



天達共和律師事務所
East & Concord Partners



2018

第 25/总第 338 期

每周法规速递
热点信息

成功，始于助人成功



天達共和律師事務所
East & Concord Partners

导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

近日，银保监会发布了《保险机构独立董事管理办法》，证监会发布了修改后的并购重组委工作规程，国家药监局规范接受药品境外临床试验数据工作，最高人民检察院围绕依法惩防金融犯罪主题发布了第十批指导性案例，公安部就修订公安机关办理国家赔偿案件程序规定征求意见，更多法规详见本周速递。

近年来，党中央高度重视金融机构公司治理问题，为了规范保险机构内部公司治理结构，近日，银保监会发布了《保险机构独立董事管理办法》，银保监会相关部门负责人就《办法》发布的背景及目的、主要内容、落实要求、制度安排等方面问题回答了记者提问，具体请见本期“法规解读”栏目。

本期“法律观察”栏目为您带来《〈我不是药神〉反映出我国现有药品专利保护制度中存在的问题》，以供参考；“实务聚焦”栏目重点关注《知识产权诉讼中电子证据的审查与判断（中）》，敬请阅读。

目 录

天达共和热点动态

律途 | 不忘初心 方得始终——记天达共和律师业务入职培训

法 规 速 递

- 金融领域
 1. 银保监会发布《保险机构独立董事管理办法》\2018-7-10
 2. 中共中央、国务院发文完善国有金融资本管理\2018-7-10
 3. 银保监会规范个税递延型商业养老保险资金运用行为\2018-7-9
- 证券领域
 4. 证监会拟加强期货经营机构客户交易终端信息采集\2018-7-10
 5. 证监会发布修改后的并购重组委工作规程\2018-7-9
 6. 证监会拟进一步放开外国人 A 股证券账户开立政策 \2018-7-9
- 法院、检察院、公安部
 7. 最高人民法院围绕依法惩防金融犯罪主题发布第十批指导性案例\2018-7-12
 8. 公安部就修订公安机关办理国家赔偿案件程序规定征求意见\2018-7-10
- 税务领域
 9. 国税总局就《税务部门规章制定实施办法》征求意见 \2018-7-13
 10. 两部门：扩大小型微利企业所得税优惠政策范围/2018-07-13
- 其他领域
 11. 《社会保险服务 总则》等国家标准征求意见 \2018-7-13
 12. 海关总署规范进口废物原料国外供货商注册登记管理\2018-7-13
 13. 两部门：在全行业开展“互联网+医疗健康”活动\2018-7-13
 14. 国家药监局规范接受药品境外临床试验数据工作\2018-7-12
 15. 生态环境部规范伴生放射性矿开发利用企业环境辐射监测/2018-07-12
 16. 海关总署优化出口货物检验检疫监管/2018-07-12
 17. 交通部就《水路运输领域严重失信名单管理实施细则》征求意见 \2018-7-11
 18. 三部门发布《医疗机构处方审核规范》\2018-7-11
 19. 市场监管总局就《企业名称登记管理条例》征求意见\2018-7-9
 20. 国家认监委发布认证机构及认证人员失信管理暂行规定 \2018-7-9
 21. 住建部拟加快推进工程担保制度建设 \2018-7-9

法 规 解 读

之 银保监会有关部门负责人就《保险机构独立董事管理办法》答记者问



热点信息

法律观察

之《我不是药神》反映出我国现有药品专利保护制度中存在的问题

实务聚焦

之知识产权诉讼中电子证据的审查与判断（中）



天达共和热点动态

律途 | 不忘初心 方得始终——记天达共和律师业务入职培训



律师的道路就是一条匠人的道路。

法学院学习是法律知识的积累，学思维逻辑和方式，培养法律意识和概念。

通过做和学的成长最快。

.....

这是天达共和律师事务所业务入职培训会上，天达共和合伙人姚毅律师源自执业 27 年的经验对新入职的员工的谆谆教导。在培训会上，姚律师和大家分享律师生涯的感悟和必须修练的技能，以律师素养及业务管理规范为主体，分别从如何做一名优秀律师、律师业务管理规范、天达共和团队工作机制三个方面详细给大家培训。

姚律师开宗明义，在培训伊始，就问大家一个问题——为什么想做律师？这个问题也决定了大家可以在律师的道路上走多久走多远。姚律师语重心长的告诉大家，律师的道路就是一条匠人的道路，需要付出很多的艰辛和努力，没有清醒的认识和深沉的热爱，是无法在这条路上走下去的。



在律师成长道路这一主题下，姚律师从学、做、修、跟、担、让六个方面，同时结合自身律师生涯的成长经历全面的讲述。而律师需要具备的修养，姚律师也条分缕析，不仅告诉大家要具备哪些修养，更告诉大家为什么要具备这些修养。同时，关于律师业务管理规范、天达共和团队工作机制、如何写电子邮件、如何进行法律研究、如何写法律文书等具体的业务流程和业务操作方法，姚律师也结合多年实践经验生动的和大家讲解。

为了加深大家的互相了解，增强彼此间团队配合和协作能力，姚律师为大家准备了团队拓展游戏，而天达共和的新生力量们也不负众望，从最初的一头雾水到逐渐领会协作要旨，组织能力强的小伙伴们积极主动的承担规划指挥的重任，整个团队也在拓展游戏中展现了惊人的团队配合能力和大局意识。在总结中，姚律师对大家的优点和不足都进行了点评，针对不同性格的小伙伴，提出了不同的期待与建议。



期待天达共和的新生力量们早日绽放属于他们的光彩，也祝福他们在律师的道路上永远不忘初心！

法规速递

➤ 金融领域

1. 银保监会发布《保险机构独立董事管理办法》\2018-7-10

日前，银保监会印发《保险机构独立董事管理办法》，同时下发通知。《办法》自发布之日起施行。《办法》在《保险公司独立董事管理暂行办法》的基础上，完善了制度的适用范围及独立董事设置要求，优化了独立董事的提名及任免机制，明确了独立董事的权利义务及履职保障，建立了独立董事履职评价和信息公开机制，健全了对独立董事及相关主体的监督和问责机制。《办法》规定，保险机构董事会独立董事人数应当至少为 3 名，并且不低于董事会成员总数的 1/3。保险机构存在出资额或者持股占保险机构注册资本或股本总额 50%以上控股股东的，其独立董事占董事会成员的比例必须达到 1/2 以上。通知要求各保险机构于 2019 年底前将独立董事人数和比例调整到位。

[阅读原文](#)

2. 中共中央、国务院发文完善国有金融资本管理\2018-7-10

日前，中共中央、国务院发布《关于完善国有金融资本管理的指导意见》。《意见》提出，建立健全国有金融资本管理的“四梁八柱”，优化国有金融资本战略布局，理顺国有金融资本管理体制，增强国有金融机构活力与控制力，促进国有金融资本保值增值。《意见》明确，凭借国家权力和信用支持的金融机构所形成的资本和应享有的权益，纳入国有金融资本管理，法律另有规定的除外。《意见》指出，对于开发性和政策性金融机构，保持国有独资或全资的性质。对于涉及国家金融安全、外溢性强的金融基础设施类机构，保持国家绝对控制力。《意见》要求，按照金融行业准入条件，严格限制和规范非金融企业投资参股国有金融企业，参股资金必须使用自有资金。

[阅读原文](#)

3. 银保监会规范个税递延型商业养老保险资金运用行为\2018-7-9

日前，银保监会印发《个人税收递延型商业养老保险资金运用管理暂行办法》，自发布之日起施行。《办法》规定，受托管理税延养老保险资金的投资管理人应当具备“注册资本不低于 5 亿元人民币，或净资产不低于 10 亿元人民币”“具有 3 年以上受托投资经验且业绩良好稳定，主动管理且非货币类资产管理总规模不低于 1000 亿元人民币”等 8 项条件。保险资产管理机构受托管理关联方机构的资金，不受上述两项的限制。《办法》明确，不同税延养老保险产品应当设立单独的投资账户。对于 A 类和

B 类产品，保险公司应当采用普通账户的管理模式。对于 C 类产品，保险公司应当采用独立账户的管理模式。

[阅读原文](#)

➤ 证券领域

4. 证监会拟加强期货经营机构客户交易终端信息采集\2018-7-10

近日，证监会发布《关于进一步加强期货经营机构客户交易终端信息采集有关事项的公告（征求意见稿）》，面向社会征询意见，意见反馈截止于 8 月 9 日。《征求意见稿》规定，客户通过交易终端软件下达交易指令的，期货公司应确保客户下达的交易指令直达其信息系统，并对客户交易终端信息进行采集。同时，《征求意见稿》明确，中国期货市场监控中心有限责任公司负责接收客户交易终端信息，并共享给期货交易所。期货公司应对其交易、结算软件以及客户使用的交易终端软件进行认证管理，确保软件具备真实、准确、完整地采集和报送客户交易终端信息的功能。客户交易终端软件不能通过接入认证管理的，应拒绝其交易。

[阅读原文](#)

5. 证监会发布修改后的并购重组委工作规程\2018-7-9

近日，中国证券监督管理委员会发布修改后的《上市公司并购重组审核委员会工作规程》，自发布之日起实施。《工作规程》主要修改了以下 8 方面的内容：一是强化保护投资者合法权益的宗旨。二是优化委员选聘机制。三是建立专项监察机制。四是适度扩大委员会规模。五是调短委员任职期限。六是优化委员任职条件。七是完善回避规定。八是强化委员工作单位责任。《工作规程》明确，中国证监会设立发行与并购重组审核监察委员会，对并购重组委审核工作进行独立监察。《工作规程》提出，委员总人数由 35 名增加至 40 名，内部委员不超过 11 名。委员每届任期由 2 年改为 1 年，连续任期最长不超过 2 届。

[阅读原文](#)

6. 证监会拟进一步放开外国人 A 股证券账户开立政策 \2018-7-9

近日，证监会发布《关于修改〈证券登记结算管理办法〉的决定》和《关于修改〈上市公司股权激励管理办法〉的决定》，现向社会公开征求意见，意见反馈截止于 8 月 8 日。本次修改旨在进一步扩大申请开立 A 股证券账户的外国人范围，允许“在我国境内工作的外国人”和“A 股上市公司中在境外工作并参与股权激励的外籍员工”直接开立 A 股证券账户。其中，《决定》将《证券登记结算管理办法》第十九条第二款

改为“前款所称投资者包括中国公民、中国法人、中国合伙企业，符合规定的外国人及法律、行政法规、中国证监会规章规定的其他投资者”，并增加规定“外国人申请开立证券账户的具体办法，由证券登记结算机构制定，报中国证监会批准”作为第三款。

[阅读原文](#)

➤ 法院、检察院、公安部

7. 最高人民法院围绕依法惩防金融犯罪主题发布第十批指导性案例\2018-7-12

近日，最高人民法院将朱炜明操纵证券市场案等三件指导性案例（检例第 39 - 41 号）作为第十批指导性案例发布，供参照适用。其中，“朱炜明操纵证券市场案”明确，证券公司、证券咨询机构、专业中介机构及其工作人员违背从业禁止规定，买卖或者持有证券，并在对相关证券作出公开评价、预测或者投资建议后，通过预期的市场波动反向操作，谋取利益，情节严重的，以操纵证券市场罪追究其刑事责任。“周辉集资诈骗罪案”明确，网络借贷信息中介机构或其控制人，利用网络借贷平台发布虚假信息，非法建立资金池募集资金，所得资金大部分未用于生产经营活动，主要用于借新还旧和个人挥霍，无法归还所募资金数额巨大，应认定为具有非法占有目的，以集资诈骗罪追究刑事责任。

[阅读原文](#)

8. 公安部就修订公安机关办理国家赔偿案件程序规定征求意见\2018-7-10

日前，公安部发出《公安机关办理国家赔偿案件程序规定（修订征求意见稿）》，现向社会征询意见，意见反馈截至 8 月 10 日。《征求意见稿》涵盖总则、行政赔偿和刑事赔偿、刑事赔偿复议、执行、责任追究等内容。其规定，赔偿请求人申请赔偿，应向赔偿义务机关提出。公安机关及其工作人员行使职权侵犯公民、法人或其他组织合法权益，造成损害的，该公安机关为赔偿义务机关。有“赔偿请求人不适格”等情形之一的，赔偿申请不符合条件。《征求意见稿》指出，对受理的赔偿申请，赔偿义务机关应自受理之日起两个月内，经本机关负责人批准，分别作出相关决定。其中，侵犯公民人身自由的每日赔偿金，按作出决定时的国家上年度职工日平均工资计算。

[阅读原文](#)

➤ 税务领域

9. 国税总局就《税务部门规章制定实施办法》征求意见 \2018-7-13

近日，国税总局发布《税务部门规章制定实施办法（修订征求意见稿）》，现公开征求意见，意见反馈截至8月11日。《征求意见稿》共三十条，较原来增加十一条，修订内容涉及总体要求、立项、起草、审查、解释和立法后评估。其中，《征求意见稿》增加起草环节广泛听取意见、委托第三方起草、充分征求关系紧密部门意见、公开征求意见、吸收专家参与等内容，分项列举起草报送材料，并明确对税务部门规章“开展公平竞争审查”和“开展符合世界贸易组织规则评估”要求。同时，增加税务部门规章解释内容：一是明确解释主体和解释的具体情形；二是明确开展解释工作的部门职责、解释的公布形式和效力。此外，《征求意见稿》还新增了关于“施行日期”、“规章清理”等内容，并调整了部分文字。

[阅读原文](#)

10. 两部门：扩大小型微利企业所得税优惠政策范围/2018-07-13

近日，财政部、国家税务总局下发《关于进一步扩大小型微利企业所得税优惠政策范围的通知》。《通知》明确，自2018年1月1日至2020年12月31日，将小型微利企业的年应纳税所得额上限由50万元提高至100万元，对年应纳税所得额低于100万元（含100万元）的小型微利企业，其所得减按50%计入应纳税所得额，按20%的税率缴纳企业所得税。根据《通知》，小型微利企业是指从事国家非限制和禁止行业并符合“工业企业，年度应纳税所得额不超过100万元，从业人数不超过100人，资产总额不超过3000万元”等2项条件的企业。《通知》还提出，《关于扩大小型微利企业所得税优惠政策范围的通知》自2018年1月1日起废止。

[阅读原文](#)

➤ 其他领域

11. 《社会保险服务 总则》等国家标准征求意见 \2018-7-13

近日，全国社会保险标准化技术委员会秘书处发布《社会保险服务 总则（征求意见稿）》和《社会保障服务中心设施设备要求（征求意见稿）》2个国家标准，现公开征求意见，意见反馈截止于7月20日。《征求意见稿》修改了服务体系的总体要求，增加了建立全国统一的社会保险公共服务平台的要求；修改了服务形式、服务环境与服务设施、信息化建设与管理等内容，增加了对应用“互联网+”技术的要求；增加了建设电子档案系统的要求，修改了服务提供的总体要求和基本服务内容等。根据《征求意

见稿》，社会保险服务主要有窗口服务、网络服务、自助服务、电话服务等形式。社会保险经办机构应实行综合柜员制、首问负责、一次告知、限时办结等服务制度。

[阅读原文](#)

12. 海关总署规范进口废物原料国外供货商注册登记管理\2018-7-13

近日，海关总署发布 2018 年第 91 号公告，公布《进口可用作原料的固体废物国外供货商注册登记管理实施细则》，自 8 月 1 日起执行。《细则》明确，进口废物原料供货商在签订贸易合同前，应当取得注册登记。申请供货商注册登记应当符合“具有所在国家（地区）合法的经营资质”等 7 项条件。根据《细则》，海关总署应当自受理注册登记申请之日起 20 日内，作出是否准予注册登记的决定。《进口可用作原料的固体废物国外供货商注册登记证书》有效期为 5 年。《细则》规定，供货商的名称、商业登记地址、法定代表人三项中累计两项及以上发生变化的，应当重新向海关总署申请注册登记。《细则》强调，供货商及其关联机构不能从事废物原料装运前检验业务。

[阅读原文](#)

13. 两部门：在全行业开展“互联网+医疗健康”活动\2018-7-13

日前，国家卫生健康委员会、国家中医药管理局发出《关于深入开展“互联网+医疗健康”便民惠民活动的通知》。《通知》从“就医诊疗服务更省心”、“结算支付服务更便利”等十个方面提出 30 项具体措施。《通知》明确，到 2020 年二级以上医疗机构普遍提供分时段预约诊疗、智能导医分诊、候诊提醒、检验检查结果查询等线上服务。鼓励发展互联网医院，积极为患者在线提供部分常见病、慢性病复诊服务，以及随访管理和远程指导，逐步实现患者居家康复。《通知》还指出，医疗卫生机构要通过自助机具、手机客户端等多种途径，优化支付流程，改善结算模式。加强与医保、商保、银联、第三方支付机构合作，提供多种在线支付方式。

[阅读原文](#)

14. 国家药监局规范接受药品境外临床试验数据工作\2018-7-12

近日，国家药品监督管理局发布《接受药品境外临床试验数据的技术指导原则》。《指导原则》对接受境外临床试验数据的适用范围、基本原则、完整性要求、数据提交的技术要求以及接受程度均予以明确。《指导原则》要求，申请人应确保境外临床试验数据真实、完整、准确和可溯源。其数据的产生过程，应符合国际人用药品注册技术协调会（ICH）药物临床试验质量管理规范（GCP）的相关要求。申请人应确保境外临床试验设计科学，临床试验质量管理体系符合要求，数据统计分析准确、完整。《指导原则》对于不同种类数据提交的要求进行了说明，并依据临床试验数据的质量，将接受临床试验数据分为完全接受、部分接受与不接受三种情况。

[阅读原文](#)

15. 生态环境部规范伴生放射性矿开发利用企业环境辐射监测/2018-07-12

近日，生态环境部发布《伴生放射性矿开发利用企业环境辐射监测及信息公开办法（试行）》，自2019年1月1日起施行。《办法》在定义“环境辐射监测”基础上，进而规定，企业可依托本企业人员、场所、设备开展监测或委托具有相应资质的机构进行监测，并对其监测结果及信息公开内容的真实性等负责。同时，《办法》明确，企业应制定环境辐射监测方案，企业环境辐射监测应遵守国家颁布的环境监测质量管理规定、环境监测技术规范和方法，确保监测数据科学、准确。《办法》还指出，对拒不开展环境辐射监测、不公开环境辐射监测信息和信息公开过程中有弄虚作假行为，或者存在问题且整改不到位的企业，生态环境部门依照有关法律法规追责。

[阅读原文](#)

16. 海关总署优化出口货物检验检疫监管/2018-07-12

近日，海关总署发布《关于优化出口货物检验检疫监管的公告》，自2018年8月1日起实施。为贯彻落实国务院机构改革要求，进一步深化全国通关一体化，优化出口货物检验检疫监管，促进贸易便利化，《公告》提出：一、实施出口检验检疫的货物，企业应在报关前向产地/组货地海关提出申请。二、海关实施检验检疫监管后建立电子底账，向企业反馈电子底账数据号，符合要求的按规定签发检验检疫证书。三、企业报关时应填写电子底账数据号，办理出口通关手续。

[阅读原文](#)

17. 交通部就《水路运输领域严重失信名单管理实施细则》征求意见 \2018-7-11

日前，交通部办公厅发出《水路运输领域严重失信名单管理实施细则（试行）（征求意见稿）》，面向有关单位征询意见，意见反馈截至7月20日。根据《征求意见稿》，从业人员有“违反相关法律法规且情节严重，由相关交通运输管理部门撤销经营资格或吊销许可证件”等六类情形之一，由县级以上交通管理部门按“谁处罚、谁认定”原则列入严重失信名单管理。同时，《征求意见稿》规定，发生失信行为但尚未认定为严重失信行为的，而且被责令限期改正、补办备案等手续的失信主体，交通管理部门应将其列入重点关注名单，加强监管。严重失信名单管理的有效期为自发布之日起3年。《征求意见稿》还明确，鼓励失信主体通过主动纠正失信行为、消除不良社会影响等方式进行信用修复。

[阅读原文](#)

18. 三部门发布《医疗机构处方审核规范》\2018-7-11

日前，国家卫生健康委员会办公厅等三部门印发《医疗机构处方审核规范》，自印发之日起施行。《规范》共7章23条，对处方审核的基本要求、审核依据和流程、审核内容、审核质量管理、培训等作出规定。《规范》明确，所有处方均应当经审核通

过后方可进入划价收费和调配环节，未经审核通过的处方不得收费和调配。《规范》提出，药师是处方审核工作的第一责任人。药师应当对处方各项内容进行逐一审核。医疗机构可以通过相关信息系统辅助药师开展处方审核。根据《规范》，审核内容包括合法性审核、规范性审核以及适宜性审核。其中，合法性审核包括“处方开具人是否根据《执业医师法》取得医师资格，并执业注册”等 3 项内容。

[阅读原文](#)

19. 市场监管总局就《企业名称登记管理条例》征求意见\2018-7-9

近日，国家市场监督管理总局起草了《企业名称登记管理条例（征求意见稿）》，现向社会公开征求意见，意见反馈截止于 8 月 8 日。《征求意见稿》共 6 章 41 条，涵盖名称基本规范、登记程序、名称使用、监督管理等内容。《征求意见稿》提出，企业只准登记使用一个名称，企业自登记之日起享有名称权。《征求意见稿》明确，企业名称不得含有“有损于国家、社会公共利益的”等 6 类内容和文字。企业名称不得与“被撤销设立登记、名称变更登记未满 1 年的”等 4 种情况的其他企业名称相同或近似。根据《征求意见稿》，使用境外出资人字号的外商独资企业、外方控股的外商投资企业，可以在名称中间使用“（中国）”字词。

[阅读原文](#)

20. 国家认监委发布认证机构及认证人员失信管理暂行规定 \2018-7-9

近日，国家认监委制发《认证机构及认证人员失信管理暂行规定》，自发布之日起施行。《规定》明确，有“认证机构出具虚假或者严重失实的认证结论，被撤销批准文件”“认证机构超出批准范围从事认证活动，被撤销批准文件”等 6 种情形之一的，认证机构及认证人员将被认监委列入失信名录。上述 2 种情形所涉及的失信信息，相关处理已满 6 年的，失信名录所列认证机构可以向认监委提出书面信用修复申请。根据《规定》，认监委对列入失信名录的认证机构及认证人员采取“认证机构资质的申请人及其法定代表人、主要负责人、认证人员列入失信名录的，对其认证机构资质申请不予批准”等 3 项惩戒措施。

[阅读原文](#)

21. 住建部拟加快推进工程担保制度建设 \2018-7-9

近日，住建部起草了《关于加快推进实施工程担保制度的指导意见（征求意见稿）》，现征求各有关单位意见，意见反馈截止于 7 月 15 日。《征求意见稿》提出，在依法必须招标的工程项目和民间投资的住宅工程中推行工程履约担保；在房地产开发项目中推行工程款支付担保；全面推行工程质量保证和农民工工资支付担保。到 2020 年，各类保证金的保函替代率提升 30%；采用最低价中标的工程实行高额履约担保；农民工工资支付保函全部采用见索即付保函。根据《征求意见稿》，投标保函的金额不得



超过招标项目估算价的 2%，最高不超过 80 万元。在住宅工程中推行工程质量保函，保函金额不得超过工程价款结算总额的 3%。

[阅读原文](#)



法规解读

之 银保监会有关部门负责人就《保险机构独立董事管理办法》答记者问

近日，银保监会发布了《保险机构独立董事管理办法》（以下简称《办法》），银保监会有关部门负责人就有关问题回答了记者提问。

一、《办法》发布的背景及主要目的？

近年来，党中央高度重视金融机构公司治理问题。习近平总书记在全国金融工作会议上特别强调要“推动完善现代企业制度，健全金融机构法人治理结构”。中国银保监会切实按照党中央决策部署，持续推动行业健全法人治理结构，将深化公司治理改革作为打好防控金融风险攻坚战的重要抓手，加快探索完善有中国特色的现代金融企业制度，不断提高公司治理有效性。

独立董事制度是推动公司完善治理结构，提升治理能力，促进有效制衡、科学决策的重要制度，2007年《保险公司独立董事管理暂行办法》（以下简称《暂行办法》）发布，以此为基础形成了保险业独立董事的基本制度框架，对于优化保险机构公司治理结构、强化董事会决策功能、促进保险机构规范化运作发挥了积极作用，逐渐成为公司治理监管的重要抓手。但是随着行业发展，独立董事制度与保险业发展不匹配的问题日益显现，保险机构执行水平参差不齐，制度执行与监管要求之间还存在一定差距，亟需加以调整

完善。此次制度修订，是结合近年来行业发展实际，对《暂行办法》进行的全面梳理和完善，旨在通过进一步健全独立董事制度运行机制，明确主体责任，规范主体行为，强化监管约束，形成更加有利于独立董事发挥作用的内外部环境，强化公司治理监管措施，切实提升行业公司治理有效性。

二、此次制度修订的主要内容？

《办法》全文共8章56条，主要从以下几个方面对《暂行办法》做出了修订：

一是完善了制度的适用范围。《办法》统一适用于保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理公司及相互保险社，外资保险机构参照执行。《办法》新增了当保险机构出现重大治理缺陷时，监管机构可依法撤销保险集团下辖子公司适用《办法》的豁免。

二是细化独立董事设置人数与比例。《办法》要求董事会独立董事人数至少为3名，并且不低于董事会成员总数的1/3。对存在持股50%以上控股股东的保险机构，独董占比应达到1/2以上；此类公司如董事会换届前连续2年公司治理评价为优秀，可以在换届时保持1/3比例，不能连续两年保持优秀的，应在换届时提高至1/2以上。

三是优化了独立董事的提名及任免机制。在提名环节，规定持有保险机构 1/3 以上股份的股东及其关联股东、一致行动人不得提名独立董事。在选举环节，增加了董事会提名薪酬委员会对独立董事候选人条件和提名程序合法性的事前审查要求。在免职环节，进一步明确了独立董事免职的内部审查程序，规定独立董事有陈述申辩权和向监管机构报告权。

四是明确了独立董事权利义务。规定保险机构重大关联交易等事项在提交董事会或股东（大）会表决时，独立董事必须发表意见，投弃权或反对票的，或认为发表意见存在障碍的，应当向公司提交书面意见，并向监管机构报告。同时，将独立董事审查重大关联交易的公允性、提议召开临时股东（大）会、提议召开董事会等权利集中表述为特别职权。

五是完善了独立董事的履职保障。《办法》规定了保险机构股东、实际控制人、董事长和管理层对独立董事履职的支持和配合义务，以及排除独立董事履职干扰的相关要求。增加了保证独立董事知情权的具体措施，要求保险机构应建立面向独立董事的信息报送制度。建立了独立董事向监管机构报告制度。在保险机构出现公司治理机制重大缺陷或公司治理机制失灵时，独立董事应当及时向监管机构报告。要求独立董事每年直接向监管机构提交关于公司治理问题的报告。

六是建立了独立董事履职评价机制。要求保险机构建立独立董事履职年度评价机制，通过评价结果分级制度，督促独立董事改进履职情况。在独立董事津贴方面，鼓励保险机构根据独立董事履职情况，建立必要的津贴分级发放规则。建立监管评价机制，监管机构将结合独立董事

尽职报告、独立董事向监管机构提交的报告，以及日常监管掌握情况，对独立董事履职进行年度评价。

七是建立了独立董事履职信息公开及声誉评价机制。《办法》提出建立保险机构独立董事人才库，保险机构所有在任独立董事应当入库管理，同时，吸引符合条件的外部专业人士入库，丰富人才资源储备。对独立董事的监管评价、公司评价以及独立董事的基本信息、奖惩情况等内容将通过独立董事人才库向社会公开，强化公众监督，通过声誉评价机制推动独立董事提高履职水平。

八是健全了对独立董事及相关主体的监督问责机制。进一步完善对独立董事违法违规行为的问责措施，增加对保险机构股东、保险机构及其工作人员在执行《办法》过程中违法违规行为的监管。

三、对保险机构落实《办法》有哪些要求？

各保险机构应当按照《办法》的要求，在 2019 年底前将独立董事人数和比例调整到位。对于存在持股 50% 以上控股股东的保险机构，应当严格对照《办法》规定及前两年保险机构公司治理评价结果，调整董事会人员构成及独立董事人数。

四、保险机构独立董事人才库的主要功能作用？

保险机构独立董事人才库由中国保险行业协会建设。目前，人才库建设工作已经基本完成，正在进行系统调试。正式上线后的独立董事人才库将成为独立董事人才资源平台、履职评价平台、信息公开平台、履职监督管理平台。社会公众可以在人才库实现对保险机构独立董事基本信息、履职信息、履职评价的查询。保险机

构可以在人才库选择独立董事候选人，填写在任独立董事履职信息，进行履职评价。监管机构能够实现在任独立董事查询、筛选、统计分析，查看履职情况，进行监管评价。系统正式上线后，保险机构在任独立董事将全部纳入人才库管理，其他符合条件的专业人士也可以申请加入人才库。

五、在提高独立董事独立性方面《办法》做了哪些制度安排？

为进一步提高独立董事独立性，《办法》从独立董事提名、选举、职权、履职保障等几个方面做出了规范。一是在提名环节，为减少大股东对独立董事提名的控制，《办法》规定持有保险机构 1/3 以上出资额或股份的股东及其关联股东、一致行动人不得提名独立董事。二是在选举环节，规定保险机构单个股东（关联股东或

一致行动人合计）持股比例超过 50%的，股东（大）会选举独立董事时，应当实行累积投票制。三是进一步完善了独立董事的职权，同时规定独立董事对相关事项投弃权或反对票，或认为发表意见存在障碍的，有向监管机构报告的权利。明确了在保险机构出现公司治理机制重大缺陷或公司治理机制失灵时，独立董事应当及时向监管机构报告。四是在履职保障方面，对保险机构保证独立董事知情权做出了具体要求。同时，明确了保险机构及相关人员对独立董事履职的支持配合义务，及未尽配合义务的追责机制，增加了在履职障碍不能消除时，独立董事向监管机构报告的权利。

来源：银保监会网站

热点信息

1. 【管涛:美国拟对 2000 亿中国产品征税或对金融市场带来短期情绪影响,但无需高估】中国金融四十人论坛高级研究员管涛认为,美国特朗普政府拟对约 2000 亿美元中国产品加征 10%的关税的消息短期内或许会给金融市场带来一定的负面情绪,但长期看来中国金融市场发展的基本面没有发生变化,无需高估其带来的影响。(新华社)
2. 【法国 4-2 克罗地亚 第二次夺得世界杯冠军】2018 世界杯决赛,法国和克罗地亚为全世界球迷奉献一场进球盛宴,最终法国 4-2 击败克罗地亚。格里茨曼、姆巴佩和波巴分别建功,曼朱基奇打进世界杯决赛首个乌龙,随后又抓住洛里门前玩火破门,佩里希奇一度将比分追成 1-1。法国梦回 1998,时隔 20 年再夺大力神杯。克罗地亚遗憾失利,但亚军也创造他们历史最佳战绩。(南方都市报)
3. 【普吉凤凰号造船公司未获批准经营,泰国籍女船主与工程师被逮捕!】7月5日,泰国普吉岛海域发生游船翻船事故。“凤凰号”游船上 47 名游客遇难。法院批准对 26 岁游船主 Mrs.Wralaksan Rekchaikan 和 56 岁游船工程师 Mr.Oonzhantr Kanhayote 逮捕令,逮捕罪名为:过失造成他人严重受伤并危及生命。泰国多个政府部门共同对凤凰号游船生产与维修相关的 2 家公司进行检查。泰国警方披露,调查发现,凤凰号游船承包方 Thanawa Engineering 公司成立及经营并未获得工业部批准,违反了 2535 (1992) 工业法第 12 条款规定。此外,因未如实上报雇员人数,还违反了社会保障法规。(南方都市报)
4. 【致敬!“上海方案”可治愈最凶险白血病 一盒药仅 290 元全因这位老人】急性早幼粒细胞白血病在 80 年代曾是最凶险的疾病,著名血液学家王振义却在当时让患者起死回生。他与团队利用全反式维甲酸让此病生存率大幅提高,该治疗手段在国际上被誉为“上海方案”,急性早幼粒细胞白血病也成为首个可治愈白血病。为了救治更多病人,王振义并未申请专利,该特效药一盒仅 290 元,且已纳入医保。2010 年,王振义获得国家最高科学技术奖,500 万奖金他捐出了 450 万。时至今日,93 岁的老先生依旧奋斗在医院一线。(看看新闻)
5. 【社科院报告:建议全国 2030 年起实行 4 天工作制】绿皮书建议,可以在 2020-2025 年,延长春节假日为 8 天,增加元宵节;加速落实带薪休假;并在东部地区企业试行 4 天(36 小时)工作制。从 2025 年起,可在东中部地区实行 4 天工作制;到 2030 年,就可在全国开始实行 4 天工作制。(中国日报)

6. 【神州租车将开始造车 陆正耀称新车售价不超 50 万元】神州优车董事长陆正耀称，其生产的电动车将面向大众市场，价格在 50 万元以下。神州租车公关总监王涛表示，神州造车还未有确切消息，并且 50 万元“肯定太贵了”。一投资机构人士称，如果产品定位与传统车企雷同，市场风险较高。（中国证券网）
7. 【央行：不得炒作“无现金”概念 保障消费者支付选择权】任何单位和个人不得以格式条款、通知、声明、告示等方式拒收现金。电商平台等通过网络化、无人化方式提供商品和服务，不具备收取现金条件的，参与各方在自愿、平等、公平、诚信的原则上达成一致，可使用非现金支付工具。（财新网）
8. 【京东金融 B 轮估值 1330 亿元 融资半年进展不易】多名知情人士向财新记者证实，相比京东体系内拆分出的京东物流，京东金融融资不算顺利，主要问题是市场对其估值有所犹豫。B 轮融资于 2 月启动，投后估值 200 亿美元，计划融资 20 亿美元（约 130 亿元人民币），目前基本完成年初融资目标。（财新网）
9. 【私募上半年业绩出炉：75% 的股票产品亏损】受去杠杆、美贸易摩擦等因素影响，A 股今年以来经历了几轮较大的调整，私募赚钱难度大幅提高。据私募排排网数据中心统计，上半年股票策略私募平均亏损 6.79%，75% 的产品录得负收益，在八大策略里排名倒数第二，仅次于-12.58% 的事件驱动策略。相对价值策略以 2.05% 的收益率排名第一，管理期货和固定收益策略也都取得正收益。（和讯网）
10. 【房企融资成本陡增：中小房企面临“生死关”】今年 5 月房企共完成融资金额 451.17 亿元，这一规模比去年 4 月 769.12 亿元的融资规模减少了 41.34%，融资总额创下近一年以来的最低额。随着监管层严控银行信贷和信托资金违规进入房地产市场，房企融资难度越来越大。尤其是中小房企，面临严峻的生存环境。（和讯网）



11. 【国家药监局：责令长春一公司停止生产狂犬疫苗】国家药品监督管理局今天发布通告：通告指出，根据线索，国家药品监督管理局组织对长春长生生物科技有限责任公司开展飞行检查，发现该企业冻干人用狂犬病疫苗生产存在记录造假等严重违反《药品生产质量管理规范》行为。根据检查结果，国家药监局迅速责成吉林省食品药品监督管理局收回长春长生相关《药品 GMP 证书》。此次飞行检查所有涉事批次产品，尚未出厂和上市销售，全部产品已得到有效控制。吉林省局有关调查组已经进驻长春长生，对相关违法违规行为立案调查。同时，国家药监局派出了专项督查组赴吉林督办调查处置工作。（央视网）

12. 【鹰潭警方冻结上海律师 300 万律师费引争议】上海律师代理一起非吸刑事案件时，收取的律师费被江西鹰潭警方定为赃款而遭冻结；律师认为收费合法合规，将提出申诉。并表示，如果依照鹰潭警方的逻辑，每一个刑事案件的律师费都可以说有赃款嫌疑。（财新网）
13. 【“唐小僧”非法集资 380 亿元 上海公安追逃实控人邬再平】 案件细节首次通报：“唐小僧”母公司资邦控股实控人邬再平伙同陶蕾等人大肆销售非法理财产品，涉案金额达 380 亿元。资邦控股实际控制人邬再平自 4 月搬离办公室、变卖奢侈品之后，仍在逃国外。（财新网）
14. 【国税总局发文严禁“阴阳合同” 违法影视公司纳入黑名单】要求影视行业纳税人应如实开具增值税发票，不得填开或让他人为自己开具与实际交易内容不符的发票，不得将不符合规定的发票作为所得税税前扣除凭证。对存在税收违法行为公司及个人依法进行处理，并按列入税收“黑名单”。（法制网）
15. 【证监会暂停受理违规中介机构业务 6 家会计师事务所受重创】中介机构理应是资本市场“守门人”，却存在执业程序“走过场”、执业报告“量身定做”等违法违规问题。证监会对中介机构痛下杀手，一旦被证监会立案调查，尚未结案的，证监会将暂停和中止其所有需证监会受理的业务。（和讯网）



法律观察

之《我不是药神》反映出我国现有药品专利保护制度中存在的问题

最近，一部国产大尺度电影刷爆朋友圈，观之，有人伤心落泪，有人扼腕疾呼。作为一名律师，我在看完这部电影，更直观感受到了药品专利保护与社会公众利益之间的矛盾冲突问题，不禁反思，到底是谁错了？

故事是这样的：

白血病人只能靠一种叫“格列宁”的药续命；

但很多白血病患者买不起国内市价四万一瓶的药，只能转而买印度生产的，药效相同，只需两千的“仿制药”；

程勇发现了商机，从印度代购这种仿制药，卖给国内患者，被病人封为“药神”；

最后程勇因贩卖假药罪而入狱……

有人说，程勇销售仿制药（未获批号药品），的确触犯了刑法，但从伦理道德角度来看，程勇却“救”了很多负担不起高额药价患者的命，挽救了很多患者家庭；也有人说，是药企错了，成本价仅有5美分一颗的药，却卖到了500美金，药企太黑心，对患者敲骨吸髓，但是要知道药企在研制出第一颗药丸时，却花了50亿美元。那么到底谁错了呢？我认为，更深层的原因出在了现有药品专利保护制度上。

药品专利与其他专利的不同之处在于，药品专利的实际保护期远远短于其他专利的实际保护期，这是药品产品的特殊性所导致的。药品专利产品的审查上市通常需要更长的时间，其授权后的实质保护期限因而较一般专利要短得多。且由于药品行业特有的临床实验研究、上市行政审批等程序拖延了相关的药品上市，使得基于专利独占权的回报期通常只有数年，制药企业难以回收高额的研发成本，为了在仅有数年独占保护期内回收成本，制药企业只能将一颗药丸的价格翻出天价。简单举例，一家企业耗巨资修建一段高速公路，政府特许该企业在一定期限内经营这段高速公路，通过收取高速过路费来回收成本。若特许经营期仅有短短数年，那么企业为了收回成本，高速费必然非常昂贵，但是若特许经营期较长，企业便拥有更长时间来回收成本，此外为了吸引更多车辆通行该高速公路，过路费价格一般都不会很高。因此，如何从源头解决这一矛盾问题呢？如果药品专利的独占性保

护期能够得以延长, 制药企业便能够在更长的期限内回收药品研发成本, 那么, 相信一颗药丸的价格便不会再是天价。我认为, 应该在法律层面上, 引入药品专利保护期补偿制度。

事实上, 美国、日本以及欧洲很多国家早在多年前便已有了药品专利保护期补偿制度, 且该制度在司法实践中也已然被成熟运用。各国药品专利期限补偿制度的共同之处在于: (1) 专利期限补偿是依申请获得; (2) 补偿的时间通常与临床试验的时间和药物上市审批的时间相关; (3) 对于具体的延长时间有一个上限规定; (4) 对于同一药物或者同一专利的期限补偿申请存在次数限制。对我国创新性引入药品专利保护期补偿制度有非常良好的借鉴意义。

目前, 虽然我国《专利法》尚未对药品专利延长保护期有相关规定, 但是我国立法机关和有关政府部门早已开始着手对药品专利制度开始进行创新性改革, 并着手引入药品专利期补偿制度, 具体如下:

2017年10月8日, 中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于深化审评审批制度改革鼓励药品医疗器械创新的意见》: (十七) 开展药品专利期限补偿制度试点。选择部分新药开展试点, 对因临床试验和审评审批延误上市的时间, 给予适当专利期限补偿。

2018年2月12日, 食药监总局办公厅关于印发国家食品药品监督管理总局2018年立法计划的通知(食药监办法〔2018〕19号)中, 指出, 2018年期间由法制司牵头, 相关司局配合的一项工作任务是《全国人大常委会授权开展部分药品专利期补偿制度和探索建立药品专利链接制度的决定(送审稿)》, 显示状态为已报请国务院提请人大常委会审议。

2018年4月12日, 李克强总理主持召开国务院常务会, 并在会上作出指示: 加强知识产权保护。对创新化学药设置最高6年的数据保护期, 保护期内不批准同品种上市。对在中国与境外同步申请上市的创新药给予最长5年的专利保护期限补偿。

相信, 在不远的将来, 随着我国药品专利保护制度不断的完善和发展, 在对制药企业研发药品专利给予更充分保护的基础上, 延长药品专利的独占性保护期, 延长制药企业药品研发成本回收期, 便能从源头上掐掉天价药品产生的苗头, 患者也就不再需要“药神”了。

来源: 天达共和法律观察

律师: 冯超、张帅

实务聚焦

之 知识产权诉讼中电子证据的审查与判断（中）

在信息化、互联网时代，知识产权与电子证据的联系日益紧密，电子证据在知识产权诉讼中广泛使用，但实践中对于电子证据的审查认定尚缺乏统一的标准。有鉴于此，笔者拟从电子证据的法律地位、含义入手，分析了电子证据相对于传统证据所具有的本质特征和特点。在此基础上，根据知识产权司法实践的情况，从电子证据真实性、合法性的审查以及证明力的判断三个方面进行重点探讨。

一、主要类型电子证据真实性的审查

参照《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》，电子证据可以划分为以下4种类型：网页、博客等网络平台发布的信息；手机短信、电子邮件等网络应用服务的通信信息；用户注册信息、电子交易记录等网络身份或网络活动信息；文档、图片等电子文件。虽然上述证据均属于电子证据的范畴，但在形成、存储和传输上有所不同，对于其真实性审查的侧重点应有所区别。前两类电子证据的真实性问题在实践中更为突出，故重点围绕这两类证据进行分析。

1. 网页等网络平台发布信息真实性的审查

如前所述，对于网页、博客等网络平台发布的信息，如果当事人以公证方式予以证明的，通常可以确认其与原始载体的一致性，即形式真实性。实践中主要的分

歧在于，当事人未以公证方式证明所提交的网页等网络平台信息与原始载体一致性的，且对方当事人提出异议的，能否据此否定其真实性。该分歧可以进一步细化为两种情形。

第一种情形是举证方仅提供网页打印件并申请法院进行勘验。对于该类申请是否应予准许，实践中存在争议。否定观点认为证明网页打印件与网络原始载体一致性是举证方的举证范畴，对于此类勘验申请应当不予准许。显然，该观点略显武断。首先，《民事诉讼法》有关证据原件提交要求的条款仅体现为第70条，即“书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。”该款规定仅适用于书证、物证。《民诉证据规定》第10条规定：“当事人向人民法院提供证据，应当提供原件或原物。如需自己保存原件、原物或者提供原件、原物

确有困难的，可以提供经人民法院核对无异的复制件或复制品”。可见，法律及司法解释并未赋予当事人必须提交证明网页打印件与原始载体一致性的强制性举证义务。其次，《民事诉讼法》第64条第2款规定：“证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。”该认定标准适用于所有证据类型。再次，《民事诉讼法》第71条规定：“人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。”该款规定确立的判断标准同样可以适用于对网页打印件等电子证据真实性的审查。根据上述规定，对于当事人仅提交网页打印件的情形，是否确认其真实性的标准应当是，该证据能否“查证属实”或者能否结合其他证据确定其真伪，而现场勘验是确定其真实性的途径之一。同时，考虑到知识产权诉讼“举证难”问题的普遍性、长期性以及我国司法机关的职能定位，如果当事人提交的网页打印件关系到案件定性或实体处理结果，在条件允许的情况下，裁判者应当准许当事人的勘验申请。通过现场勘验方式能够确认当事人提交的网络打印件与网页内容相同或实质相同的，可以据此确认该网络打印件的形式真实性。进行勘验时应当注意以下事项：其一，应尽可能使用中立方的网络设备及网络进行演示。如因条件所限，使用一方当事人的设备及网络的，应当对网络链接是否正常以及网络设备的清洁性进行查验，并经各方当事

人确认。其二，勘验的主要内容是核对网页网址、网页主要内容与网页打印件是否一致，因网页更新发生的部分改动及细微差别不影响一致性的认定，对一致性的确定一般应以勘验的时间点为准，相关网页在勘验时无法访问或者与打印件内容实质不同的，对该证据真实性不予认定。其三，对于勘验结果及各方当事人质证意见，应及时记录在案，防止当事人事后反悔。此外，对于勘验时原始网页无法访问，但能够查明中立第三方保存的网页快照与当事人提交的网页打印件内容相一致的，同样可以确认该证据的形式真实性，但有相反证据予以推翻的除外。

第二种情形是通过公证机关之外的第三方电子数据平台固定网页打印件等网络平台信息。该类取证方式是由当事人利用第三方电子数据平台对已经存在的或者正在产生的网页等电子证据进行收集固定，或者经当事人申请由第三方电子数据平台对已经存在的或者正在产生的网页等电子证据进行收集固定，从而确保该被收集固定的电子证据在之后不被篡改、保持完整，且能够确定收集固定电子证据的时间。此种取证方式是在电子证据使用日益频繁以及网络商业模式创新大背景下诞生的，采用上述取证方式固定的电子证据在知识产权诉讼中已经大量出现。其中采取“可信时间戳”固定网页等电子证据的取证方式最为典型。[1]实践中，对于该类取证方式的认定存在较大分歧，根据对相

关裁判文书的分析，存在以下三种认定结果：一律不予采信、结合其他证据采信和直接予以采信。根据相关调研，造成上述局面的原因在于：举证方对其使用第三方电子数据平台固定的电子证据缺乏技术说明和解释能力；对方当事人对该类取证方式认可度低，裁判者对该类新型举证方式了解甚少；第三方电子数据平台的资质尤其是商业模式、中立性普遍受到质疑；对第三方电子数据平台所使用的技术手段能否保证电子证据的真实性、完整性以及是否经过篡改存在质疑。[2]对于第三方电子数据平台这一新型的取证方式，首先，不宜根据第三方平台的身份或有无资质简单否定相关证据的真实性，除非有证据证明经营该类业务必须获得行政许可；其次，对该类证据真实性的审查，应当结合相关第三方平台的资质资信、证据固定方式、所采取的技术手段、商业运营模式、规范程度等因素综合认定。

2. 手机短信、电子邮件等网络通信信息真实性的审查

对于网络通信信息真实性的审查，首先，要确定发、收件人身份及其与案件当事人之间的关系；其次，要审查发出或收到信息的存储位置是否出现变动，在技术上是否存在篡改可能性；再次，要审查内容是否完整、明确，有无相佐证或者相矛盾的其他证据。在必要时，可以向运营商进行调查取证。

从实务操作角度来讲，对于手机短信、网络聊天记录而言，可以通过提取手机短信、微信等对应的手机号码，当庭拨打该号码或者其他已经确认真实性的证据等方式确定该号码的实际使用人；语音类短信、微信应审查其原始保存载体，相关内容是否清晰、明确、完整，避免出现举证方断章取义的情形。对于电子邮件真实性的审查，应当注意以下事项：区分相关邮箱系第三方运营的电子邮箱还是举证方自行运营的邮箱；电子邮件生成、存储、传输环境的可靠性以及相关技术规则；区分相关邮件的存储位置，即邮件存储在第三方网络邮箱服务器、Outlook等本地邮件存储软件上还是存储在举证方自营的内网服务器上；对接收或者发出事实存在争议的，是否有其他证据予以佐证。

二、知识产权诉讼中电子证据真实性的审查

参照《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》，电子证据可以划分为以下4种类型：网页、博客等网络平台发布的信息；手机短信、电子邮件等网络应用服务的通信信息；用户注册信息、电子交易记录等网络身份或网络活动信息；文档、图片等电子文件。虽然上述证据均属于电子证据的范畴，但在形成、存储和传输上有所不同，对于其真实性审查的侧重点应有所区别。前两类

电子证据的真实性问题在实践中更为突出，故重点围绕这两类证据进行分析。

1. 网页等网络平台发布信息真实性的审查

如前所述，对于网页、博客等网络平台发布的信息，如果当事人以公证方式予以证明的，通常可以确认其与原始载体的一致性，即形式真实性。实践中主要的分歧在于，当事人未以公证方式证明所提交的网页等网络平台信息与原始载体一致性的，且对方当事人提出异议的，能否据此否定其真实性。该分歧可以进一步细化为两种情形。

第一种情形是举证方仅提供网页打印件并申请法院进行勘验。对于该类申请是否应予准许，实践中存在争议。否定观点认为证明网页打印件与网络原始载体一致性是举证方的举证范畴，对于此类勘验申请应当不予准许。显然，该观点略显武断。首先，《民事诉讼法》有关证据原件提交要求的条款仅体现为第 70 条，即“书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。”该款规定仅适用于书证、物证。《民诉证据规定》第 10 条规定：“当事人向人民法院提供证据，应当提供原件或原物。如需自己保存原件、原物或者提供原件、原物确有困难的，可以提供经人民法院核对无异的复制件或复制品”。可见，法律及司

法解释并未赋予当事人必须提交证明网页打印件与原始载体一致性的强制性举证义务。其次，《民事诉讼法》第 64 条第 2 款规定：“证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。”该认定标准适用于所有证据类型。再次，《民事诉讼法》第 71 条规定：“人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。”该款规定确立的判断标准同样可以适用于对网页打印件等电子证据真实性的审查。根据上述规定，对于当事人仅提交网页打印件的情形，是否确认其真实性的标准应当是，该证据能否“查证属实”或者能否结合其他证据确定其真伪，而现场勘验是确定其真实性的途径之一。同时，考虑到知识产权诉讼“举证难”问题的普遍性、长期性以及我国司法机关的职能定位，如果当事人提交的网页打印件关系到案件定性或实体处理结果，在条件允许的情况下，裁判者应当准许当事人的勘验申请。通过现场勘验方式能够确认当事人提交的网络打印件与网页内容相同或实质相同的，可以据此确认该网络打印件的形式真实性。进行勘验时应当注意以下事项：其一，应尽可能使用中立方的网络设备及网络进行演示。如因条件所限，使用一方当事人的设备及网络的，应当对网络链接是否正常以及网络设备的清洁性进行查验，并经各方当事人确认。其二，勘验的主要内容是核对网页网址、网页主要内容与网页打印件是否

一致，因网页更新发生的部分改动及细微差别不影响一致性的认定，对一致性的确定一般应以勘验的时间点为准，相关网页在勘验时无法访问或者与打印件内容实质不同的，对该证据真实性不予认定。其三，对于勘验结果及各方当事人质证意见，应及时记录在案，防止当事人事后反悔。此外，对于勘验时原始网页无法访问，但能够查明中立第三方保存的网页快照与当事人提交的网页打印件内容相一致的，同样可以确认该证据的形式真实性，但有相反证据予以推翻的除外。

第二种情形是通过公证机关之外的第三方电子数据平台固定网页打印件等网络平台信息。该类取证方式是由当事人利用第三方电子数据平台对已经存在的或者正在产生的网页等电子证据进行收集固定，或者经当事人申请由第三方电子数据平台对已经存在的或者正在产生的网页等电子证据进行收集固定，从而确保该被收集固定的电子证据在之后不被篡改、保持完整，且能够确定收集固定电子证据的时间。此种取证方式是在电子证据使用日益频繁以及网络商业模式创新大背景下诞生的，采用上述取证方式固定的电子证据在知识产权诉讼中已经大量出现。其中采取“可信时间戳”固定网页等电子证据的取证方式最为典型。[1]实践中，对于该类取证方式的认定存在较大分歧，根据对相关裁判文书的分析，存在以下三种认定结果：一律不予采信、结合其他证据采信和

直接予以采信。根据相关调研，造成上述局面的原因在于：举证方对其使用第三方电子数据平台固定的电子证据缺乏技术说明和解释能力；对方当事人对该类取证方式认可度低，裁判者对该类新型取证方式了解甚少；第三方电子数据平台的资质尤其是商业模式、中立性普遍受到质疑；对第三方电子数据平台所使用的技术手段能否保证电子证据的真实性、完整性以及是否经过篡改存在质疑。[2]对于第三方电子数据平台这一新型的取证方式，首先，不宜根据第三方平台的身份或有无资质简单否定相关证据的真实性，除非有证据证明经营该类业务必须获得行政许可；其次，对该类证据真实性的审查，应当结合相关第三方平台的资质资信、证据固定方式、所采取的技术手段、商业运营模式、规范程度等因素综合认定。

2. 手机短信、电子邮件等网络通信信息真实性的审查

对于网络通信信息真实性的审查，首先，要确定发、收件人身份及其与案件当事人之间的关系；其次，要审查发出或收到信息的存储位置是否出现变动，在技术上是否存在篡改可能性；再次，要审查内容是否完整、明确，有无相佐证或者相矛盾的其他证据。在必要时，可以向运营商进行调查取证。

从实务操作角度来讲，对于手机短信、网络聊天记录而言，可以通过提取手

机短信、微信等对应的手机号码，当庭拨打该号码或者其他已经确认真实性的证据等方式确定该号码的实际使用人；语音类短信、微信应审查其原始保存载体，相关内容是否清晰、明确、完整，避免出现举证方断章取义的情形。对于电子邮件真实性的审查，应当注意以下事项：区分相关邮箱系第三方运营的电子邮箱还是举证方自行运营的邮箱；电子邮件生成、存储、传输环境的可靠性以及相关技术规则；区分相关邮件的存储位置，即邮件存储在第三方网络邮箱服务器、Outlook等本地邮件存储软件上还是存储在举证方自营的内网服务器上；对接收或者发出事实存在争议的，是否有其他证据予以佐证。

三、知识产权诉讼中电子证据合法性的审查

相对于电子证据真实性争议的普遍性，涉及电子证据合法性争议的案件较少，从实践情况看，大致可以分为两种情形，一是证据收集涉嫌违反行政管理法规的情形，例如，公证机关违反《公证法》《公证程序规则》为执业区域之外的当事人保全的网络证据，俗称“异地公证”；二是证据收集涉嫌违反证据持有人意愿或侵害他人隐私的情形，例如，单位在员工离职后利用程序后台取得其电子邮箱的电子邮件以及软件开发者普遍采用的TELNET远程取证。[3]

上述两种情形下收集的证据是否属于应当予以排除的非法证据，关键在于如何界定非法证据的判断标准。从最高人民法院相关司法解释规定内容来看，基本可以看出我国对于非法证据认定标准的沿袭和变迁。2002年4月1日起施行的《民诉证据规定》第68条规定：“以侵犯他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。”2002年10月1日起施行的《行诉证据规定》第57条规定：“下列证据材料不能作为定案依据：（一）严重违反法定程序收集的证据材料；（二）以偷拍、偷录、窃听等手段获取侵害他人合法权益的证据材料；……”2015年2月4日起施行的《民诉司法解释》第106条则规定：“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。”

根据上述条款的内容可以看出，首先，我国对于非法证据的界定以取得证据的方法是否侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定作为判断标准得以长期坚持，但《民诉司法解释》对于非法证据的界定不再限于取得证据方法的违法，还增加了证据形成本身违法的情形。其次，对于非法证据的判断标准在违法程度要求上有所放宽。《民诉证据规定》中“侵害他人合法权益”的标准，在《民诉司法解释》相应条文中被调整为“严重侵害他人合法

权益”，相当于对侵害他人合法权益提出了程度上的条件即要达到严重的程度，意味着对他人合法权益造成一般性的侵害不会导致证据被排除。此点调整一定程度上体现了利益衡量的因素，避免因过于重视对证据持有人隐私等权益的保护，产生不利于保护受害人合法权益的不公平后果。同时，《民诉司法解释》增加了“严重违背公序良俗”的情形，“严重违背公序良俗”是指证据在形成或者获取过程中并无对他人合法权益的明显损害，但其形成或者取得的构成本身违背公序良俗的情形。

[4]

依据以上分析，对于前述提及的涉嫌违反行政管理法规的电子证据，不应认定为非法证据予以排除。对于“异地公证”问题，最高人民法院在中国音像著作权集体管理协会与濮阳市皇家至尊娱乐有限公司著作权侵权纠纷案再审裁定中，认为：就公证机构违反公证执业区域的问题，即使存在公证机构超出执业区域范围公证的问题，根据公证法的相关规定，相关司法行政机关可能对公证机构进行相应处理，但并不意味着公证书无效。[5]而对于证据收集涉嫌违反证据持有人意愿或侵害他人隐私的情形，则要审查该取证行为是否达到严重侵害他人合法权益、严重违背公序良俗的程度或者是否违反法律禁止性规定，视不同情况而定。

注释：

[1] 据了解，“可信时间戳”电子数据平台的取证模式是通过法定时间源和密码技术的结合，为当事人提交的网页、录音录像等电子证据颁发一份“可信时间戳认证证书”，用以证明该电子证据的产生时间以及内容完整性。该项服务由北京联合信息技术服务有限公司与国家授时中心合作，国家授时中心负责时间戳服务系统的国家标准时间溯源及系统时间同步与分配，北京联合信任技术服务有限公司负责系统的建设、应用开发、技术支持以及商业化运营。当事人使用“可信时间戳”固定的电子证据可以在法庭上通过登录北京联合信任技术服务有限公司的网站验证该证据是否被篡改过。

[2] 李自柱：“知识产权诉讼中有关电子证据的两个问题”，载《电子知识产权》2016年第12期。

[3] Telnet 是 Internet 远程登录服务的标准协议和主要方式，Telnet 以 TCP 链接的方式建立本地计算机与远程主机之间的连接，然后将用户从本地计算机输入的信息传送到远程计算机，同时也能将远程主机的相应输出结果通过 TCP 链接的方式返回并呈现在本地计算机屏幕上。实践中，对于通过 Telnet 命令远程访问涉嫌侵权网站服务器所得到的反馈信息，是否属于非法证据存在分歧。肯定观点认为未经许可擅自通过 Telnet 方式访问目标服



服务器的取证行为类似于未经许可进入他人家中拍照取证，类似于黑客行为，当然属于非法证据；否定观点认为 Telnet 是常用计算机远程登录协议，通过这种方式对用户信息进行监测不会造成对目标服务器的伤害，没有违反法律禁止性规定，故属于合法证据。

[4] 宋春雨：“论《民事诉讼法》司法解释中的若干证据问题”，载《法律适用》2015 年第 4 期。

[5] 参见最高人民法院（2016）最高法民申 1828 号民事裁定书。

作者：苏志甫

北京市高级人民法院知识产权庭

来源：知产力

成功，始于助人成功



真理唯一可靠的标准就是永远自相符合。

—— 欧文

天达共和律师事务所
East & Concord Partners



咨询热线

+8610 6590 6639

北京市朝阳区东三环北路8号亮马河大厦写字楼1座20层

网址：www.east-concord.com

邮箱：beijing@east-concord.com



北京



上海



深圳



武汉



杭州