

# NEWSLETTER

中 伦 e 简 报  
深度观察



ZHONG LUN  
中倫律師事務所

境内企业H股上市最新动态与热点问题 001/

2023医药反腐系列：  
执法关注点之“讲课费”“赞助”与“套现” 012/

《民事诉讼法》修改对涉外商事案件的影响解读 024/

遗珠何惧沉沧海|工程一切险合同  
与施工合同衔接问题探析 032/

从标准制定组织政策之视角观标准必要专利  
的披露与证明义务——《关于标准必要专利领域  
的反垄断指南（征求意见稿）》系列分析（一） 043/



# 境内企业H股上市 最新动态与热点问题

作者：刘新辉 卞嘉虹 李白雪



2023年8月27日，证监会发布《证监会统筹一二级市场平衡 优化IPO、再融资监管安排》，提出“为完善一二级市场逆周期调节机制，围绕合理把握IPO、再融资节奏……根据近期市场情况，阶段性收紧IPO节奏，促进投融资两端的动态平衡。”

之后，8月30日，在中国人民银行召开的“金融支持民营企业发展工作推进会”上，证监会表示将深入贯彻落实党中央、国务院的重大决策部署，抓好资本市场支持民营企业发展的各项任务落实落地。包括将推动符合条件的平台企业在境内外上市，支持符合条件的民营企业赴境外上市，利用好两个市场、两种制度，推动企业的发展。

今年以来，随着A股全面注册制以及境内企业境外上市备案新规的全面推行，境内企业A股上市及境外IPO的政策、制度和流程均发生了较大变革。境内企业灵活利用境内外资本市场，实现融资发展，已具备较完善的规则基础。

在境内上市阶段性收紧的背景下，境内企业探询包括H股上市在内的境外上市路径的积极性增强。本文基于两地监管动态，结合最新市场案例特别是近期实务中境内企业筹划H股上市若干热点问题，进行分析。

## 第一部分\

### 近期境内外上市监管动态

#### A股IPO阶段性节奏放缓及北交所上市重大改革

截至2023年8月中旬的相关统计数据显示，A股全面注册制实施以来，新增上市公司205家，首发募集资金2672.02亿元。<sup>1</sup>

2023年8月27日，证监会发布消息称，“为完善一二级市场逆周期调节机制，围绕合理把握IPO、再融资节奏……根据近期市场情况，阶段性收紧IPO节奏，促进投融资两端的动态平衡。”对于A股IPO节奏收紧，此前市场

1.《全面注册制实施半年 A股市场生态优化》，[https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_24266784](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_24266784)

已有体现，包括科创板未盈利企业上市第五套标准审核从严、IPO募集资金用途审核趋严等等。据上海证券报记者不完全统计<sup>2</sup>，从今年7月至今，沪深交易所处于IPO事项“零受理”状态，仅北交所受理了3家新申报企业。

2023年9月1日，证监会发布《关于高质量建设北京证券交易所的意见》，即市场上所称的“北交所深改19条”。同日北交所、全国股转公司发布首批八项改革创新举措，包括明确发行条件中“已挂牌满12个月”的计算口径为“交易所上市委审议时已挂牌满12个月”，允许挂牌满12个月的摘牌公司二次挂牌后直接申报北交所上市等，进一步加大对优质企业北交所上市的支持力度，推进北交所创新发展。

## 港股IPO：政策支持并将推出“绿灯”案例

自今年3月底中国证监会《境内企业境外发行证券和上市管理试行办法》（下称“《管理试行办法》”）及配套监管规则适用指引（与《管理试行办法》合称“境外上市新规”）正式实施以来，市场上已陆续出现完成备案并在境外成功上市的境内企业。

在H股30周年志庆活动上，中国证监会表示将继续发挥香港支持中国企业融资的国际平

台作用，推动形成更加透明、高效、顺畅的境外上市监管协调机制，持续畅通内地企业境外上市渠道，推出更多有代表性的“绿灯”案例。

为吸引优秀的医药企业和特专科技企业，香港交易所也专门设置了“18A”和“18C”上市章节，允许满足条件的未商业化公司，即还未盈利或还未有收入的公司，在港交所上市。

今年8月30日，在中国人民银行召开的“金融支持民营企业发展工作推进会”上，证监会副主席王建军表示，下一步证监会将深入贯彻落实党中央、国务院的重大决策部署，抓好资本市场支持民营企业发展的各项任务落实落地。包括将推动符合条件的平台企业在境内外上市，支持符合条件的民营企业赴境外上市，利用好两个市场、两种制度，推动企业的发展。

## 第二部分\

## 近期境内企业境外上市案例情况

公开信息显示，自境外上市新规实施以来，截至2023年8月25日，已有共计29家企业境外发行上市获得证监会备案通过，其中10家直接境外上市，13家间接境外上市，另有6家仅申请全流通。其中，已在香港上市的境内企业有23家，包括H股10家、红筹7家，详情如下<sup>3</sup>：

### H股上市企业：

2.《近两月沪深交易所零受理 A股IPO节奏或已按下“放缓键”》<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1775613742798196395&wfr=spider&for=pc>  
3.参考中富博睿的数据统计：[https://mp.weixin.qq.com/s/5eXX4\\_3-zQEEFohwhD38YQ](https://mp.weixin.qq.com/s/5eXX4_3-zQEEFohwhD38YQ)

| 序号  | 公司     | 申报类型   | 所属行业/业务      | 完成备案日期    |
|-----|--------|--------|--------------|-----------|
| 1.  | Y科技    | 直接境外上市 | 人工智能及机器人研发   | 2023/8/25 |
| 2.  | FS股份   | 直接境外上市 | 场内物流设备解决方案提供 | 2023/8/18 |
| 3.  | 众淼创新科技 | 直接境外上市 | 互联网保险        | 2023/8/7  |
| 4.  | 普洱澜沧古茶 | 直接境外上市 | 茶产品销售        | 2023/8/1  |
| 5.  | 北京圆心科技 | 直接境外上市 | 互联网医疗        | 2023/7/24 |
| 6.  | 荃信生物   | 直接境外上市 | 医药研发         | 2023/7/19 |
| 7.  | 第四范式   | 直接境外上市 | 人工智能技术与服务提供  | 2023/7/3  |
| 8.  | 友宝在线   | 直接境外上市 | 无人零售         | 2023/7/3  |
| 9.  | 十月稻田   | 直接境外上市 | 食品生产与销售      | 2023/5/31 |
| 10. | 知行汽车   | 直接境外上市 | 自动驾驶解决方案提供   | 2023/5/31 |

### 红筹架构香港上市企业：

| 序号 | 公司   | 申报类型   | 所属行业/业务       | 完成备案日期    |
|----|------|--------|---------------|-----------|
| 1. | M公司  | 间接境外上市 | 公寓租赁运营        | 2023/8/25 |
| 2. | 喜相逢  | 间接境外上市 | 汽车零售及融资租赁     | 2023/8/17 |
| 3. | 米高集团 | 间接境外上市 | 钾肥采购、制造、加工及销售 | 2023/8/17 |
| 4. | 泛远国际 | 间接境外上市 | 跨境电子商务物流服务    | 2023/8/17 |
| 5. | M科技  | 间接境外上市 | IT解决方案服务      | 2023/7/19 |
| 6. | 乐舱物流 | 间接境外上市 | 跨境物流服务        | 2023/7/19 |
| 7. | 绿源集团 | 间接境外上市 | 电动两轮车销售       | 2023/7/5  |



### 第三部分\

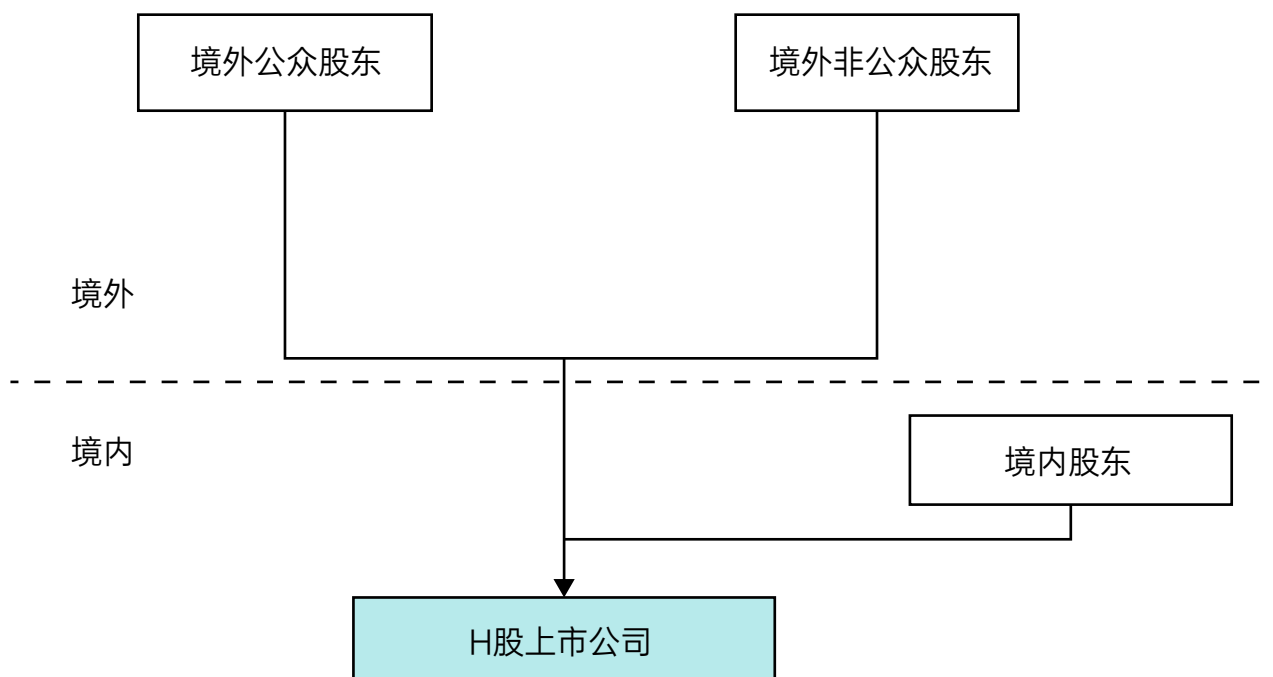
## 境内企业H股上市热点问题

### 1.为何选择H股上市?

H股上市，是指在中国境内注册的股份有

限公司，直接在香港发行股票并上市的方式。对于不属于外商投资禁止或限制行业的企业而言，可以根据自身情况自主选择以H股架构或搭建红筹架构上市。

H股上市公司的股权架构示意图如下：



近年来，随着两地资本市场监管规则 and 政策的更新，境内企业选择以H股架构登陆香港资本市场的案例占比呈现增多趋势，主要原因有：

#### (1) 相较于A股上市，H股IPO审核标准相对较宽松

A股IPO审核标准较为严格，在股东穿透核查、银行流水核查、经销商/贸易商穿透核查、投资人特殊权利清理等方面的标准和要求较

高，相对而言上市工作量较大、时间周期长及不确定性较高。

虽然中国证监会在备案环节，也会对申请境外上市的境内企业在上述方面进行关注，但其审核标准和要求相较A股而言较低，同时，香港联交所对H股IPO的审核标准较之A股IPO也相对宽松。对于希望尽快登陆资本市场的企业而言，先选择H股上市、时机成熟时再回归A股不

失为一个合适的选择。

## **(2) 红筹上市与H股上市证监会备案“一体化”，红筹模式相较H股而言程序性优势不再**

过往H股上市需要取得中国证监会的“小路条”、“大路条”，而红筹架构上市一般无需履行境内证券监管手续。2023年3月境外上市备案制新规落地，将过往“境内企业间接境外发行上市”（“红筹上市”）纳入了中国证监会备案监管。

目前，境内企业无论以H股架构上市还是红筹架构上市，均需要向中国证监会办理备案手续，红筹架构相较H股架构的程序便利性便利不再。

## **(3) H股“全流通”实行，内资股全流通可在境外上市备案时同步备案**

在过往较长一段时期内，H股公司境内股东持有的内资股以及部分特定外资股，无法在香港证券市场自由流通，也是令不少境内企业“望H股而却步”的原因之一。

自2019年11月以来，随着中国证监会《H股公司境内未上市股份申请“全流通”业务指引》（“《业务指引》”）的施行，H股公司股份全面流通得以实现。

境外上市备案制全面落实后，中国证监会对“全流通”的监管亦由许可制变为备案制，企业可以在申请境外上市备案时同步进行全流通备案，也可以在完成上市后再单独申请备案。

值得注意的是，按照《业务指引》，境内未上市股份到香港联交所上市流通后，不得再转回境内。对于有“回A”计划的H股公司而言，在选择申请全流通时需审慎考虑。

## **(4) 相较于红筹架构，H股上市可为后续回归A股预留更大空间**

采用H股架构的境内企业，条件成熟后可以直接申请A股IPO。

虽然目前红筹架构企业直接在A股上市在政策层面已无障碍、且已有多个成功案例，但由于红筹企业直接回A股IPO需满足的市值及财务指标要求相对较高；对比而言，H股架构企业后续回归A股，只需符合适用于一般境内企业的常规条件，空间相对更大。

关注要点：

H股架构与红筹架构的孰优孰劣难以一概而论，企业在面临H股还是红筹路径选择时，需结合自身特点进行个性化分析，例如：

- **有“回A”计划：**建议优先选择H股架构；
- **是否存在外资禁止、限制投资的业务领域：**如没有，则可在H股或红筹中自主选择；若有，则通常更适合选择红筹架构中的VIE架构；
- **国资股东、境内机构股东的数量、意愿等：**若国有股东、境内机构股东持股比例较高、对公司形成上市决策能够形成重大影响、办理ODI程序存在难度等，则往往采用H股架构

更容易取得股东配合。

## 2.H股上市后如何回归A股？

尽管H股上市有其自身的独特优势（上市周期较短、提供国际化的融资平台、监管体系相对便利等），但因境内企业在A股市场可能会有更高的估值且股票上市后流动性更好。因此，不少赴港上市境内企业亦希望择机同步回归A股。

对于已实现H股上市公司，回归A股有多种路径：

### （1）H上市后直接A股IPO

即“H+A”上市。目前已有多家企业实现先在香港以H股架构上市、再直接发行A股上市，如：

君实生物（688180）：2018年12月完成首次公开发行H股并在联交所挂牌上市、2020年7月适用第五套上市标准在科创板上市。

K生物（6xxxx）：2019年3月完成首次公开发行H股并在联交所主板上市、2020年8月适用第五套上市标准在科创板上市。

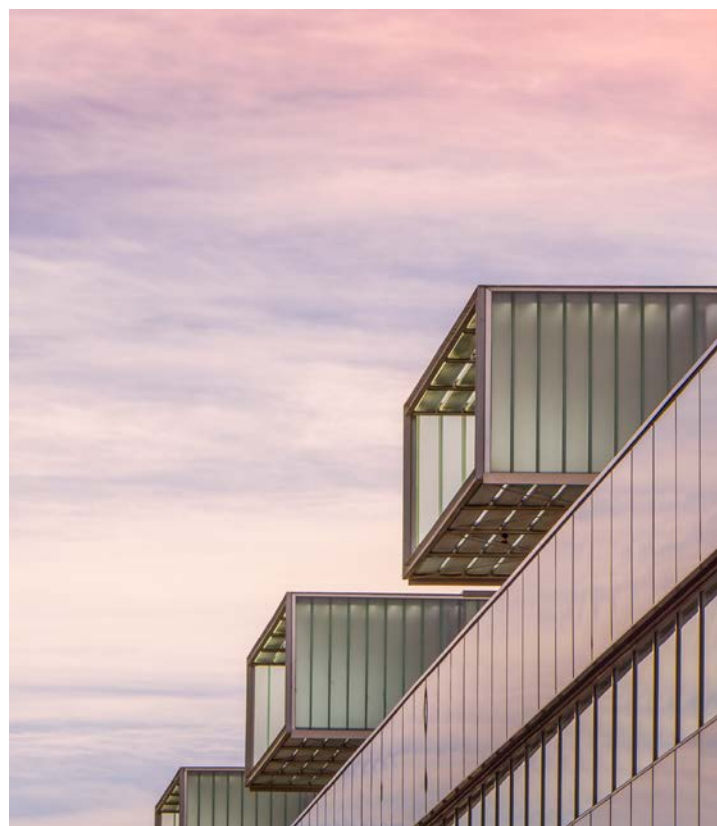
相较于红筹企业而言，H股上市公司直接A股IPO，另需符合一般企业在A股IPO的常规性发行条件。审核过程中除常规性关注要点外，通常还会关注A股IPO申请材料与H股信息披露一致性、类别股东权利保护等问题。

### （2）分拆子公司在A股IPO

H股上市后，分拆子公司在A股上市。

该等路径下，所分拆之子公司须符合A股IPO发行条件。H股上市的母公司也需要符合联交所上市规则《第15项应用指引——有关发行人呈交的将其现有集团全部或部分资产或业务在本交易所或其他地方分拆作独立上市的建议之指引》规定的条件，并取得联交所批准，主要条件包括：

母公司需H股上市需已满三年；母公司保留的资产/业务能够支撑其保持H股上市地位；除符合豁免条件外，申请分拆上市前的5个财政





年度中，其中任何3个财政年度的股东应占盈利总额不得少于8,000万港元；等等。

采用该路径“回A”的典型案例——**J软件(0\*.HK)分拆子公司JJ(6\*.SH)科创板上市**。

### **(3) 吸收合并A股上市公司等重组路径**

除自行或分拆在A股IPO外，H股上市公司还可以通过吸收合并A股上市公司、被A股公司收购等方式，通过重组交易最终实现“回A”。典型案例如金隅股份换股吸收合并太行水泥、Z股份公司吸收合并路桥建设等。

### **(4) 私有化退市后，在A股IPO**

H股上市公司也可以选择私有化从香港退市后，再择机于A股申请上市。但由于该等路径下，所需符合的A股IPO发行条件，与保留H股上市同时发行A股并无实质差异，而私有化过程成本通常较高，因此，实务中选择该路径“回A”的案例较少。

## **3.VIE架构企业赴港上市的最新要求，近期案例？**

VIE架构是受外资准入限制行业的企业筹划境外融资上市的常见架构。境外上市新规实施后，VIE架构企业在证监会备案环节的关注要点及备案进展持续受到关注。

证监会负责人在答记者问中曾表示：“对于

VIE架构企业境外上市，备案管理将坚持市场化、法治化原则，加强监管协同。证监会将征求有关主管部门意见，对满足合规要求的VIE架构企业境外上市予以备案”。

在备案环节，发行人备案报告、发行人境内律师法律意见两个文件中均需要对VIE架构相关情况予以说明：

**(1)发行人备案报告层面：**要求采用VIE架构的发行人需要在备案报告中说明：(i)协议控制架构搭建的原因及具体安排，包括协议控制架构涉及的各方法律主体的基本情况、主要合同的核心条款和交易安排等；(ii)协议控制架构可能引发的控制权、相关主体违约、税务等风险；及(iii)风险应对措施安排；

**(2)发行人境内律师核查层面：**要求发行人境内律师在出具的专项法律意见书中应就VIE架构的如下方面进行核查说明：(i)境外投资者参与发行人经营管理情况，例如派出董事等；(ii)是否存在境内法律、行政法规和有关规定明确不得采用协议或合约安排控制业务、牌照、资质等的情形；(iii)通过协议控制架构安排控制的境内运营主体是否属于外商投资安全审查范围，是否涉及外商投资限制或禁止领域。

根据我们查询中国证监会网站的公示，截至2023年8月底，尚未有采用VIE架构的境内企业完成境外上市证监会备案。

## 4. 股东穿透核查方面，H股IPO与A股IPO有何差异？

A股IPO对于发行人股东穿透核查要求为“全方位穿透、一穿到底”。

相较而言，虽然在境外上市备案环节，中国证监会也会对股东穿透核查情况予以关注，但总体而言相对A股较为宽松。主要体现在境外上市新规未强制要求对持股5%以下股东进行全面穿透等方面。根据境外上市新规，境外IPO的主要穿透核查要求如下：

(1)**控股股东、实际控制人**：穿透至最终的国有控股或管理的主体（含事业单位、国有主体控制的产业基金等）、集体组织、自然人等；

(2)**无控股股东、实际控制人的**：应参照对发行人控股股东及实际控制人的要求说明第一大股东以及对发行人有重大影响的股东情况；

(3)**其他持股5%以上股东**：穿透至自然人、上市公司（含境外上市公司）、新三板挂牌公司等公众公司、国有控股或管理的主体（含事业单位、国有主体控制的产业基金等）、集体组织、境外政府投资基金（含主权财富基金）、大学捐赠基金、养老基金、公益基金以及公募资产管理产品；

(4)**突击入股股东**（指发行人提交境外发行上市备案申请前12个月内新增股东）：对新增股东的基本情况、入股原因、入股价格及定价依

据，新股东与发行人其他股东、董事、监事、高级管理人员是否存在关联关系，新股东与本次发行的中介机构及其负责人、高级管理人员、经办人员是否存在关联关系，是否存在法律法规规定禁止持股的主体直接或间接持有发行人股份等进行核查，并出具明确结论性意见。

(5)**涉及主要股东为境外私募基金等的**，如不属于单纯以持股为目的的持股主体或持股平台，且入股价格不存在明显异常的，可不穿透，但其出资人、执行事务合伙人、实际控制人中存在境内主体（包括法人、具有中国国籍的自然人和非法人组织）的，应当穿透说明有关情况。

## 5. 投资人特殊股东权利清理要求方面，H股与A股IPO有何差异？

目前A股IPO审核下，对赌等投资人特殊股东权利，通常需要在提交申请时甚至申报基准日等更早时点进行清理，仅在符合特定要求（同时满足：一是发行人不作为对赌协议当事人；二是对赌协议不存在可能导致公司控制权变化的约定；三是对赌协议不与市值挂钩；四是对赌协议不存在严重影响发行人持续经营能力或者其他严重影响投资者权益的情形）前提下，可以在申报时点保留部分特殊权利、或者附带恢复条件地终止。但实务中，发行人及中

中介机构往往也会出于提高申报进程效率等目的，要求尽早将投资人特殊权利彻底清理。

而对于H股IPO的企业而言，境外上市备案新规并未对特殊股东权利提出明确的终止时点要求，企业应在备案时仍需对特殊股东权利情况进行披露。实务中，存在境外上市提交A1材料后，仍会保留投资人优先权利的情况，但至少需要满足如下监管要求：

(1)参考联交所上市规则，若特殊权利不能延伸至所有股东享有，则原则上在上市时均需终止，但是可导致投资人撤回投资的权利（如回购权）需要在首次递交A1申请前即终止；

(2)基于会计准则要求，由公司作为义务承担主体的部分特殊权利可能需于股改前终止。部分股东特殊权利如未在股改基准日前终止，根据相关会计准则要求，公司存在或有的现金支付义务，对此会计处理上需按照金融负债进行核算，从而可能影响企业股改日的净资产。因此，此类优先权利通常需于股改前不可撤销的彻底终止。

## 6. 亏损科技企业上市路径——港股18C章要点

对于亏损企业境外上市的路径，目前两地监管机构均无收紧消息。对于亏损企业，除此前已实施、适用于未盈利生物医药企业的“港股

18A”以外，2023年3月31日，联交所新增设了《香港联合交易所有限公司证券上市规则》第18C章的内容，正式推出了针对特专科技公司的上市机制，允许无收入、无盈利的科技公司赴港上市。

对于特专科技公司，联交所明确了五大可接纳领域范围，范围主要包括新一代信息技术、先进硬件及软件、先进材料、新能源及节能环保、新食品及农业技术。

就不在上述领域范围的企业，若联交所认为相关企业能展现：(1) 具有高增长潜力；(2) 能证明其成功营运是靠在其核心业务采用新科技及/或应用业内相关科学及/或技术于新业务模式，亦以此令其有别于服务相似的消费者或最终用户的传统市场参与者；以及(3) 研发为其贡献一大部分的预期价值，亦是其主要活动及占去大部分开支，则仍有可能被视为属于“特专科技行业可接纳领域”。

作为参考，18C章与A股科创板第五套标准在上市条件方面的主要差异如下：

(1) **所属行业：**18C章与科创板在新一代信息技术、先进硬件及软件、先进材料、新能源及节能环保领域存在重合，而对于元宇宙技术、新食品技术、新农业技术等行业的公司，目前其在港股18C接纳范围内，但并不在科创板第五套标准所明确适用的范围；

(2) **科创属性的要求**：科创板对科创属性从研发投入、研发人员、发明专利和营业收入四个角度对企业的科创属性进行评估，而18C章仅从从事研发时间与研发投入金额占比两个维度对企业的科创属性做了要求；

(3) **市值和财务指标**：18C章主要关注企业的预期市值且要求更高，而科创板是从净利润、营业收入、现金流量等财务指标和财务表现综合评估企业条件，相应指标的财务状况越好，则在预期市值方面的要求越低。

基于上述差异，除了考虑其所在行业及领域因素外，公司在选择上市板块时还需综合考虑其自身的财务数据、预期市值、研发投入、科创属性等因素，以满足公司多元化市场融资的战略需求。

#### 第四部分\

## 结语

随着境内外市场形势的持续变化，境内外资本市场监管政策、审核实务也在随之动态发展。对于境内企业而言，目前境内、境外资本运作的顶层制度均已相对健全，可选路径多元化，但实务中也面临着阶段性调控的影响。企业应充分结合自身特点，根据融资需求、行业特点、股东诉求等各方面实际情况，选择合适

时机下最适合自己的资本运作路径，借助资本市场的力量实现企业的跨越发展。 ☞



刘新辉  
合伙人  
资本市场部  
北京办公室  
+86 10 5957 2074  
liujason@zhonglun.com



卞嘉虹  
非权益合伙人  
资本市场部  
北京办公室  
+86 10 5780 8462  
bianjiahong@zhonglun.com



# 2023医药反腐系列：执法关注点之“讲课费”“赞助”与“套现”

作者：傅长煜 左玉茹 景南衡 龙腾辉 张欢 高玉贺





2023年医药领域腐败问题集中整治工作正在开展，此次医药反腐执法参与部门众多，覆盖领域全面。对于医药企业而言，本次反腐行动重点针对各种新型、隐蔽的商业贿赂问题，讲课费、会议赞助、套现成为监管重点。

笔者基于多年深耕健康与生命科学领域的丰富法律服务经验，结合对行业的深入理解、对法律的透彻分析以及对监管态势的及时跟进，特推出系列文章，结合本次医药反腐行动重点关切问题，深入解读讲课费、会议赞助、套现等执法关注点。

## 第一部分\

# 2023反腐执法关注点之“讲课费”

学术会议是医药企业与医务人员交往的核心活动类型，讲课费是企业与医务人员之间最

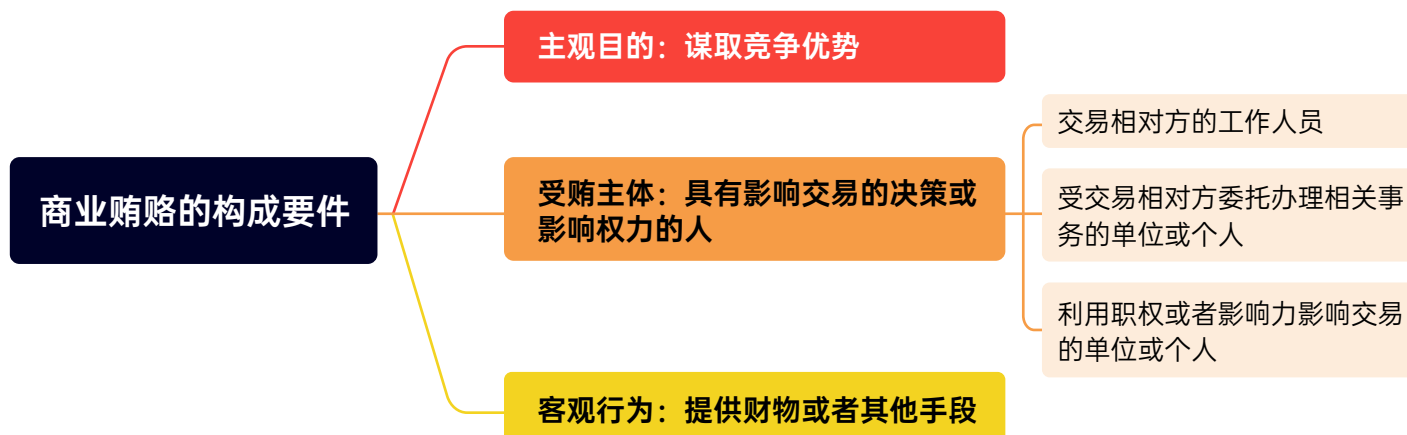


主要的费用往来类型。医药行业的学术会议具有提升行业认知和医疗医学水平的内在作用，并不被监管所禁止，在此次执法活动中，卫健委也明确“按照国家有关规定，规范开展的学术会议和正常医学活动是要大力支持、积极鼓励的”。因此，邀请医生提供讲课服务，向医生支付讲课费用本身并不被法律严格禁止。但是，讲课费形式上是直接支付至医生的现金，敏感度最高，在反腐执法中始终被高度关注。

## （一）商业贿赂的法定构成要件

### 1.《反不正当竞争法》

《反不正当竞争法》第七条确立商业贿赂的本质是“权钱交易”，即利用“财物”交换受贿主体对交易的决策或影响权力，以达到谋取竞争优势之目的，商业贿赂的构成要件有三：



## 2. 《药品管理法》

药品领域的商业贿赂依据还包括《药品管理法》第八十八条与《药品管理法实施条例》第七十九条。

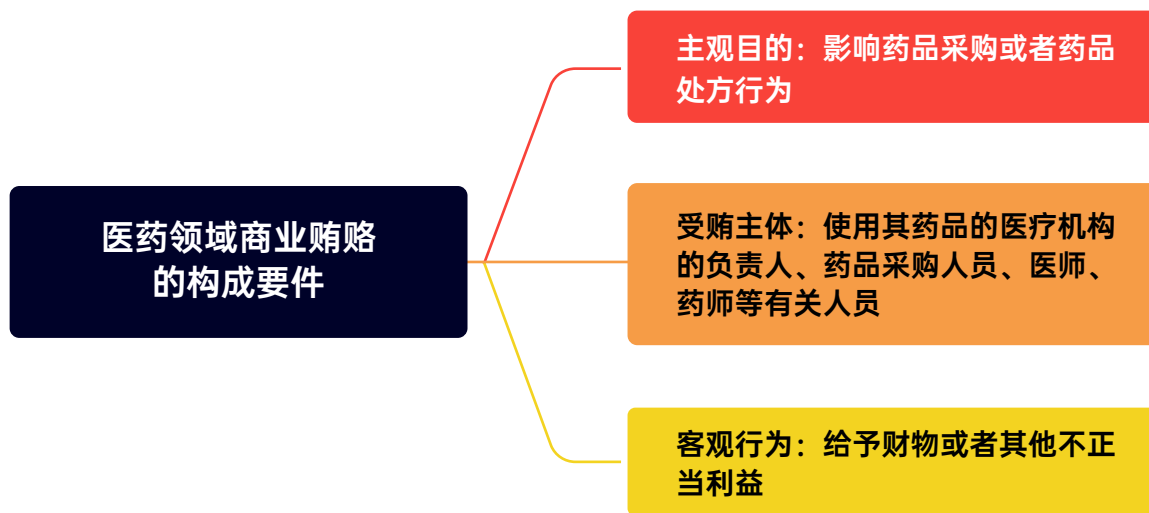
### 《药品管理法》第88条第2款第1句

禁止药品上市许可持有人、药品生产企业、药品经营企业或者代理人以任何名义给予使用其药品的医疗机构的负责人、药品采购人员、医师、药师等有关人员财物或者其他不正当利益。

《药品管理法》设立的医药企业与医生之间的往来合规标准更加严苛，《药品管理法实施条例》第七十九条在对《药品管理法》第八十八条进行解释时，为“财物或者其他不正当利

益”增加了“影响其药品采购或者药品处方行为”的主观目的。综合两条款，医药领域商业贿赂的构成要件包括：





我们理解，《反不正当竞争法》与《药品管理法》在医药企业向医生行贿的认定构成要件上是基本一致的。

## （二）“讲课费”与商业贿赂的“一线之隔”

医生因具备处方权，对于药品购销交易具有影响力。既往执法中，监管往往将医生视作“交易相对方的工作人员”或者“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”，医生的身份属性构成《反不正当竞争法》项下的受贿主体在实务中没有认定障碍。

认定讲课费是否构成商业贿赂的关键最终落在“主观目的”要件。“主观目的”即当事人动机，监管部门并非完全依赖于书面文件进行判断，自由裁量空间大，标准模糊，医药企业往往难以把握。

正因为如此，在目前医疗机构自查自纠过程中，部分医疗机构选择“一刀切”的方式，要求医生不得接受医药企业支付的讲课费等费用。在本次执法活动之前，军队医院已经执行该标准。医疗机构的规定是对医生的职业规范，并非是对该行为是否构成贿赂的认定，医药企业向该等医院的医生支付劳务报酬是否构成贿赂，仍然需要回归商业贿赂构成要件逐一判断。

## （三）讲课费真实性、必要性与合理性合规标准

通常认为，如果讲课费是就医生为真实、必要医学交流活动所付出劳务的报酬，则支付讲课费的目的是正当的，有别于“影响药品采购或者药品处方行为”或者“谋取竞争优势”，我们

通常将讲课费的合规标准归纳为真实性、必要性和合理性三项。

既往监管部门执法活动更加关注讲课费的真实性，但近来执法活动以及当前执法活动则愈发关注其必要性、合理性。

### 1.真实性

真实性一向是讲课费最为关键的合规标准。医药企业能否证实每一笔讲课费支出均以真实学术会议和讲课劳务为基础，是判断医药企业的“真实性”合规要求是否完善的标准。

从证明力的角度，来自第三方的证据材料、网络留痕记录、照片与视频资料、签到表等证据材料更具有证明力，企业单方制作的会议资料证明力相对弱一些，企业对于讲课费支出的支持性文件材料要求，应更加注意留存证明力更强的证据材料。

### 2.必要性

“必要性”标准要求学术活动具有“学术交流”的价值和意义。如学术活动丧失学术价值，开办学术活动并支付费用的动机即脱离了“学术目的”。

“必要性”判断具有较强的主观性，且较难划定统一标准，尤其对于单次活动，判断是否具备必要性比较困难。但如果将医药企业一段时间内的学术活动进行统计分析，则有可能通过学术活动的费用比例、内容受众、频次等的

关联性，对“必要性”即可能作出概括分析。

我们初步整理，以下情形有可能被认定学术活动不具有学术价值：

#### 可能的情形

当事人（工作人员）自认学术活动不具有学术价值。比如，相关学术活动资料中载明，开展活动的目的为激励或奖励医生处方。

学术信息过于基础、陈旧、重复，对于专业人士而言，不具有交流价值。监管机关可能审查医药企业开展的学术交流活动的具体内容，以及具体受众、频次等，以作出判断。

### 3.合理性

“合理性”主要是指支付价格是否与医生的劳务付出相匹配，是否符合市场公允价值等。

医药企业通常会参照市场行情和企业自身情况，建立内部讲课费支付标准，一般可以做到将单次讲课费控制在适当合理的区间。但可能忽略设置讲课费的时长标准以及讲者的资历标准等，该等标准同样影响讲课费的合理性判断，企业需要更加综合、全面考虑。



## 第二部分\

# 2023反腐执法之“赞助学术会议”

医药企业赞助学术会议也是此次医药反腐执法的关注重点之一，具体关注点包括赞助行业组织学术会议和赞助医生参与学术会议两类。

## （一）赞助行业组织学术会议

### 1. 既往执法与探讨

医药企业赞助行业组织开展学术会议并非医药行业高风险活动，据我们观察，执法实践

中，将医药企业对行业组织的赞助费用认定为商业贿赂并不常见。不过，赞助行业组织学术会议的合规性既往也曾受到监管关注。

2014年，国家审计署针对中华医学会进行审计，审计发现，2012年至2013年，中华医学会用广告展位、医生通讯录和注册信息等作为回报，收取医药企业赞助8.2亿元。该次调查以中华医学会的自行整改告终，监管机构未进一步就学会接受企业赞助的合规性进行评价。

2015年，《卫生计生单位接受公益事业捐赠管理办法（试行）》（“《捐赠管理办法》”）发布，针对包括卫生计生单位接受捐赠的制定具体规则。该规定出台之后，医药行业广泛探讨，医药企业以取得冠名、展台、卫星会、参会名额等商业权益而进行的赞助是否属于“捐赠”、是否适用《捐赠管理办法》。目前行业主流观点认为，“赞助”是具有商业对价的行为，而“捐赠”是无偿行为，赞助不应适用《捐赠管理办法》。

2019年，云南省医学会发布《关于不再接受药品、医疗器械、医药卫生材料等医药产品生产、经营企业或经销人员提供会议及培训费用的通知》再次将行业组织能否接受医药企业赞助的问题拉回行业视野，不过这一做法并未获得普及。至今，监管机构并未就医药企业“赞助”行业组织的行为明确具体执法意见。



## 2. 2023反腐执法的执法要点

《2023年纠正医药购销领域和医疗服务中不正之风工作要点》（“《2023纠风工作要点》”）将企业与行业组织之间的往来列为执法重点之一，尤其关注行业组织“以‘捐赠’、学术活动、举办或参加会议等名义变相摊派，为非法输送利益提供平台，违规接受捐赠资助等问题”。

### （1）卫星会的合规性遭受质疑

《广东省药品耗材专项审计报告》<sup>1</sup>针对行业组织收取企业赞助费进行相应审计调查，剑指卫星会，调查发现：“广东省医学会收受329家医药企业赞助费5205.62万元，用于指定医生为企业产品宣传（行业统称为‘卫星会’）。”

对比2023年针对广东省医学会的审计调查意见与2014年针对中华医学会的审计意见不难发现，审计对于学会等非营利组织收取企业费用协助企业开展产品宣传推广的合规性持负面评价意见，认为上述行为不符合《药品管理法》第八十八条规定。

### （2）行业组织定向捐赠、违规发放讲课费责任可能穿透至企业

《广东省药品耗材专项审计报告》在审计过程中还发现医学会存在向医生定向捐赠、违规发放讲课费等问题，并认为这是行业组织“为非法输送利益提供平台”的依据，意指，企业是真正的利益输送主体。

#### 广东省审计抽查发现的问题

##### 定向捐赠问题

按照广东省医学会下属卫济基金会征集科研项目流程，医药企业与基金会签订项目捐赠协议后，基金会发布项目征集通知，意向人在规定时限内申报，但2020年至2023年5月，在基金会尚未发布征集项目的情况下，4名医学专家已经提交申报材料，并作为项目唯一申请人获得定向捐赠237万元。

##### 违规发放讲课费问题

在2天的学术会议中，广东医学会向3名正高级职称医疗专家发放85次讲课费15.56万元，在另外2个会议为请假的11名医学专家发放会议筹备费1.4万元。

1.网络流传版本，暂未获印证

### 3. 监管对赞助行业组织学术活动的态度

国家卫健委于2023年8月15日发布《全国医药领域腐败问题集中整治工作有关问答》，肯定了行业组织接受企业赞助开展学术活动的合规性，将违规行为限制为“将赞助费私分的不法行为”，未进一步就企业通过赞助获得宣传推广产品的权益（如卫星会）的合规性作出评价。

行业组织接受商业赞助是行业普遍做法，并非一朝一夕形成，也并非个别行业组织或企业的特定行为，就该等行为是否合规的评价不可避免地影响整个行业的业务形态。

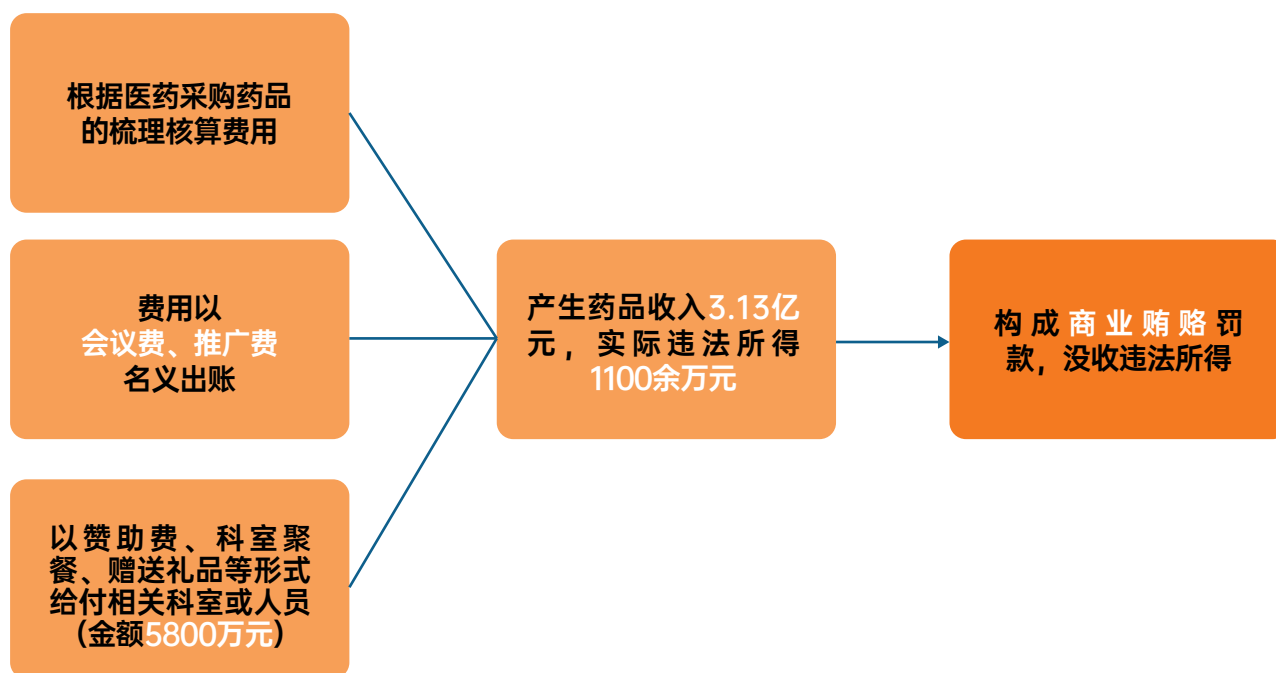
## （二）赞助医生参与学术活动

赞助医生参与学术活动是指为医生参加由医药企业自行组织的或者由行业组织、医疗机构等第三方组织的学术活动负担必要的交通费、住宿费、餐费、注册费等，相关费用并不向医生支付，但由于医药企业负担了原本应由医生负担的各项支出，在执法实践中，也被认为是输送利益的一种形式。

### 1. 既往执法与探讨

既往赞助医生参与学术活动合规性的典型执法案件如下：

## 泰凌案



该案件因“真实赞助费用被认定为利益输送”而备受瞩目。本案中，相关费用被认定为违法的重要依据即赞助费用与销量挂钩。

此外，与医药企业赞助行业组织开展学术活动可获得商业对价不同，医药企业赞助医生参与学术活动是无偿的，本质上应属于“捐赠”行为。《捐赠管理办法》严禁医生以个人名义接受捐赠，企业直接赞助医生会因违背《捐赠管理办法》而受到质疑。

## 2.2023医药反腐执法的执法要点

《广东省药品耗材专项审计调查报告》发现，某医疗器械经营企业要求国内经销商按照年销售额的2%为医生支付住宿、接送、机票等费用。同时，该审计报告将注册费单独列出，作为医护人员违规接受医药企业利益输送的典型利益类型。

如前文所述，诸多医疗机构在自查自纠过程中，采用“一刀切”的方式处理医生接受赞助问题，深圳某三甲医院即要求参会员工不得接受由厂家、公司医药（械）代表支付的住宿、餐饮、交通费。

## 3.赞助医生参与学术活动的合规要点

医生参与学术活动、学习或交流医学知识是行业需求，仅依赖财政支持或医生个人支付费用参与学术交流活动难度较大。实际上，学术交流活动难以离开医药企业的支持，而医药企业也需要适当的机会与医生之间开展交流互动，此类活动显然并不都是行贿的“幌子”，采取“一刀切”的方式处理企业赞助并不恰当。

赞助医生参与学术活动的合规标准主要在于防范医药企业以赞助之名变相行贿，其基本合规要素应包括：

### 基本合规要素

回归赞助医生参与学术活动的学术目的，隔离赞助费用与药品购销的关联

根据学术交流需求确定赞助医生范围，避免以处方量作为赞助医生的条件，企业也可以将选择赞助医生的权利交给第三方行业组织

赞助费用合理、必要、非奢侈，拒绝赞助任何奢侈、休闲娱乐、旅游支出

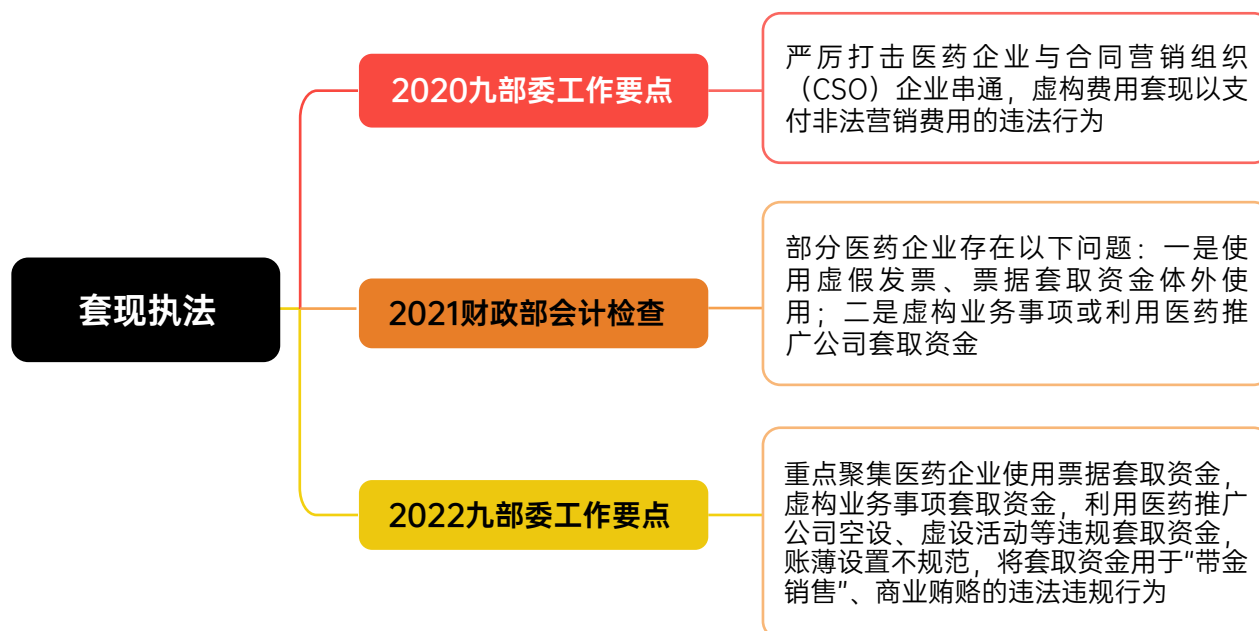


### 第三部分\

## 2023反腐执法之“套现”与穿透责任

“套现”行为被监管关注已久。“套现”是手

段，“套现”之后的款项使用才是目的，由于套现之后款项往往流转多次，利用套现款项行贿往往不能直接认定为医药企业（被套现企业）的行为。近年来，监管机关对套现行为的查处，往往按照虚开发票开展。



### （一）审计署的审计调查对于认定穿透责任有所助益

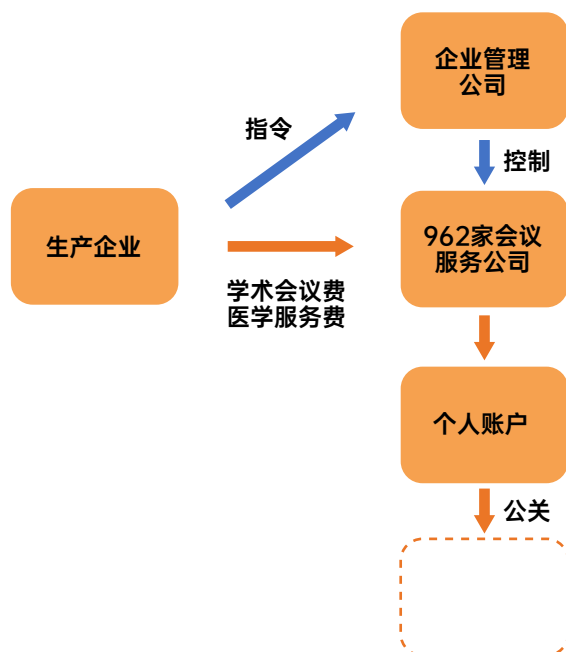
审计署审计过程中，重点关注了药企销售费用的流向：将款项自医药企业通过各种手段套出，进而向个人账户支付，直至最终流向被公关对象，可以形成完整的资金链条。而且，审计调查更加注重整体情况，更容易汇总出医药企业的销售费用支出模式。

《广东省药品耗材专项审计调查报告》调

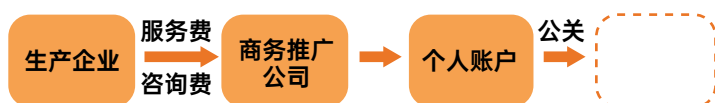
查发现药品生产企业以服务费、咨询费、学术会议费等名义向第三方商务推广公司支付费用，用于药品公关、推广：

1. 2018年12月至2023年6月，某药品生产企业指派A公司以“集群注册”方式在同一地址注册成立962家会议服务公司，公司账户均由A公司代为管理，按照药品生产企业指令用于资金的划转、分配。2021年至2023年5月，药品生产企业以支付学术会议费、医学服务费等名义

将16.75亿元转入上述会议服务公司，A公司按其要求将资金进一步分解后转入特定人员账户用于支付各区域医院公关费用。



2. 2021年至2023年3月，某制药厂累计向2953家商务推广公司支付服务、咨询等费用30.82亿元，其中向8家由制药厂员工开设的咨询公司支付咨询费1240.01万元，资金到账后被转入相关员工个人账户用于药品公关。



在总结上述业务模式基础上，进一步调查个人账户款项流向，构建费用自医药企业至被公关对象的完整资金链条，监管机关再进一步深入调查，很可能将费用责任一直穿透至医药企业。

## （二）穿透责任的一般构成要件

“穿透责任”是指企业对于由他人实际开展的违法行为承担责任。其一般构成要件包括“明确指示”或“明知且默认”。“明确指示”的判定依据较容易明确，但“明知且默认”则较难判断。据了解，通常以下情形可能被认定系“明知且默认”：

### 可能的情形

（1）明知第三方公司不具备提供约定服务的能力和条件；

（2）对第三方公司的服务不进行考核与验收，不关注具体服务内容；

（3）第三方就开展相关活动征询意见，医药企业明知风险而未及时反馈意见。

## （三）员工违法时医药企业的责任

如果员工涉嫌商业贿赂，医药企业因此承担责任的可能性非常高。

## 《反不正当竞争法》第7条第3款

经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。

员工的商业贿赂行为首先推定为医药企业的行为，法律赋予了医药企业反证推翻的权利，但实务中反证推翻的标准较高。企业反证推翻需至少具备两个条件：第一，企业有内部合规规则；第二，企业采取了有效监管措施。医药企业往往重视内部合规规则，但可能会忽略监管措施的重要性，监管措施缺位，可能导致企业无法实现“反证推翻”。

### 第四部分\

## 结语

本文结合2023年医药反腐执法行动，对医药企业普遍关注的“讲课费”“赞助学术会议”“套现”展开执法要点解读与合规标准探讨。在后续文章中，我们还会相继介绍医药反腐所涉及的审计、行政调查、刑事调查、监察等程序，以期全面解析本次医药反腐的执法要点与执法程序，协助企业做好应对准备。 ☞



傅长煜  
合伙人  
争议解决部  
北京办公室  
+86 10 5957 2085  
fuchangyu@zhonglun.com



左玉茹  
合伙人  
争议解决部  
北京办公室  
+86 10 5087 2996  
zuoyuru@zhonglun.com

# 《民事诉讼法》修改对涉外商事案件的影响解读

作者：刘相文 王涛 王梓尧





2023年9月1日，十四届全国人大常委会第五次会议审议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》（下称“民诉法修改”），民诉法修改将自2024年1月1日起施行。本次民诉法修改以“统筹国内法治和涉外法治，加强涉外法治建设”为重点，在本次修改涉及的26处之中，第四编“涉外民事诉讼程序的特别规定”独占19处，着墨之重可见一斑。本次对于涉外民事诉讼程序编的修改，将《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》（下称“《涉外纪要》”）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（下称“《民诉解释》”）等关于涉外民事诉讼程序的规则整合优化，并吸收国际经验和本土实践，以法律的形式予以固定，系1991年以来对涉外民事诉讼程序相关内容的首次实质性修改，对我国未来涉外民商事案件的处理极具现实意义，殊值关注。

有鉴于此，本文将梳理并解读本次涉外民事诉讼程序修改的要点，分析相关修改将对我国涉外民商事诉讼可能产生的影响，供相关企业决策者参考。

## 第一部分\

### 修改管辖的相关规定，扩大我国法院对涉外民商事案件的管辖权

本次民诉法修改扩大了我国法院对涉外民商事诉讼的管辖权，便于我国企业在涉外纠纷中在中国法院起诉应诉，避免“劳师远征”，更加有利于维护中国企业的合法权益。

一是规定涉外民商事纠纷与中华人民共和国“存在其他适当联系”的，可以由人民法院管辖。《民事诉讼法》第272条原先只规定了六

种我国法院对域外被告行使管辖权的连结点，即合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地、代表机构住所地。对于我国企业在境外利益受损，但上述六项连结点均不在我国境内的，我国法院难以行使管辖权。此次民诉法修改将“存在其他适当联系”作为兜底条款，未来人民法院有可能基于裁量权，突破上述六项连结点，认定涉外民商事案件与我国存在其他适当联系，为中国企业提供了更加充分的保护性管辖。

二是规定涉外民商事案件中的明示协议管

辖和默示同意管辖。涉外民事纠纷的当事人书面协议选择人民法院管辖的，可以由人民法院管辖。当事人未提出管辖异议，并应诉答辩或者提出反诉的，视为人民法院有管辖权。本次民诉法修改删除了《民事诉讼法》（第五次修正草案）中关于允许“与争议有实际联系的地点不在中华人民共和国领域内”时当事人选择中国法院管辖的规定，这表明本次民诉法修改依然保留并延续了《民事诉讼法》第35条中当事人可以选择“与争议有实际联系的地点的人民法院管辖”这一要件，即涉外民商事纠纷的当事人协议选择人民法院管辖时，仍然应当从被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院中选择。

三是在涉外民商事案件中规定了两种新的由我国法院专属管辖的情形。具体包括（1）因在中华人民共和国领域内设立的法人或者其他组织的设立、解散、清算，以及该法人或者其他组织作出的决议的效力等纠纷提起的诉讼；

（2）因与在中华人民共和国领域内审查授予的知识产权的有效性有关的纠纷提起的诉讼。在民诉法修改之前，原先专门为涉外民商事案件规定的专属管辖情形，仅包括因在中国履行中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷

提起的诉讼，没有充分考虑涉外关系与我国政治、法律以及公共秩序有紧密联系的特定案件类型，本次民诉法修改更好地顺应了国际冲突法规则，并维护了我国在涉外民商事案件管辖中的公共利益。

## 第二部分\

### **顺应国际趋势，增加平行诉讼的一般规定、不方便法院原则等条款**

本次修订之前，我国《民事诉讼法》尚未对平行诉讼协调机制及不方便法院原则作出正式规定，仅通过《涉外纪要》《民诉解释》等进行了初步规定。本次民诉法修改对之前的初步规定进行了整合优化并进一步完善，为今后涉外民商事案件中管辖权冲突的协调处理提供了更加明确而权威的规范指引。

一是明确了我国法院平行诉讼的一般处理原则及管辖冲突协调机制。同一纠纷当事人同时向外国法院和我国法院起诉的，我国法院如果有管辖权的，可以受理。当事人订立排他性管辖协议选择外国法院管辖且不违反我国对专属管辖的规定，不涉及我国主权、安全或者社会公共利益的，人民法院可以裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。应当注意的是，在满足前述相关情形时，人民法院不是“应

当”，而是“可以”受理、不予受理或者驳回起诉。

二是规定已被外国法院受理的民商事纠纷由中国法院受理的诉讼中止及恢复机制。具体而言，我国法院受理涉外民商事案件后，当事人以外国法院受理在先为由，向我国法院申请中止诉讼的，我国法院可以裁定中止诉讼，但是存在下列情形之一的除外：（1）当事人协议选择人民法院管辖，或者纠纷属于人民法院专属管辖；（2）由人民法院审理明显更为方便。如果我国法院中止诉讼之后，外国法院未采取必要措施审理案件，或者未在合理期限内审结的，依当事人的书面申请，我国法院应当恢复诉讼。前述诉讼中止机制避免了我国法院重复审理并审理外国法院受理在先的案件，而诉讼恢复机制则协调了我国法院和外国法院在管辖权方面的消极冲突，避免出现因外国法院处理不力、中国法院不予处理，导致当事人权益得不到充分救济的情况。

三是规定不方便法院原则中的管辖异议机制。具体而言，人民法院受理的涉外民商事案件如果同时具备下列情形：（1）案件争议的基本事实不是发生在我国领域内，我国法院审理案件和当事人参加诉讼均明显不方便；（2）当事人之间不存在选择人民法院管辖的协议；（3）案件不属于我国法院专属管辖；（4）案

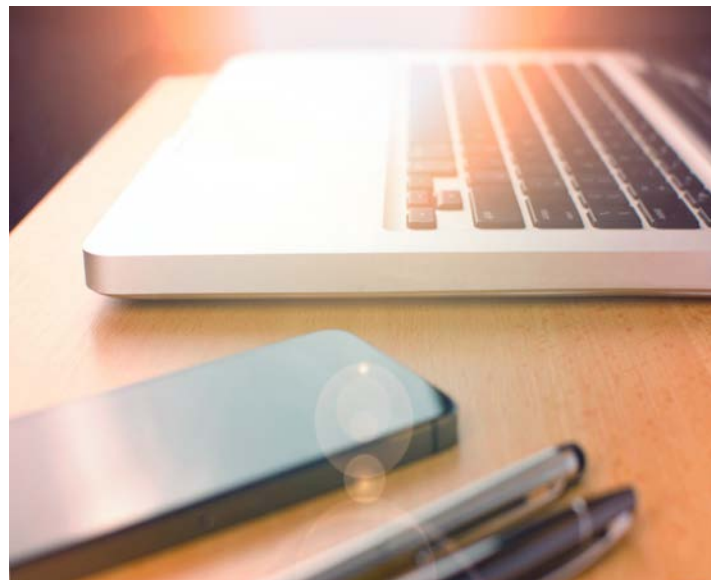
件不涉及我国主权、安全或者社会公共利益；

（5）外国法院审理案件更为方便，则被告提出管辖异议时，可以裁定驳回起诉，告知原告向更为方便的外国法院提起诉讼。裁定驳回起诉后，外国法院对纠纷拒绝行使管辖权，或者未采取必要措施审理案件，或者未在合理期限内审结，当事人又向人民法院起诉的，人民法院应当受理。

### 第三部分\

## **修改涉外送达的相关规定，着力解决涉外案件“送达难”问题，提升送达效率**

送达在涉外民商事诉讼中具有非常重要的意义，在推动诉讼进程、计算诉讼期间、判决



的承认与执行等方面发挥着重要作用。在原《民事诉讼法》第274条的基础上，新《民事诉讼法》第283条积极回应实践中我国法院向境外送达周期长、效率低、境外主体消极应诉等问题，对于我国法院向境外当事人送达诉讼文书采取了更加灵活的规定，方便中国法院向境外当事人完成送达，有利于诉讼程序的顺利推进，维护企业的合法权益。

具体而言，（1）删除原法中诉讼代理人必须“有权代其接受送达”的限定，明确只要是受送达人在本案中委托的诉讼代理人，都应接受送达。实践中，部分境外当事人在授权委托书中写明“不包括接收司法文书”，使其诉讼代理人无权接收送达，从而达到逃避送达的目的，此次民诉法修改想必有助于遏制这一现象。

（2）增加向受送达人在中国境内设立的独资企业送达的规定，同时删除分支机构接受送达须“有权接受送达”的限定。此次民诉法修改生效后，向受送达人在中国境内设立的独资企业、代表机构、分支机构或者有权接受送达的业务代办人均可送达，丰富了可代表境外受送达人接收送达的主体。（3）增加“受送达人为外国人、无国籍人，其在中华人民共和国领域内设立的法人或者其他组织担任法定代表人或者主要负责人，且与该法人或者其他组织为共同被告的，向该法人或者其他组织送达”的规定。

（4）增加“受送达人为外国法人或者其他组织，其法定代表人或者主要负责人在中华人民共和国领域内的，向其法定代表人或者主要负责人送达”的规定。（5）增加“以受送达人同意的其他方式送达的规定，但是受送达人所在国法律禁止的除外”的规定。（6）将涉外公告送达完成的时间，从原《民事诉讼法》的“自公告之日起满三个月”缩短为“自发出公告之日起，经过六十日”，使涉外公告送达的起算时点更加明确，公告期限更短。

#### 第四部分\

### 完善涉外民商事案件司法协助制度，增设域外调查取证相关规定

原《民事诉讼法》第283条显示，根据我国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，人民法院和外国法院可以相互请求，代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。以往中国法院向域外调查取证，一般应当按照《海牙民商事案件国外调取证据公约》、双边司法协助条约或者互惠原则进行。在过往实践中，我国法院通过前述途径域外取证的积极性不高，而且历时较长，有可能对涉外诉讼效率产生较大的影响。

修订后的民诉法第284条，一方面延续了



人民法院依照国际条约或者外交途径进行域外调查取证的要求，另一方面明确规定了人民法院可以通过替代性方式进行域外调查取证，即如果所在国法律不禁止，那么人民法院可以采用下列方式调查收集：（1）对具有中华人民共和国国籍的当事人、证人，可以委托中华人民共和国驻当事人、证人所在国的使领馆代为取证；（2）经双方当事人同意，通过即时通讯工具取证；（3）以双方当事人同意的其他方式取证。人民法院域外取证方式的丰富，将为涉外诉讼中的域外取证工作带来更多的便利，有助于帮助当事人调查获取更多的域外证据材料，提升涉外民商事案件处理的公正与效率。



## 第五部分\

# 完善域外生效判决、裁定、裁决承认与执行的基本规则

本次民诉法修改后的第300-304条集中对  
外国法院生效判决、裁定的承认与执行问题作出了新增规定，并扩大了我国法院受理我国领域外作出的仲裁裁决的范围，提升了我国承认与执行域外裁判相关规则的完备性和灵活性，有助于让中国法院成为更受欢迎的涉外民商事争议解决法院。

一是明确了我国法院不予承认和执行外国法院生效裁定、判决的事由，与《涉外纪要》第46条的规定保持一致。具体事由包括：（1）外国法院对案件无管辖权；（2）被申请人未得到合法传唤或者虽经合法传唤但未获得合理的陈述、辩论机会；（3）无诉讼行为能力的当事人未得到适当代理；（4）判决、裁定是通过欺诈方式取得；（5）人民法院已对同一纠纷作出判决、裁定，或者已经承认第三国法院对同一纠纷作出的判决、裁定；（6）违反中华人民共和国法律的基本原则或者损害国家主权、安全、社会公共利益。

其中，外国法院对案件无管辖权的情形又包括：（1）外国法院依照其法律对案件没有管辖权，或者虽然依照其法律有管辖权但与案件

所涉纠纷无适当联系；（2）违反《民事诉讼法》对专属管辖的规定；（3）违反当事人排他性选择法院管辖的协议。当事人对承认和执行或者不予承认和执行的裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

二是规定了已被我国承认的外国判决、裁定相关纠纷由中国法院审理的诉讼中止及恢复机制。民诉法修改后的第302条规定，当事人向人民法院申请承认和执行外国法院作出的生效判决、裁定，该判决、裁定涉及的纠纷与人民法院正在审理的纠纷属于同一纠纷的，人民法院可以裁定中止诉讼。外国法院作出的发生法律效力判决、裁定不符合承认条件的，人民法院裁定不予承认和执行，并恢复已经中止的诉讼；符合承认条件的，人民法院裁定承认其效力，对已经中止的诉讼，裁定驳回起诉。

三是完善了仲裁裁决籍属认定方式，增加了中国法院受理申请承认与执行仲裁裁决的范围。一方面，本次民诉法修改统一了仲裁裁决籍属认定方式，从原《民事诉讼法》第290条“国外仲裁机构的裁决”调整为“在中华人民共和国领域外作出的……仲裁裁决”，顺应了司法实践的转变。另一方面，本次民诉法修改扩大了向人民法院申请承认与执行仲裁裁决的范围。原《民事诉讼法》规定当事人“应当”向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申

请执行国外仲裁机构的裁决，现在修改为：当事人“可以”向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请在中国领域外作出的仲裁裁决；被执行人住所地或者其财产不在中国领域内的，当事人可以向申请人住所地或者与裁决的纠纷有适当联系的地点的中级人民法院申请。这一修改为中国境内的申请人提供了较大的便利，即使境外被执行人住所地或者财产不在中国境内，中国境内的申请人也可以向前述有关人民法院申请，再由人民法院依据国际条约、双边协定、互惠原则等向域外法院要求协助执行我国领域外作出的生效仲裁裁决。

## 第六部分\

## 结语

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视涉外法治工作，明确提出统筹推进国内法治和涉外法治。本次民诉法修改之后，我国法院对于涉外民商事纠纷的管辖范围进一步扩大，在域外送达、受理领域外仲裁裁决执行申请、域外调查取证等方面为当事人在国内处理涉外民商事诉讼提供了诸多便利，同时细化完善了平行诉讼、不方便法院及裁判承认与执行等方面的具体规定，并以更高位阶的法律渊源予以规范。可以预见，未来境内外企

业可能会更多地选择中国法院诉讼处理涉外民商事争议，更好地运用平行诉讼相关规则演绎攻守之道，从而更加公正、高效、便捷解决涉外民商事纠纷，维护国家主权、安全、发展利益和企业合法权益，开创涉外争议解决新局面。 ❷

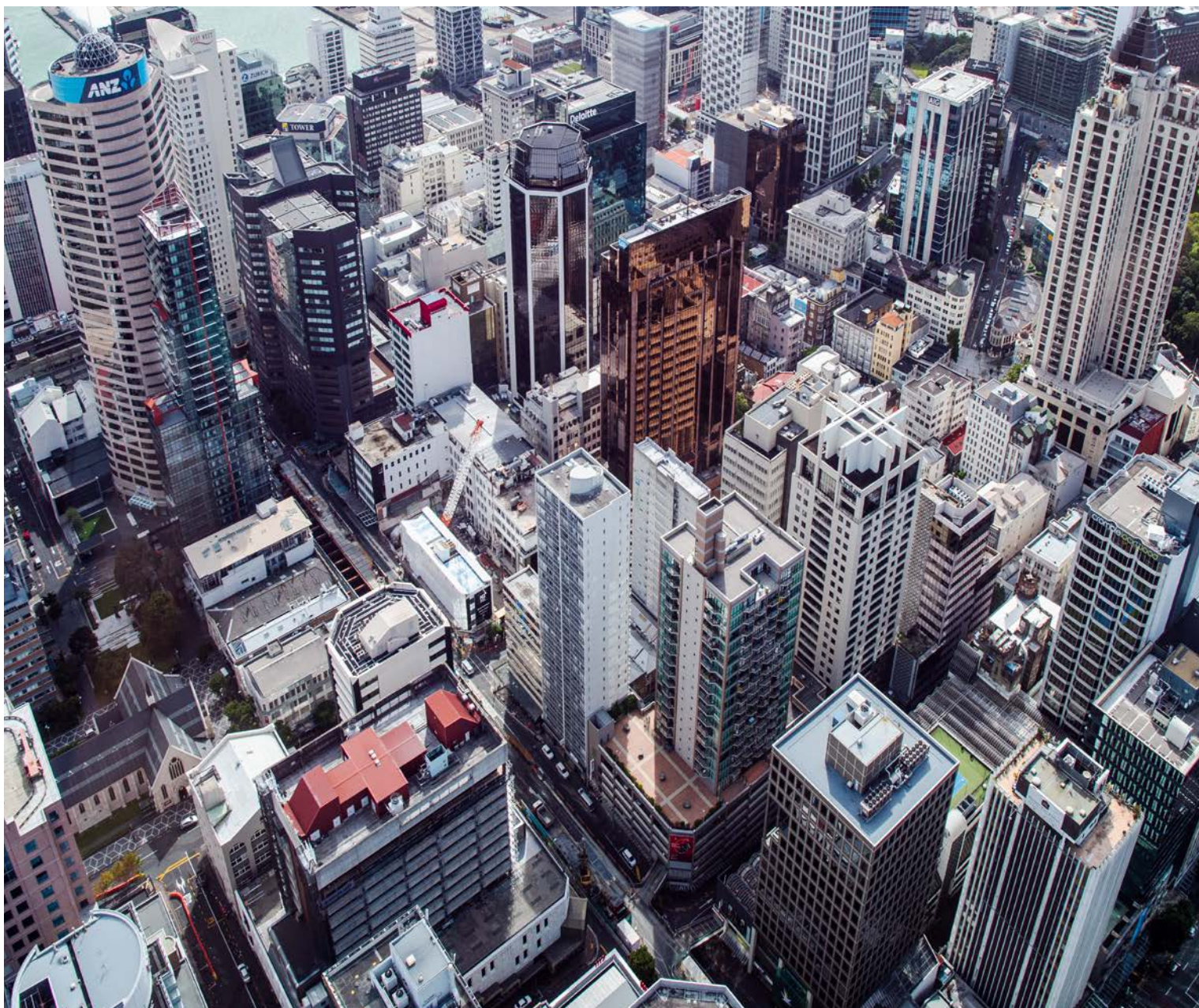


刘相文  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2050  
[liuxiangwen@zhonglun.com](mailto:liuxiangwen@zhonglun.com)



# 遗珠何惧沉沧海|工程一切险合同与施工合同衔接问题探析

作者：张炯 张丽娜





工程一切险，<sup>1</sup>作为工程领域与保险领域的交叉地带，受限于工程本身的专业性，相较于其他类型的保险更为复杂。然而，长期以来，工程一切险合同似乎沿袭着各大保险公司约定俗成的版本，甚少修改，施工合同的保险条款也常被束之高阁，以致发生保险事故时，工程项目各参建单位可能因条款不明确、风险不“交圈”陷入被动。不管是业主还是承包商，如何发掘并有效利用“工程保险”这一沧海遗珠，如何弥补该领域精细化管理的欠缺，往往需要借助法律和保险专业团队的力量。本文拟从工程一切险合同与施工合同衔接的视角出发，分析二者的关联和条款设置问题，以期各参建单位处理好这两类合同的关系、将工程保险纳入项目全流程管理的一环，提供可资参考的建议。

## 第一部分\

### 主体衔接：投保人、被保险人与参建单位

工程一切险中，最常见的主体是投保人、保险人和被保险人。<sup>2</sup>

“投保人”与“保险人”是签署保险合同的当事人，前者的核心义务在于支付保险费；后者的核心义务在于保险事故发生后，按照约定对被保险人承担赔偿责任或给付保险金的责任。“被保险人”是指保险合同约定的享有保险金请求权的主体，其在保险利益受到损害时有权请求保险赔付。实务中，工程各参建单位需要特别关注以下两类问题：

#### 第一，投保人的选择。工程一切险合同的

“投保人”或者是工程建设项目的业主，或者是与业主签署施工合同的承包商。但对于业主而言，如果要求承包商作为投保人，并非仅仅将“工程保险费”纳入施工合同签约价这么简单，至少还需要考虑清楚下述事项：①项目需要购买哪些工程保险；②保险金额与施工合同签约价是否必然对应；③有没有不在施工合同范围内的工程或材料设备需要一并投保；④哪些参建单位需要纳入被保险人范围；⑤施工单位购买的工程一切险条款是否充分保障了业主利益。关于保险条件的设置，在国内施工合同中往往非常粗略，部分业主可能出于自身不专

1.“工程一切险”一般包括建筑工程一切险、安装工程一切险及第三者责任险，限于文章主题及篇幅所限，第三者责任险作为附加险，暂未纳入本文讨论范围。故如无特别说明，本文所称“工程一切险”或“工程保险”，是指建筑工程一切险、安装工程一切险的主险部分。

2.对于第三者责任险以及由此衍生的主体（例如，因意外事故引起工地内及邻近区域人身或财产受到损失的第三者），不在本文讨论范围。

业、怕麻烦、或认为承包商买了保险自身就免责的角度，就让渡了工程保险的甄别和选择权，以致发生保险事故时，无法有效保障自身的利益。

**第二，被保险人的确定。**工程一切险属于财产保险，《保险法》第十二条规定：“……财产保险的被保险人在保险事故发生时，对保险标的应当具有保险利益。……被保险人是指其财产或者人身受保险合同保障，享有保险金请求权的人。投保人可以为被保险人。……”因此，工程一切险的被保险人享有保险金请求权的前提有二：其一，保险合同中已明确其为被保险人；其二，该主体于保险事故发生的时间点，对保险合同承保的保险标的具有法律上承认的利益。

工程保险中，被保险人需要通过约定的方式给予明确，鉴于其是保险赔付的请求主体，**被保险人是否约定的越宽泛越好呢？**特别是，工程领域参建单位众多，总承包单位项下还有若干分包单位、供应单位，这些单位是否需要纳入被保险人范畴？笔者认为，建设工程合同属于继续性合同，履约过程中，参建主体增加或变化非常常见，且实务中如果施工单位存在转包或违法分包，而业主不知晓相应情况时，参建主体往往更为复杂。因此，一方面，保险合同项下，“被保险人”需要尽量避免只约定为

固定的某个或某些公司，或者增加其他限制性因素（例如，是否必须在项目现场）；另一方面，施工合同项下，需要提前考虑保险合同有关“被保险人故意或重大过失免责条款”等机制，在风险分配上作出应对，以便在个别被保险人的原因导致无法进行保险索赔时，受损主体有相应的救济渠道。

## 第二部分\

### 标的衔接：保险标的与工程

工程一切险合同项下，关于保险标的，一般采用“正向原则约定 + 反向个别排除”的方式，以当下国内建工险的标准通行文本《建筑工程一切险条款（2009版）》（人保（备案）[2009]N251号，下称“**《建筑工程一切险条款（2009版）》**”）为例，根据“物质损失保险部分”及“通用条款”：

**（1）保险标的要件：**①性质为财产或费用；②实体上，在列明工地范围内的工程及与实施工程合同相关的财产或费用；③形式上，分项列明于保险合同明细表。

**（2）相对排除范围（非经特别约定并载明保险金额，不属于保险标的）：**①施工用机具、设备、机械装置；②在保险工程开始以前已经存在或形成的位于工地范围内或其周围的

属于被保险人的财产；③在保险单载明的保险期间结束前，其保险期间因特殊原因（业主对部分或全部工程签发完工验收证书或验收合格，或已经实际占有或使用或接收该部分或全部工程）提前终止的财产或其中任何一部分财产；④清除残骸费用。

### **（3）绝对排除范围（不属于保险标的）：**

①文件、账册、图表、技术资料、计算机软件、计算机数据资料等无法鉴定价值的财产；  
②便携式通讯装置、便携式计算机设备、便携式照相摄像器材以及其他便携式装置、设备；  
③土地、海床、矿藏、水资源、动物、植物、农作物；  
④领有公共运输行驶执照的，或已由其他保险予以保障的车辆、船舶、航空器；  
⑤违章建筑、危险建筑、非法占用的财产。

施工合同项下，关于“工程”的界定，以建设、工商主管部门制定的《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）为例：“工程：是指与合同协议书中工程承包范围对应的永久工程和（或）临时工程。”其中，“永久工程：是指按合同约定建造并移交给发包人的工程，包括工程设备（工程设备指构成永久工程的机电设备、金属结构设备、仪器及其他类似的设备和装置）。”“临时工程：是指为完成合同约定的永久工程所修建的各类临时性工程，不包括施工设备。”

虽然保险合同项下的“保险标的”与施工合同项下的“工程”看似一致，但由于保险标的往往受到时间维度（保险期间内）、空间维度（列明工地范围内）、形式要件（保险合同明细表内）的限制，项目参建单位需要结合施工合同的合约规划，在保险合同中充分考虑上述限制会否造成部分工程实际上未纳入承保范围。例如，项目场地有限，施工现场外存储的工程设备，究竟是通过一切险的扩展条款（工地外储存物特别保险条款）承保，还是通过其他保险承保，需要相关参建单位在保险合同、施工合同中同步明确。

## **第三部分\**

### **期限衔接：保险期间与工期**

工程一切险中，“保险期间”是争议频发的领域，究其原因：其一，保险合同本身关于“保险期间”的约定并不明确，且与保险标的等概念交织；其二，“保险期间”的判断往往与“工期”的界定密切相关，但因保险业和建筑业法律理论和司法实践的差异，甚少有人关注到保险合同与施工合同的同频，这里说的不仅仅指绝对日期的约定，还包括起止标准、期限变动等处理机制的约定。

需要指出的是，“保险期间”与“工期”在法

律概念上均属于“期限”范畴，性质属于法律事实。期限除了具有时间标志的意义外，在特定情境中，还可能与其他事实（例如，工程实施期间导致工期延误的事实）结合，引起某种法律效果的发生。而期限的法律效果，通常依据不同的法律关系和事实基础而呈现不同的状态。<sup>3</sup>因此，对于保险法律关系和工程法律关系而言：一方面，“保险期间”与“工期”的精细化约定，可以降低法律效果的不确定性；另一方面，相关期限的同频，可以有效避免工期未届满而保险已到期的尴尬局面。

以《建筑工程一切险条款（2009版）》为例，根据保险条款之“通用条款”，保险期间，即保险人承担保险责任的期间：①起始之日：保险工程在工地动工或用于保险工程的材料、设备运抵工地之时；②终止之日：工程所有人对部分或全部工程签发完工验收证书或验收合格，或工程所有人实际占有或使用或接收该部分或全部工程之时（以先发生者为准）；③最长时间段：任何情况下，不得超出保险单载明的保险期间范围。

从上述梳理可以看出，保险期间受到“工地动工”、“签发完工验收证书”、“验收合格”、“实际占有或使用或接收”等概念的影响，且“部分

或全部工程”在期限上或有差异，这些概念又与施工合同项下的“开工”、“竣工”、“验收”、“擅自使用”等密切相关。然而，即便是在对工期制度的研究绘以浓墨重彩的建筑业领域，仍有大量案件显示，施工合同中没有约定清楚相关概念，且对应事实的确认往往是工程案件的争议焦点，延伸到保险领域后，厘清这些概念并与施工合同同频相关处理机制，必要性就更为凸显。

#### 第四部分\

### 定因衔接：保险事故与不可抗力

工程一切险中，保险事故发生并造成保险标的物质损坏或灭失的，保险人在赔付前需要进行“定因→定责→定损”的量化分析。其中，



3.参见最高人民法院：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》，人民法院出版社，第1009页。



“定因”是首要环节，核心在于确认保险事故是否属于保险合同约定的自然灾害或意外事故范畴。

工程一切险合同对“自然灾害”与“意外事故”有明确的定义，以《建筑工程一切险条款（2009版）》为例，根据保险条款之“通用条款”释义部分：

（1）**自然灾害**：指地震、海啸、雷击、暴雨、洪水、暴风、龙卷风、冰雹、台风、飓风、沙尘暴、暴雪、冰凌、突发性滑坡、崩塌、泥石流、地面突然下陷下沉及其他人力不可抗拒的破坏力强大的自然现象。

（2）**意外事故**：指不可预料的以及被保险人无法控制并造成物质损失或人身伤亡的突发性事件，包括火灾和爆炸。

并且，《建筑工程一切险条款（2009版）》对前述自然现象和意外事故需要达到的等级、标准等给予明确限制，例如，对“地震”的限制为“震级在4.75级以上且烈度在6级以上”；对“暴风”的限制为“风力达8级、风速在17.2米/秒以上的自然风”；“火灾”要求同时具备以下条件：①有燃烧现象，即有热有光有火焰；②偶然、意外发生的燃烧；③燃烧失去控制并有蔓延扩大的趋势。

可见，保险事故的范围需要从技术层面做专业分析，有时依赖于气象等主管部门的认定。需要注意的是，施工合同项下有不可抗力

条款，那么，是否所有的不可抗力导致的损失，最后都由保险买单呢？答案是否定的。一方面，不可抗力与保险事故的范围存在差异；另一方面，施工合同中不可抗力的损失分担条款，往往未考虑与保险合同的衔接。实务中，因两份合同之间没有充分协调导致参建单位无法就损失进行理赔的情况，并不鲜见。

以《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）为例，关于“不可抗力”范围的约定为“不可抗力是指合同当事人在签订合同时不可预见，在合同履行过程中不可避免且不能克服的自然灾害和社会性突发事件，如地震、海啸、瘟疫、骚乱、戒严、暴动、战争和专用合同条款中约定的其他情形。”其中，“骚乱、戒严、暴动、战争”在保险合同中属于保险人的责任免除范畴，除非通过保险扩展条款给予特别安排；同时，即便两类合同都约定了“地震”等自然灾害，但由于施工合同往往不会明确约定其等级和标准，构成不可抗力时是否必然属于保险事故，仍存在不确定性。

可见，“保险事故”与“不可抗力”虽然在范围上存在一定的重合，但是二者的差异也会滋生风险空白区域，需要给予妥善安排；同时，不可抗力的法定后果是“相应免责”，但其导致的“损失分担”可由当事人约定（例如，对于永久工程及现场的材料设备，可能会约定不同的

损失承担主体），当不可抗力构成保险事故时，施工合同项下的损失承担主体与保险合同项下的赔付请求主体，虽然分属不同法律关系，但同样应注意条款设置及履行中的有效衔接。

## 第五部分\

### 定责衔接：免责事由与风险传递

在“定因→定责→定损”的保险赔付逻辑链中，“定责”环节主要是确定保险人是否应对保险标的损失承担责任，特别是，是否存在法定或约定的免责事由。

工程一切险项下，“责任免除”条款是投保人和被保险人最需要关注的条款，因为即便发生了保险事故，如果存在免责事由，被保险人仍然难以得到保险赔付。而免责事由实际上又分散在保险合同的细枝末节中，除“责任免除”专门章节外，还会通过保险标的、保险期间、保险利益、保险金额、免赔额（率）、危险程度显著增加的通知义务等机制而间接发挥作用。

以《建筑工程一切险条款（2009版）》为例，从原因力与责任的关系角度，下列原因造成的损失或费用，保险人不负责赔偿：①设计错误引起的损失和费用；②因原材料缺陷或工

艺不善引起的保险财产本身的损失以及为安置、修理或矫正这些缺点错误所支付的费用；

③自然磨损、内在或潜在缺陷、物质本身变化、自燃、自热、氧化、锈蚀、渗漏、鼠咬、虫蛀、大气（气候或气温）变化、正常水位变化或其他渐变原因造成的保险财产自身的损失和费用；④非外力引起的机械或电气装置的本身损失，或施工用机具、设备、机械装置失灵造成的本身损失；⑤战争、类似战争行为、敌对行为、武装冲突、恐怖活动、谋反、政变；⑥罢工、暴动、民众骚乱；⑦核裂变、核聚变、核武器、核材料、核辐射、核爆炸、核污染及其他放射性污染；⑧大气污染、土地污染、水污染及其他各种污染；⑨行政行为或司法行为；⑩被保险人及其代表的故意行为或重大过失行为。

上述情形是工程一切险物质损失部分的通常免责事由，但需要注意的是：

（1）**概念模糊易生争议。**保险合同中，相关概念存在模糊性和解释空间，实践中极易产生争议。例如，“设计错误”是否需要达到违反设计强制性规范的程度才构成“错误”，不同专业设计之间的不协调是否属于该情况；“行政行为”是否包括抽象行政行为；“被保险人及其代表的重大过失行为”是否包括业主代表、承包商项目经理以外人员的行为，“重大”的衡量标准

又是什么。

(2) **多因一果影响免责。**免责事由只有构成损失或费用发生的唯一“近因”（最直接、最有效且起控制性、决定性作用的原因）时，保险人才能免责；如果存在“多因一果”的情况，需要分析“多因”对结果发生的原因力，难以确定的，根据相关司法解释，司法机关倾向于采用比例分担原则，<sup>4</sup>故保险人并非必然免责。

因此，对于业主和承包商而言：

在保险合同项下，一方面，需要通过条款修改或特别约定等方式，对格式文本中模糊的概念给予明确和细化；另一方面，可以综合考量风险及成本，考虑是否购买“设计师责任扩展条款”、“重大过失扩展条款”等，扩大保险合同的保障范围，并注意扩展条款自身的措辞完善。

在施工合同项下，一方面，熟悉保险合同可以传递的风险，对于当事人是否坚持施工合同的某些权责安排，具有重要影响；另一方面，除工程造价、工期、质量、安全等常规的权利义务分配外，保险合同的免责事由以及易生争议的事项，同样需要在施工合同的风险分配中考虑并积极消化，以避免风险分配无法闭环。

4.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（三）》第二十五条规定：“被保险人的损失系由承保事故或者非承保事故、免责事由造成难以确定，当事人请求保险人给付保险金的，人民法院可以按照相应比例予以支持。”

## 第六部分\

### 定损衔接：损失补偿与清单金额

损失补偿原则是保险合同的基本原则之一，也是保险赔付逻辑链“定因→定责→定损”的终极环节，涉及保险标的实际损失的定性及定量计算。

工程一切险项下，保险人对保险标的损失的补偿方式，一般有三种：①支付赔偿款；②修复受损项目；③重置受损项目。其中，第一种方式的采用更为广泛。

关于赔偿金额的确定程序，因损失的范围及金额涉及工程、保险、造价等专业知识，与工程领域造价咨询机构类似，保险领域的保险公估机构担任“定损”的重要角色，且被认为具有一定的独立性和公正性，在司法程序中如果现场查勘的条件已不具备，保险公估机构的意见往往成为决定案件走向的关键证据。因此，保险事故发生后，保险人与被保险人如果能够共同委托公估机构对事故和损失进行评估和鉴定，能够大大降低争议发生的可能。实务中，为避免公估机构的选择达不成一致，也不乏在保险合同中提前约定的情况。

关于赔偿金额的确定方式，保险合同中一般都会载明。以《建筑工程一切险条款（2009版）》为例，根据物质损失的赔偿处理条款：

(1) **部分损失且可以修复**：赔偿金额 = 将保险财产修复至其基本恢复受损前状态的费用 - 保险标的残余价值。

(2) **全部损失或推定全损**：赔偿金额 = 保险财产损失前的实际价值 - 保险标的残余价值。

其中，“修复费用”、“实际价值”及“残余价值”的确定，可能会适用或参考施工合同项下的工程量清单，特别是保险合同当事人将相关清单作为保险价值构成纳入保险合同时。根据《保险法》规定，保险标的发生损失时，以保险价值是否在保险合同中载明而区分：①已约定的，以“约定的保险价值”为赔偿计算标准；②未约定的，以“保险事故发生时保险标的实际价值”为赔偿计算标准。

但是，值得关注的是，工程量清单往往是工程开工前相关人、材、机等要素的价格，工程的推进伴随着市场价格的波动，保险事故发生后，如果相关要素的价格已大幅上涨，仍按照清单价格去确定修复费用或受损前的实际价值，往往并不能完全弥补损失。因此，在已约定保险价值的情况下，事故发生时的市场价格在何种机制下能够启用，需要在保险合同中考虑并给予细化。

实务中，赔偿金额是否包括措施项目；如包括，如何计算措施项目的价值，常常成为定



损的争议焦点之一。主要原因在于：清单中措施项目的列项及特征描述往往是非常粗略的，各方对措施项目的范围及计费方式往往存在不同理解。

例如，保险实践中，“措施项目”常容易与“施工用机具、设备、机械装置”混淆。在（2018）川18民终242号案中，保险标的为某桥梁工程，保险合同中附有工程量清单予以明确，法院认为，保险人应当在桥梁工程的工程量清单范围内承担保险责任，报损项目中，“水泵、电镐、铜电缆、柴油发电机、柴油、木材、施工电线、便道、架管、扣件、钢模板、顶托、圆柱钢模、钢棒、楔铁、工字钢、防撞墙钢模、冰柜”未在清单中体现，且均属于“施工机具、设备、机械装置”，不属于保险范围，故不应得到赔付；但是，在工程领域，一般会将“架管、扣件、钢模板”等作为措施项目处



理。在（2020）吉民申117号案中，保险标的为某公路工程，保障项目为物质损失工程承包价，施工机具设备保险投保单为空白，法院认为，被保险人主张的“拉森钢板桩、异形模板”属于施工机具设备，并非保险标的及保险金赔偿范围。因此，保险合同中如果附有清单，需要对措施项目的范围、费用等给予细化，以避免理解差异导致无法获得赔付。

此外，在措施项目费包干的情况下，一旦保险标的存在残余价值，残值中是否包含措施项目费、如何分拆受损部分与残值部分的措施项目费、不同的措施项目是否有不同的处理方式（例如，安全文明施工费的费用处理），诸此种种，都会导致措施项目费用核算的争议。对此，在保险业形成统一的适用规则前，我们建议相关单位在保险购置时提前考虑，并尽可能与保险人达成共识。

## 第七部分\

### 联动机制：风险联动与金额联动

对于工程一切险合同与施工合同，除上述签约阶段的条款衔接外，合同签署后，还存在“风险联动”和“金额联动”的情况，需要业主和承包商根据施工合同的履行情况，同步反馈并动态调整保险合同的相关机制。

“风险联动”是指施工合同项下的风险及其程度发生较大变化（例如，施工单位改变、遇到不利物质条件、工程发生重大变更）时，按照保险合同最大诚信原则的要求，投保人和被保险人应履行及时通知义务，避免对保险赔付及保险合同的稳定性产生不利影响。

“金额联动”是指当工程投资额或保险价值发生变化时，需要同步考虑保险金额调整及保费的追加，避免出现不足额投保带来的按比例赔付问题。

当然，随着工程一切险产品的不断升级，工程实施过程中的联动，实务中也可以通过购买相应的保险扩展条款（例如，“错误、遗漏与错误描述条款”、“保险金额及保险费调整扩展条款”等）来实现，这就需要市场主体基于丰富的工程管理经验，针对施工合同履行对保险机制的影响进行预判，并仔细甄别保险扩展条款的措辞、限制等，将未然的履约风险防患于静态的合同条款中。

## 第八部分\

### 结语

综上，工程保险，作为保险业与建筑业的交叉地带，多年来，其重要性似乎因为行业切割和专业壁垒而蒙上尘埃，本文抛砖引玉，期

待与行业主体共同探讨。笔者也希望在不远的将来，保险机构能够对工程一切险合同中易生争议的条款迭代优化；建设工程各参建单位能够重视保险合同及施工合同中保险条款的审查，充分关注二者的关联与衔接，将工程保险这一沧海遗珠，真正纳入工程全过程管理的重要一环。 ☞



张炯  
合伙人  
公司业务部  
北京办公室  
+86 10 5957 2223  
zhangjiong@zhonglun.com



# 从标准制定组织政策之视角观标准必要专利的披露与证明义务——《关于标准必要专利领域的反垄断指南（征求意见稿）》系列分析（一）

作者：吴鹏 方建伟 龙睿 侯初晨





近年来，随着移动通信、物联网、多媒体应用等行业的迅速发展，以及我国知识产权领域反垄断制度体系的不断完善，涉标准必要专利领域的反垄断问题成为我国反垄断法的前沿与热点问题。2023年8月1日，《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》正式施行。此外，国家市场监督管理总局于6月30日发布《关于标准必要专利领域的反垄断指南（征求意见稿）》（“征求意见稿”），向社会公开征求立法建议。

征求意见稿的发布对进一步细化我国涉标准必要专利反垄断规则，推动知识产权与标准化协同发展具有重要意义。经学习、研究征求意见稿相关条款，并基于我们对标准必要专利（“SEP”）反垄断领域立法、执法和司法实践的理解，以及结合我们此前代理若干涉标准必要专利重大案件的办案经验，我们将通过系列文章对征求意见稿中部分关键条款的修订进行初步分析并提出建议，以供业界同行及广大读者参考、讨论及批评。

## 第一部分\

### 征求意见稿下，标准必要专利持有人负有极为严格的披露义务

根据征求意见稿第五条，“标准必要专利的信息披露”应当遵循如下要求：

- 参与标准制修订的专利权人或者专利申请人应按照标准制定组织规定，在标准制修订的任何阶段及时充分披露其拥有的专利，并可以披露其知悉的其他专利，同时提供相应证明材料，并对真实性负责。

- 没有参与标准制修订的专利权人或者专

利申请人可以按照标准制定组织规定，在标准制修订的任何阶段披露其拥有和知悉的专利，同时提供相应证明材料，并对真实性负责。

- 在具体个案中，专利权人未按标准制定组织规定及时充分披露专利信息，或者明确放弃专利权，但在标准颁布后向标准实施方主张专利权的情形，是认定具体行为在相关市场中是否会对市场竞争产生排除、限制影响的重要考虑因素。

基于我们对上述条款的解读，我们注意到，SEP持有人在SEP申报过程中是否遵循特定的披露要求会被明确作为判断其是否存在排



除、限制市场竞争行为的重要认定因素。

从具体规定来看，参与标准制修订的专利权人或专利申请人在SEP申报过程中，负有较重的披露义务，具体包括：

(1) **及时、充分披露**其拥有的SEP；

(2) **提供其SEP的相应证明材料**（证明事项可能主要包括SEP的有效性和必要性），**并对真实性负责**。

针对未参与标准制修订的专利权人或专利申请人而言，如其需要披露其拥有和知悉的专利，亦应当提供相应证明材料，并对真实性负责。

我们理解，该等规定可能旨在提高SEP披露的透明度与准确性，并防止专利埋伏情形的发生。然而，结合当前主要标准制定组织的相关专利披露与审查政策，以及我们在案件办理过程中对于SEP披露实践的理解，征求意见稿所规定的专利披露政策可能会超过当前SEP披



露实践之通常要求，若给专利持有人和标准制定组织施加较为沉重的负担，反而可能不利于SEP许可实践的发展。

第二部分\

## 主要标准制定组织的标准必要专利披露政策梳理

标准制定组织的专利政策往往是行业惯例的体现，亦是大量专利持有人开展专利披露和许可声明活动的最主要指引。通过对主要标准制定组织的SEP政策进行梳理和分析，可以了解当前专利披露的惯常实践与行业普遍认知。

### 1.根据主要标准制定组织的专利披露政策，专利权人或者专利申请人在专利披露过程中，不负有提供相关证明材料及对真实性负责的义务

基于对主要标准制定组织的专利披露政策的研究，我们发现标准制定组织通常仅将专利权人或者专利申请人的披露范围限定于专利号/申请号、专利名称、专利持有人名称以及对应的标准编号和标准名称等基本信息，而未要求其提供相关证明材料及对材料的真实性负责。主要标准制定组织的相关专利披露政策总结如下表1：

表1：主要标准制定组织的相关专利披露政策

| 编号 | 标准制定组织及相关政策名称                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 专利披露要求                                                                                                                                                                  |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. | 欧洲电信标准协会（ETSI）：《ETSI知识产权政策》（ETSI Intellectual Property Rights Policy）及其附件“知识产权信息说明”（IPR Information Statement Annex）                                                                                                                                                                                                       | <p>专利持有人需要披露标准名称及其编号、版本号和特定内容（章节），以及专利的持有人名称、专利号、专利名称、注册国等信息。</p> <p><b>（注：专利持有人无需提供有关专利有效性、必要性的证明材料。）</b></p>                                                          |
| 2. | 国际电工委员会（IEC）、国际标准化组织（ISO）和国际电信联盟（ITU）：《ITU-T/ITU-R/ISO/IEC的通用专利政策实施指南》（Guidelines for Implementation of the Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC）及其附件2“用于ITU-T或ITU-R建议书 ISO或IEC实际成果的专利说明和使用许可声明表格”（Patent Statement and Licensing Declaration for ITU-T or ITU-R Recommendation  ISO or IEC Deliverable）           | <p>专利持有人需要披露专利持有人的名称和标准文件的类型，但仅当专利持有人不愿意按照FRAND条款和条件授予许可的情况下，专利持有人才被强制要求披露专利的状态、国家、获批专利号/申请号、专利名称以及对应的标准文件内容等信息。</p> <p><b>（注：专利持有人无需提供有关专利有效性、必要性的证明材料。）</b></p>       |
| 3. | 电气电子工程师学会（IEEE）：《必要专利权利要求保证函》（Letter of Assurance for Essential Patent Claims）                                                                                                                                                                                                                                             | <p>专利持有人需要披露其同意许可范围内的标准编号和名称，但仅当专利持有人不愿意按照FRAND条款和条件授予许可的情况下，专利持有人才被强制要求披露专利号/申请号、专利名称、权利要求描述和受许可影响的标准内容。</p> <p><b>（注：专利持有人无需提供有关专利有效性、必要性的证明材料。）</b></p>              |
| 4. | 欧洲标准化委员会（CEN）和欧洲电工标准化委员会（CENELEC）：《专利（和其他基于发明的法定知识产权）通用政策实施指南》（CEN-CENELEC Guidelines for Implementation of the Common Policy on Patents (and other statutory intellectual property rights based on inventions)）及其附件2“欧洲标准化委员会和欧洲电工标准化委员会交付物的说明与许可声明”（Statement and Licensing Declaration for CEN and CENELEC Deliverable） | <p>专利持有人需要披露专利持有人的名称以及对应的交付文件的类型、编号、名称以及相关条款，但仅当专利持有人不愿意按照FRAND条款和条件授予许可的情况下，专利持有人才被强制要求披露专利号/申请号、受影响的文件内容以及相关权利要求的描述。</p> <p><b>（注：专利持有人无需提供有关专利有效性、必要性的证明材料。）</b></p> |

## 2.标准制定组织本身不会对专利权人或专利申请人披露专利的有效性和必要性进行审查

根据主要标准制定组织的专利审查相关政策，标准制定组织本身不会对专利权人或专利申请人披露专利的有效性和必要性进行审查，

亦不要求专利权人或专利申请人对其披露专利的有效性和必要性进行证明。此外，标准制定组织的秘书处通常也不具备开展该等专利审查的专业知识。主要标准制定组织的相关专利审查政策总结如下表2：

表2：主要标准制定组织的相关专利审查政策

| 编号 | 标准制定组织及相关政策名称                                                                                                                              | 专利审查要求                                                                                                                                                                                                                   |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. | 欧洲电信标准协会（ETSI）：《知识产权指南》（Guide on Intellectual Property Rights）                                                                             | 第3.1.2条规定：<br>“需要注意，ETSI知识产权在线数据库提供的信息以收到的信息为基础，即：<br>- ETSI没有检查信息的有效性，也没有检查所识别的专利/专利申请与ETSI标准的相关性，也不能确认或否认实际上这些是必要或潜在必要专利/专利应用；<br>- ETSI没有进行任何调查或知识产权搜索，因此，不能保证是否存在是或可能成为必要的其他知识产权；……” <sup>1</sup>                    |
| 2. | 国际电工委员会、国际标准化组织和国际电信联盟：《ITU-T/ITU-R/ISO/IEC的通用专利政策实施指南》（Guidelines for Implementation of the Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC） | 第1条规定：<br>……<br><b>这些组织不应参与评估建议书 实际成果所涉专利的关联性或必要性，不应干涉许可谈判，也不应参与解决专利纠纷；这应一如既往地留待有关各方去解决。</b> <sup>2</sup><br>第5条规定：<br>……预计技术机构的讨论包括将专利材料纳入建议书 实际成果的审议工作，但是技术机构可能 <b>不会就任何主张的专利的必要性、范围、有效性</b> 或具体许可条款表明立场。 <sup>3</sup> |
| 3. | 电气电子工程师学会（IEEE）：《IEEE标准委员会章程》                                                                                                              | 第6.2条规定：<br>……<br><b>IEEE不负责：1. 识别可能需要许可的必要专利权利要求；2. 确定专利权利要求的有效性、必要性或其解释。</b> <sup>4</sup>                                                                                                                              |

1. "It is important to note that the ETSI IPR online database provides data that is based on the information received, i.e.:

- ETSI has not checked the validity of the information, nor the relevance of the identified patents/patent applications to the ETSI standards and cannot confirm, or deny, that the patents/patent applications are, in fact, essential, or potentially essential;

- no investigation or IPR searches have been carried out by ETSI and therefore, no guarantee can be given concerning the existence of other IPRs which are, or may become, essential;..."

2. "...The Organizations should not be involved in evaluating patent relevance or essentiality with regards to Recommendations | Deliverables, interfere with licensing negotiations, or engage in settling disputes on Patents; this should be left - as in the past - to the parties concerned."

3. "It is expected that discussions in Technical Bodies will include consideration of including patented material in a Recommendation | Deliverable, however the Technical Bodies may not take position regarding the essentiality, scope, validity or specific licensing terms of any claimed Patents."

4. "...The IEEE is not responsible for 1. Identifying Essential Patent Claims for which a license may be required; 2. Determining the validity, essentiality, or interpretation of Patent Claims; ..."

### 3.标准制定组织不要求专利权人或专利申请人主动进行专利检索

根据主要标准制定组织的知识产权政策的

规定，专利权人或专利申请人并不负有主动进行专利检索以识别SEP的义务。主要标准制定组织有关专利检索的相关规定总结如下表3：

表3：主要标准制定组织的相关专利检索政策

| 编号 | 标准制定组织及相关政策名称                                                                                                                                                                                                    | 专利检索要求                                                                                                                                       |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. | 欧洲电信标准协会（ETSI）：《ETSI知识产权政策》（ETSI Intellectual Property Rights Policy）                                                                                                                                            | 第4.2条规定：<br>然而，上述第4.1条项下的义务并不意味着成员负有开展知识产权检索的任何义务。 <sup>5</sup>                                                                              |
| 2. | 国际电工委员会（IEC）、国际标准化组织（ISO）和国际电信联盟（ITU）：《ITU-T/ITU-R/ISO/IEC的通用专利政策实施指南》（Guidelines for Implementation of the Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC）                                                        | 第3条规定：<br>.....本文使用的“从一开始”一词意味着应在编制建议书 实际成果期间尽早披露此类信息。在推出第一份案文草案时可能做不到这一点，因为此时的案文可能仍然过于含混，尚需后续的重大修改。此外，该信息应本着善意尽力提供，但不要求进行专利检索。 <sup>6</sup> |
| 3. | 电气电子工程师学会（IEEE）：《必要专利权利要求保证函》（Letter of Assurance for Essential Patent Claims）                                                                                                                                   | D节备注部分规定：<br>本函任何内容均不应被解释为产生专利检索的义务。 <sup>7</sup>                                                                                            |
| 4. | 欧洲标准化委员会（CEN）和欧洲电工标准化委员会（CENELEC）：《专利（和其他基于发明的法定知识产权）通用政策实施指南》（CEN-CENELEC Guidelines for Implementation of the Common Policy on Patents (and other statutory intellectual property rights based on inventions)） | 第3条第3段规定：<br>有关必要专利的信息应当基于善意尽力提供，但没有知识产权检索的要求。 <sup>8</sup>                                                                                  |

5."The obligations pursuant to Clause 4.1 above do however not imply any obligation on MEMBERS to conduct IPR searches."

6."In this context, the words "from the outset" imply that such information should be disclosed as early as possible during the development of the Recommendation | Deliverable. This might not be possible when the first draft text appears since at this time, the text might be still too vague or subject to subsequent major modifications. Moreover, that information should be provided in good faith and on a best effort basis, but there is no requirement for patent searches."

7."Nothing in this Letter of Assurance shall be interpreted as giving rise to a duty to conduct a patent search."

8."Information on essential patents should be provided in good faith and on a best effort basis, but there is no requirement for patent searches."



### 第三部分\

## 专利披露义务过重可能引发的问题

根据前述标准制定组织的SEP相关政策，我们理解，当前主要标准制定组织往往并不要求专利持有人对专利进行主动检索，或在专利披露过程中提供相关证明材料及对材料真实性负责。此外，标准制定组织本身亦不会对专利持有人披露专利的充分性、有效性和针对标准的必要性进行审查。

因此，如果要求专利权人或专利申请人提供证明材料，甚或要求标准制定组织对该等证明材料进行一定程度的审核，这可能既不符合当前标准制定组织的现行实践，也与主要标准制定组织的政策相悖，亦将可能打破专利持有人的合理预期，并增加标准制定组织对于证明材料的披露和审查负担。

其次，从实操难度来看，SEP的识别和披露通常需要经历一个较长的周期，在我们所办理的案件中，专利持有人内部往往需要完成一系列严密和谨慎的审核流程。在专利持有人拥有大量专利的情况下，要求专利持有人充分审查和披露所有的SEP不具有实践可行性，并将对专利持有人施加过重的检索和审核负担。

此外，由于专利申请行为会受到标准制修订过程的直接影响，专利申请人难以完全确保

专利的有效性以及对标准的必要性，因此要求专利申请人在标准制修订过程中充分披露SEP、并提供相关证明材料存在较大的实践可行性障碍。正如北京市高级人民法院课题报告《标准必要专利诉讼案件法律问题与对策探析研究报告》所述，“随着标准制定进程的不断推进，标准组织中技术方案不断被通过或否决，标准的方向越来越明晰，专利申请人需要根据技术方案的情况确定出涉及通过的技术方案的专利申请作为重点专利，并根据重点专利的审查情况进行权利要求的修改等。由此决定了一项标准必要专利的产出，除技术方案本身外，还受到标准制定中的博弈过程、权利要求的撰写、专利申请的审查质量等因素的直接影响……因此，多数标准化组织不仅不承担确认披露的专利信息完整、准确的义务，也不苛责相关专利人承担这样的担保义务。”

在某移动通信公司与某移动通信公司等侵害发明专利权纠纷（“H案”）一案中，深圳市中级人民法院亦曾指出，“由于需要耗费巨大的人力、物力和财力，要对标准化组织中所有会员所声明的标准必要专利的必要性进行评判，在事实上是无法做到的，所以国际上没有任何一个机构或组织，能够对标准化组织中所有会员所声明的标准必要专利的必要性进行准确评判。”

最后，从当前多个技术领域内SEP的披露

趋势以及中国企业日益提升的实力来看，要求专利持有人充分披露各项SEP并提供证明材料，可能导致专利披露和标准制修订的效率整体下降，亦不利于中国企业提升科技与创新地位。

根据中国信通院最新发布的《全球5G标准必要专利及标准提案研究报告（2023年）》，“5G标准必要专利的年度声明量呈现逐年攀升的态势，截至2022年12月31日，全球声明的5G标准必要专利超过8.49万件，有效全球专利族超过6.04万项。随着5G Rel-17标准的冻结以及Rel-18标准制定工作的开展，预计未来5G标准必要专利的声明数量仍会继续增长。”<sup>9</sup>而有效全球专利族数量排名前十位的企业依次是华为、高通、三星、中兴、LG、诺基亚、爱立信、大唐、OPPO和小米，<sup>10</sup>足以见中国企业在标准必要专利领域的强劲实力。

因此，考虑到目前专利权人或专利申请人可能需要向标准制定组织披露大量专利，且越来越多的中国企业在逐步从标准实施人转变为专利权人，或是兼具两种身份，要求专利持有人充分披露其拥有的SEP，并对各项专利的有效性、必要性提供证明材料，将会对其施加过重的专利披露负担，且并不利于标准的推广和实施。

基于上述对于标准制定组织政策之分析，并结合我们对于SEP披露实践之理解，我们建议征求意见稿第五条可参照欧洲电信标准协会（ETSI）的知识产权政策，考虑修改相关表述，删除有关要求专利权人或专利申请人“充分”披露SEP、提供相关证明材料并对其真实性负责的规定，或者明确规定专利权人或专利申请人对于SEP的披露要求应与相应的标准制定组织的要求保持一致。<sup>11</sup>

张津剑、陈霖、江佳颖、陈晨对本文亦有贡献。



吴鹏  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2002  
wupeng@zhonglun.com、



方建伟  
合伙人  
合规与政府监管部  
上海办公室  
+86 21 6061 3180  
jfang@zhonglun.com

9. <http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/ztbg/202304/P020230421528385442774.pdf>  
10. <http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/ztbg/202304/P020230421528385442774.pdf>



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、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。