息保护技术规范》明确规定,如为履行法律法规及行业主管部门规定的义务,金融机构可以共享、转让、公开披露其收集的个人金融信息,且无需征得个人金融信息主体的授权同意。鉴于相关账户信息亦属于依照中、美两国IGA等法规进行共享的个人金融信息,金融机构收集、报送相关账户信息则不被视为违反保密义务。

在实际操作层面,国内法针对金融机构收集、报送信息的安排也减轻了中国金融机构对账户持有人信息保密的责任。首先,国家税务总局强调相关部门应按规定对相关账户信息保密。<sup>14</sup>其次,由于中国政府采用了Model 1 IGA的信息披露方式,金融信息跨境传输将由中国政府统一完成。上述安排使得中国政府机构成为相关账户信息不被泄露的有力保障。

### 4.针对不合作的FFI和“顽固账户持有人”履行扣缴义务

作为转付链条上的一环,中国金融机构将扮演扣缴代理人的角色,代替美国国税局惩罚不合作的FFI和“顽固账户持有人”。所谓“顽固账户持有人(recalcitrant account holder)”,是指在没有豁免的情形下,拒绝向美国国税局提供相关账户信息的账户持有人。<sup>15</sup>当中国金融机构将可

13.来源:《美国法典》第26卷第1471(c)(1)条。

14.来源:www.chinatax.gov.cn/chinatax/n810341/n810760/c2620533/content.html。

15.来源:《美国法典》第26卷第1471(d)(6)条。

预提款项或过手款项支付给违背FATCA合规要求的FFI,或顽固账户持有人时,中国金融机构应代替美国国税局强制扣缴该等款项的30%,并将其作为美国政府的税收收入。<sup>16</sup>

在征缴税款方面,《中华人民共和国税收征收管理法》第三条规定:“任何机关、单位和个人不得违反法律、行政法规的规定,擅自作出税收开征、停征以及减税、免税、退税、补税和其他同税收法律、行政法规相抵触的决定。”第九十一条规定:“中华人民共和国同外国缔结的有关税收的条约、协定同本法有不同规定的,依照条约、协定的规定办理。”因此,中国金融机构可按照正式签署的IGA办理预提税代扣代缴事宜。

## 5. 关闭美国纳税人账户

针对不配合提供相关账户信息的美国纳税人, FATCA要求FFI在合理时间段内关闭该美国纳税人的账户。《尽调管理办法》中为个人及机构开户的尽职调查均要求金融机构应当根据开户资料(包括通过反洗钱客户身份识别程序收集的资料)或者公开信息对声明文件的合理性进行审核,主要确认填写信息是否与其他信息存在明显矛盾。金融机构认为声明文件存在不合理信息时,应当要求账户持有人提供有效声明文件或者进行解释。不提供有效声明文件或者合理解释的,不得开立账户。同时,《中华人民共和国反洗钱法》第十六条规定:“金融机构不得为身份不明

的客户提供服务或者与其进行交易,不得为客户开立匿名账户或者假名账户。”《中国人民银行办公厅关于进一步加强反洗钱和反恐怖融资工作的通知》亦规定:“如果(金融机构)无法进行客户身份识别工作,或经评估超过本机构风险管理能力的,不得与客户建立或维持业务关系。”因此,如果账户持有人拒绝提供相关账户信息,中国金融机构可依据上述规定停止为其办理业务并立即销户。

## (二) 中国金融机构将面临的挑战

### 1. 全球性业务萎缩

在中、美两国IGA正式签署后,不遵守FATCA合规要求的中国金融机构不仅将面临扣缴30%预提税的惩罚,还将遭受业务损失。如上所述,针对不配合提供相关账户信息的美国纳税人, FATCA要求中国金融机构在合理时间段内关闭该美国纳税人的账户。其次,在可预提款项或过手款项通过不合规金融机构向最终受益人转付的过程中,不合规金融机构的前手金融机构将按要求扣缴该等款项的30%,面对该等损失,款项的最终受益人将与不合规金融机构产生纠纷,并拒绝与其进一步合作。最后,向不合规金融机构转付可预提款项的前手金融机构承担了预提税

16. 来源:《美国法典》第26卷第1471(b)(1)(D)条。

的计算扣缴义务。由于美国税法规定的扣款标准和程序十分复杂,考虑到成本因素,前手金融机构可能直接拒绝与不合规金融机构的交易,导致不遵守FATCA的中国金融机构业务严重萎缩。

## 2. 合规成本上升

虽然《尽调管理办法》已经要求中国金融机构进行了客户识别、信息收集、信息报送等方面的机制建设,但是为符合FATCA的信息质量要求,中国金融机构势必又要进行新一轮的系统建设、文本修订以及人员培训。这将使中国金融机构承担高额合规成本。据英国银行协会信息,英国国内银行为落实FATCA已花费超过10亿英镑的费用。中国金融机构或将面临类似成本。

### (三) 金融机构受处罚案例

2019年3月,美国财政部宣布以色列第三大银行Mizrahi-Tefahot承认其雇员协助美国纳税人逃避税务责任,账户操作严重违反“合格中介机构协议”,声称该银行存在如下操作:(1)协助美国纳税人以假名开户,隐瞒相关账户信息;(2)隐匿美国纳税人身份信息和代持情况,制造境外人士持有美国证券的假象;(3)将机构邮寄给美国纳税人的信件存储在美国境外邮箱,制造账户、信息与美国完全隔离的情况;(4)通过背对背贷款制造复杂的避税结构,销毁证据;(5)未按要求填报W-8 BEN表格和W-9表格,隐瞒相

关账户信息,等等。<sup>17</sup>最终该银行缴纳了1.95亿美元的罚金。<sup>18</sup>

2019年11月,美国法院针对不遵守FATCA要求的FFI作出首例判决。在英、美两国已经正式签署IGA的情况下,位于英国伦敦的Beaufort证券公司为美国公民开设了六个经纪账户,进行了数百万美元的股票交易,但Beaufort公司从未向美国国税局报告相关账户信息。美国政府在进行多年调查后起诉Beaufort公司及其实际控制人。该案还同时处罚了位于毛里求斯、格林尼达和匈牙利的多个FFI和个人。<sup>19</sup>

以上处罚案例对中国金融机构是一种警示。中国金融机构需要提高FATCA合规的风险管理,对账户持有人做充分的尽职调查,防止美国纳税人通过复杂的避税结构逃避美国税务责任,导致中国金融机构受到扣缴30%预提税的处罚。

17.来源:<https://www.justice.gov/opa/pr/mizrahi-tefahot-bank-ltd-admits-its-employees-helped-ustaxpayers-conceal-income-and-assets>.  
18. Mizrahi-Tefahot银行除未遵守FATCA规定外,还存在证券欺诈等行为,因此罚金较高。  
19.来源:<https://www.justice.gov/usao-edny/pr/former-beaufort-securities-investment-manager-pleads-guilty-conspiracies-commit>.



武鑫  
非权益合伙人  
金融部  
北京办公室  
+86 10 5780 8431  
wuxin@zhonglun.com



中伦研究院出品



courtesy of Patrick Behrmer - 1W05RZU79X0-vinspash

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。