



公司及并购法律评述
2019 年 10 月

上海
上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16 楼和 19 楼
邮编: 200120
电话: +86 21 3135 8666
传真: +86 21 3135 8600

北京
北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
邮编: 100005
电话: +86 10 8519 2266
传真: +86 10 8519 2929

香港
香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
电话: +852 2592 1978
传真: +852 2868 0883

伦敦
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

www.llinkslaw.com

SHANGHAI
16F/19F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

BEIJING
4F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

HONG KONG
27F, Henley Building
5 Queen's Road Central
Central, Hong Kong
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

LONDON
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

master@llinkslaw.com

知识产权角度解读科创企业的“独立持续经营能力”

作者: 杨迅 | 杨坚琪

上海证券交易所(“上交所”)科技创新板(“科创板”)的成立,无疑是我国资本市场 2019 年最为重要的事件之一。与主板上市企业不同,上交所对拟上市科创板的企业(“科创企业”)的审查尤其偏重于知识产权方面。其中,科创企业在知识产权方面如何满足“独立持续经营能力”的条件,则是拥有高新技术的科创企业在冲击科创板上市过程中必须正对的问题。

1. “独立持续经营能力”之含义

《科创板首次公开发行股票注册管理办法(试行)》(“《注册办法》”)的第二章“发行条件”的第十二条规定:“发行人业务完整,具有直接面向市场独立持续经营的能力”。但何为“独立持续经营的能力”,其是否与科创企业的核心技术或知识产权的“独立性”有关,《注册办法》并没有给与进一步的启示。

为进一步界定“独立持续经营能力”的相关条件,《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则

如您需要了解我们的出版物,
请与下列人员联系:

郭建良: +86 21 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

免责声明: 本出版物仅代表作者本人观点,不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

知识产权角度解读科创企业的“独立持续经营能力”

第 41 号—科创板公司招股说明书》(“《41 号准则》”)的第六十二条就“独立持续经营能力”提出了具体的要求:其要求发行人应披露其具有直接面向**市场独立持续经营**的能力,其中包括(一)资产完整方面。生产型企业具备与生产经营有关的主要生产系统、辅助生产系统和配套设施,合法拥有与生产经营有关的主要土地、厂房、机器设备以及商标、**专利、非专利技术的所有权或者使用权**,具有独立的原料采购和产品销售系统;非生产型企业具备与经营有关的业务体系及主要相关资产;……(七)**发行人不存在主要资产、核心技术、商标的重大权属纠纷**,重大偿债风险,重大担保、诉讼、仲裁等或有事项,经营环境已经或将要发生的重大变化等对持续经营有重大影响的事项。

从《41 号准则》相关的规定来看,就“独立持续能力”,监管部门并不需要科创企业完全自主享有其经营活动中所使用的技术的知识产权“所有权”,只要其能够证明其能够自由、稳定、没有不合理限制地使用其核心技术,上市委员会也会认可其满足“独立持续经营能力”的条件。事实上,对现代企业而言,任何一项成熟技术的实施和运用,或多或少会运用到第三方技术,包括获得第三方许可的技术以及由第三方供应某些含有特定技术成分的零部件。完全不使用第三方技术在很多行业几乎是不现实的。

因此,从知识产权角度理解“独立持续经营的能力”,并不是说不可以使用第三方技术或利用第三方许可,而是对第三方技术的使用不存在重大的风险,以及不存在过度依赖与提供技术的第三方之间的特殊关系(即,非市场条件下的关系)。具体而言,以下方面可以作为判断科创企业“独立持续经营的能力”的参考:

- (1) 核心技术或者获得核心技术的许可权利是否涉及权属纠纷和重大涉诉事项的;
- (2) 科创企业的主营业务是否依赖个别的第三方技术,而使用该第三方技术的权利是否处于可撤销的不稳定状态中;
- (3) 科创企业所许可使用的第三方技术是一般市场条件下可获得的,抑或依赖于与第三方之间的特殊关系(如关联关系)。

2. 成功上市的科创企业的第三方许可权利分析

从成功登陆科创板的 37 家科创企业观察(截止至 2019 年 8 月 13 日),有不少科创企业在经营活动中利用了第三方的技术许可。而该等许可的使用,并不影响监管部门对于“独立持续经营的能力”的认定。

专利许可。以江苏天奈科技股份有限公司(“天奈科技”)为例,其在招股说明书中披露了其如何从清华大学处获得 19 项发明专利的独占许可和再许可的权利,并披露了就该等许可相关的协议内容。同时,天奈科技介绍了获得独占许可的该等发明专利在生产的具体环节及在产品的应用情况,以及在专利到期后可能对公司业务产生的影响;类似地,乐鑫信息科技(上海)股份有限公司(“乐鑫科技”)、西安铂力特增材技术股份有限公司(“铂力特”)、宁波容百新能源科技股份有限公司(“容百科技”)、南京微

知识产权角度解读科创企业的“独立持续经营能力”

创医学科技股份有限公司(“**南微医学**”)、上海昊海生物科技股份有限公司(“**昊海生科**”)等科创企业均存在自第三方处获得专利的独占或非独占许可的情况,并同样在招股说明书中详细地介绍了该等专利许可的程序、协议内容和对科创企业未来业务可能产生的影响。值得注意的是,一般而言,该些专利许可在原则上是不可撤销的,并且可以利用该些技术开发生产迭代产品,这就给企业持续使用第三方技术开展经营活动提供保障。

共享知识产权。除了专利许可的情况,部分科创企业还存在着与第三方共享“专利”或者“软件著作权”等共享知识产权的情况:根据苏州瀚川智能科技股份有限公司(“**瀚川智能**”)的披露,其与泰科电子(苏州)有限公司共有两项合作开发的专利技术,双方均有权自行实施和对外授权该等专利;而根据交控科技股份有限公司(“**交控科技**”)的披露,其与朔黄铁路发展有限责任公司合计拥有 8 项共同享有著作权的软件,双方均有权单独实施或使用该等知识产权,所得收益归各自所有。这两家科创企业都明确表明该等知识产权共享的情况对于其目前的业务影响不大,而且明确表示权属不存在争议,因此不存在重大的法律风险。值得注意的是,在共享知识产权安排中,对于专有技术的共享一般附加“独立对外许可”的条件,这是因为与“共享专利”不同,专有技术共有人未经其他共有人同意一般不得对外许可,可能给科创企业的经营带来不便。

开源技术。虽然目前有少量的科创企业都在招股说明书中披露了其或多或少可能使用了第三方的开源产品/技术,但在其中,只有乐鑫科技受到了上市委员会在这方面的具体问询:上交所发现国外知名的技术社区 Github 在 2019 年 5 月更改了规则,要求乐鑫科技就其在 Github 上发布的开源代码是否存在“上传、共享和使用方面的限制,是否会对发行人客户培育、积累及产品研发产生不利影响”进行说明。乐鑫科技表示其上传的代码均适用 Apache License 2.0 和 MIT License 的协议规则,该等协议下的规则不会影响发行人对开源代码上传、共享及使用,也不会因此而影响发行人的客户培育、积累及产品研发。值得注意的是,根据不同的开源代码协议,使用人可能受到不同的权利限制:开源代码虽然可以免费修改和使用,但是如果适用含有 copyleft 条款的开源协议(比如 GPL),则可能导致其开发的软件产品必须开源。

特许经营权。在前述 37 家已经过会的科创企业中,中国铁路通信信号股份有限公司(“**中国通号**”)在经营中拥有特许经营权。在接受上交所的审核问询时,中国通号在补充法律意见书(一)中详细地披露了特许经营业务模式、特许经营项目的类型(智慧城市、BT 或 BOT)、是否已经完成 PPP 立项和入库程序以及是否纳入财政预算或经过人大审批。

商标许可。除了与技术相关的核查之外,如果科创企业在某个产品上使用的是第三方的商标时,上交所还要求对于商标和其实际产品的相关情况进行核查,以验证其是否有独立的业务开展能力。在上交所向上海微创心脉医疗科技股份有限公司(“**心脉医疗**”)发出的问询函中,就要求其说明其是否继续使用第三方许可的商标开展业务,是否拥有“独立的业务能力”。心脉医疗的法律顾问在补充法律意见书(四)中详细说明了该等商标的许可情况、许可合同期限届满前的使用安排、心脉医疗销售产品的

知识产权角度解读科创企业的“独立持续经营能力”

方式与一般零售不同(主要为招投标模式)等理由,以论证该等商标许可不会对心脉医疗的业务产生重大影响。

从前文的案例可见,上交所和上市委员会对于科创企业的“独立持续经营能力”持较为灵活的态度:只要科创企业能够合理解释和说明其在核心技术中使用的第三方技术的来源、商标许可或者使用的其他知识产权不存在权属纠纷,不存在可能导致许可终止或不可获得的重大风险,不会影响科创企业的业务持续开展,以及科创企业对于该技术的使用不存在超过市场条件的重大依赖的,那么即使科创企业只拥有技术、商标或者其他类型的知识产权的“使用权”,其仍然可以满足上市要求的“独立持续经营能力”条件。

3. 对科创企业的建议

针对及登陆科创板的企业而言,在“独立持续经营能力”方面,我们建议应当重视以下两个方面:

做好第三方技术使用管理。既然第三方技术的使用不可避免,那就需要从源头上把握第三方技术的借鉴、融入和使用。合法的使用第三方技术,包括: 1)使用公开技术,包括到期专利技术,失密的专有技术等; 2)使用一般知识和技能; 以及 3)对于第三方拥有知识产权的技术,获得许可。科创企业应当建立长效的研发管理机制,判断是否必要使用第三方技术,如何使用第三方技术,如何减少对第三方技术的依赖和使用风险。

完善第三方技术使用合同。对于从商业或技术上必须使用的第三方技术,应当及早签订符合“独立持续经营能力”要求的转让协议、许可合同或类似商业协议,包括: 获得独立使用、改进、维护、转许可、分许可的权利; 许可权利不可撤销,并且没有可能影响独立运营的许可条件; 以及许可使用的期限、续展、使用范围和其他条件与科创企业的业务相一致。

知识产权角度解读科创企业的“独立持续经营能力”

如需进一步信息，请联系：

作 者	
杨 迅 电话: +86 21 3135 8799 xun.yang@llinkslaw.com	
上 海	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	刘贇春 电话: +86 21 3135 8678 bernie.liu@llinkslaw.com
余 铭 电话: +86 21 3135 8770 selenashe@llinkslaw.com	娄斐弘 电话: +86 21 3135 8783 nicholas.lou@llinkslaw.com
钱大立 电话: +86 21 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com	孔焕志 电话: +86 21 3135 8777 kenneth.kong@llinkslaw.com
吴 炜 电话: +86 21 6043 3711 david.wu@llinkslaw.com	潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com
姜 琳 电话: +86 21 6043 3710 elyn.jiang@llinkslaw.com	
北 京	
俞卫锋 电话: +86 10 8519 2266 david.yu@llinkslaw.com	刘贇春 电话: +86 10 8519 2266 bernie.liu@llinkslaw.com
杨玉华 电话: +86 10 8519 1606 yuhua.yang@llinkslaw.com	
香 港(与方緯谷律师事务所联营)	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	吕 红 电话: +86 21 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com
伦 敦	
杨玉华 电话: +44 (0)20 3283 4337 yuhua.yang@llinkslaw.com	

© 本篇文章独家授权威科先行法律信息库发布，未经许可，不得转载。

免责声明：本出版物仅代表作者个人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。