



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

2019 年第 2 期（总第 142 期）

新法評述

- 1、 内地与香港相互认可和执行民商事案件判决新安排述评
- 2、 银行间市场熊猫债新规解读之二：一文看懂境外非金融企业发行债务融资工具新指引
- 3、 诚实信用地提起专利诉讼——从“上海破获敲诈拟上市公司案”说起

新法评述

1、内地与香港相互认可和执行民商事案件判决新安排述评

作者：廖荣华 | 陈宝仪 | 林春耀 | 李健堃 | 叶俊鑫

2019年1月18日，最高人民法院和香港特别行政区律政司签署《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》（“《新安排》”）。最高人民法院研究室负责人就此进行了公开答记者问，认为这是“内地与香港商签的第六项司法协助安排，也是覆盖面最广、意义最为重大的一项安排”，“旨在建立内地与香港特区法院相互认可和执行民商事案件判决的制度性安排，实现两地民商事案件判决的异地‘流通’”，“本安排签署后，加上之前已经签署的婚姻家庭安排¹，两地法院90%左右的民商事案件判决将有望得到相互认可和执行”，“标志着两地民商事领域司法协助基本全覆盖的目标终于达成”。由此，《新安排》的签署可以说是我国跨境诉讼领域又一里程碑事件，值得业界高度关注和研究。

本文结合《新安排》的主要条款，对《新安排》确立的两地相互认可和执行民商事判决的这一制度性安排进行梳理解读，供法律实务界参考，亦期待与业界交流探讨。

一、《新安排》的适用范围

根据《新安排》第1条和第2条规定，所有依据内地和香港特别行政区法律均属于民商事性质的案件的生效判决，包括刑事案件中有关民事赔偿的生效判决，均可根据《新安排》在两地申请相互认可和执行。不仅如此，相互认可和执行的判决内容同时包括金钱判项和非金钱判项（第16条第1款）。而在此之前，依据2008年8月1日生效的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》（“《旧安排》”），只有“在具有书面管辖协议的民商事案件中作出的须支付款项”的判决才可在两地申请相互认可和执行。

《新安排》适用的“判决”，在内地指判决、裁定、调解书、支付令，但不包括保全裁定，在香港指判决、命令、判令、讼费评定证明书，但不包括禁诉令、临时济助命令（第4条第1款）。“生效判决”在内地指第二审判决、依法不准上诉或者超过法定期限没有上诉的第一审判决以及依照审判监督程序作出的判决，在香港指终审法院、高等法院上诉法庭及原讼法庭、区域法院以及劳资审裁处、土地审裁处、小额钱债审裁处、竞争事务审裁处作出的已经发生法律效力效力的判决（第4条第2款）。

二、《新安排》明确排除适用的判决

根据第3条规定，以下民商事案件判决暂不能根据《新安排》在两地申请相互认可和执行：

¹ 指两地在2017年6月20日签署的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》（“《婚姻家庭安排》”）。

- (1) 内地法院审理的赡养、扶养、解除收养关系、成年人监护权、离婚后损害责任、同居关系析产案件，香港法院审理的裁判分居案件；
- (2) 继承案件、遗产管理或分配案件；
- (3) 内地法院审理的有关发明专利、实用新型专利侵权的案件，香港法院审理的有关标准专利（包括原授专利）、短期专利侵权的案件，内地与香港法院审理的有关确认标准必要专利许可费率的案件，以及有关本安排第 5 条²未规定的知识产权案件；
- (4) 海洋环境污染、海事索赔责任限制、共同海损、紧急拖航和救助、船舶优先权、海上旅客运输案件；
- (5) 破产（清盘）案件；
- (6) 确定选民资格、宣告自然人失踪或者死亡、认定自然人限制或者无民事行为能力的案件；
- (7) 确认仲裁协议效力、撤销仲裁裁决案件；
- (8) 认可和执行其他国家和地区判决、仲裁裁决的案件。

根据最高人民法院研究室负责人的解释，上述案件判决被排除在相互认可和执行范围之外，“有的是因为在对方地域没有同种类型的案件，缺乏互认的基础；有的是因为双方相关领域的法律制度存在重大差异，如何解决其互认和执行问题，需要进行专门的磋商……[还]有些类型的判决只是暂时不纳入互认和执行的范围，下一步还会根据实际需要，进行专门磋商。比如，双方实际已就跨境破产协助问题进行磋商。”同时“在司法实践中，这些案件……只占民商事案件的很少一部分。”

除前述八类判决外，如前述，《新安排》暂时也不适用于内地法院做出的保全裁定和香港法院做出的禁诉令、临时济助命令（第 4 条）。

三、《新安排》对可获认可和执行的民商事案件判决内容的限制

根据第 16 条第 2 款规定，判决中的惩罚性赔偿部分原则上不予认可和执行。

但《新安排》对知识产权侵权等案件做了例外规定。根据《新安排》第 17 条第 1 款规定，对于知识产权侵权纠纷案件以及内地法院审理的《反不正当竞争法》第 6 条³规定的反不正当竞争纠纷民事案件、香港法院审理的假冒纠纷案件中根据原审法院地发生的侵权行为所确定的金钱判项，相互认可和执行的范围包括惩罚性赔偿部分。同时，对于商业秘密侵权纠纷案件的判决，相互认可和执行的范围也包括惩罚性赔偿部分（第 17 条第 2 款）。

除上述限制外，相互认可和执行的财产给付范围还不包括税收和罚款（第 18 条第 1 款），此外，对于原审法院就知识产权有效性、是否成立或者存在作出的判项，被请求方法院也不予认可和执行（第 15 条）。

² 《新安排》第 5 条：“本安排所称‘知识产权’是指《与贸易有关的知识产权协定》第一条第二款规定的知识产权，以及《中华人民共和国民法总则》第一百二十三条第二款第七项、香港《植物品种保护条例》规定的权利人就植物新品种享有的知识产权。”

³ 《反不正当竞争法》第 6 条规定：“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。”

四、申请程序

（一） 管辖法院

根据《新安排》，申请人在内地申请认可和执行《新安排》规定判决的管辖法院包括“申请人住所地或者被申请人住所地、财产所在地的中级人民法院”（第7条第1款第1项），在香港申请认可和执行《新安排》规定判决的管辖法院为香港高等法院（第7条第1款第2项）。

值得注意的是，《新安排》规定在内地申请认可和执行规定判决时，申请人住所地的中级人民法院具有管辖权。而此前的《旧安排》仅规定被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院具有管辖权。这一变化为内地申请人提供了便利，因为在原来规定下，如果被申请人在内地没有住所地，申请人又暂时无法提供被申请人财产线索，申请人可能无法在内地法院启动认可和执行程序并借助于法院来追查被申请人在内地可供执行的财产。

此外，申请人根据《新安排》向内地或香港有管辖权法院申请认可和执行有关判决，不影响申请人同时向原审法院地有管辖权法院对该等判决申请执行。但在此情况下，两地法院应根据对方法院的要求相互提供本方执行判决的情况，并保证两地法院执行财产的总额不超过判决确定的数额（第21条）。

（二） 申请材料

根据第8条规定，申请认可和执行《新安排》规定判决，申请人应当向有管辖权法院提交下列材料：

- （1） 申请书，应载明当事人基本情况、请求事项和理由、被申请人财产状况和财产所在地、判决在其他法院执行情况等内容（第9条）。
- （2） 经作出生效判决的法院盖章的判决副本。
- （3） 作出生效判决的法院出具的证明书，证明该判决属于生效判决，判决有执行内容的，还应当证明在原审法院地可以执行。
- （4） 判决为缺席判决的，应当提交已经合法传唤当事人的证明文件，但判决已经对此予以说明或者缺席方提出认可和执行申请的除外。
- （5） 身份证明材料。如果是在被请求方境外形成的，应当依据被请求方法律规定办理证明手续。但境外形成的其他申请材料不需要办理证明手续。

（三） 申请期限

与《旧安排》不同的是，《新安排》不再概括规定“申请人申请认可和执行的期间为二年”，而是规定“申请认可和执行判决的期间、程序和方式，应当依据被请求方法律的规定”（第10条）。

一方面，《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》第551条规定，内地法院审理涉及香港的民事诉讼案件，可参照适用涉外民事诉讼程序的特别规定。第547条规定，“当事人申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定或者外国仲裁裁决的期间，适用民事诉讼法第二百三十九条的规定（即‘申请执行的期间为二年……从法律文书规定履行期间的最后一日起计算……法律文书未规定履行期间的，从法律文书生效之日起计算’）。”据此，申请人在内地申请认可和执行香港法院判决的期限应当为两年。

另一方面，申请人在香港申请认可和执行内地法院判决，现行的法律依据是《内地判决（交互强制执行）条例》（第 597 章）（“《内地判决执行条例》”）。由于《内地判决执行条例》是香港为了执行《旧安排》而订立的本地立法，因此其基于《旧安排》规定了“申请登记内地判决的期限为 2 年”（《内地判决执行条例》第 7 条第 2 款）。在《新安排》签署之后，香港需要对《内地判决执行条例》作出相应的修改，或者订立新的立法，申请认可和执行内地法院判决的期限有可能仍然保持为两年，但也不排除比照类似法律⁴，对申请期限作出放宽的可能性。

（四） 财产保全或强制措施

《新安排》第 24 条规定，被请求方法院在受理申请之前或者之后，可以依据被请求方法律规定采取保全或者强制措施。根据这一规定，申请人在向内地法院申请认可和执行香港法院判决时，可同时向内地法院申请对被申请人的财产采取保全措施；申请人在向香港高等法院申请认可和执行内地判决时，亦可以向香港高等法院申请对被申请人的财产采取保全措施。

五、 审查程序

（一） 审查标准

依据《新安排》，生效判决获认可和执行需满足如下条件：

- （1） **原审法院须对有关诉讼具有管辖权。**如果被请求方法院审查认为原审法院对有关诉讼不具有管辖权，将不予认可和执行原审法院做出的判决（第 12 条第 1 款第 1 项）。

根据《新安排》第 11 条的规定，如果有关诉讼符合下列情形之一、且依据被请求方法律该等诉讼不属于被请求方法院专属管辖，则被请求方法院应当认定原审法院对该等诉讼具有管辖权：

- 原审法院受理案件时，被告住所地在该方境内；
- 原审法院受理案件时，被告在该方境内设有不属于独立法人的分支机构，且诉讼请求是基于该机构的活动；
- 因合同纠纷提起的诉讼，合同履行地在该方境内；
- 因侵权行为提起的诉讼，侵权行为实施地在该方境内；
- 合同纠纷或者其他财产权益纠纷的当事人以书面形式约定由原审法院地管辖，但各方当事人住所地均在被请求方境内的，原审法院地应系合同履行地、合同签订地、标的物所在地等与争议有实际联系地；
- 当事人未对原审法院提出管辖权异议并应诉答辩，但各方当事人住所地均在被请求方境内的，原审法院地应系合同履行地、合同签订地、标的物所在地等与争议有实际联系地。

对于知识产权侵权纠纷案件以及内地法院审理的《反不正当竞争法》第 6 条规定的不正当竞争纠纷民事案件、香港法院审理的假冒纠纷案件，除满足前述侵权行为实施地条件外，还必须

⁴ 香港《外地判决(交互强制执行)条例》(第 319 章)第 4 条第 1 款规定向香港法院申请承认和执行外地判决的期限为该外地判决日期的 6 年之内。

涉案知识产权权利、权益在原审法院境内是依法应予保护的，才应当认定原审法院具有管辖权（第 11 条第 3 款）。

对于不满足前述规定的管辖权条件的诉讼，如果被请求方法院认为原审法院对于有关诉讼的管辖符合被请求方法律规定的，也可以认定原审法院具有管辖权（第 11 条第 4 款）。

- (2) **原审法院对有关诉讼的管辖不得违反当事人就同一争议订立的有效仲裁协议或者管辖协议，否则被请求方法院可不予认可和执行相关判决**（第 13 条）。值得说明的是，根据香港现有法例，违反当事人订立的有效仲裁协议或者管辖协议本属于应当不予认可和执行的情形，《新安排》为尽可能扩大互认范围，将其规定为酌定不予认可的情形。
- (3) **原审法院的判决不得存在其他重大程序瑕疵或者是因为当事人提起恶意“平行诉讼”产生的，否则原审法院的判决应当不予认可和执行**。根据《新安排》第 12 条的规定，这些瑕疵情形主要包括：
 - 依据原审法院地法律，被申请人未经合法传唤，或者未获得合理的陈述、辩论机会；
 - 判决是以欺诈方法取得的；
 - 被请求方法院受理相关诉讼后，原审法院又受理就同一争议提起的诉讼并作出判决；
 - 被请求方法院已经就同一争议作出判决，或者已经认可其他国家和地区就同一争议作出的判决；
 - 被请求方已经就同一争议作出仲裁裁决，或者已经认可其他国家和地区就同一争议作出的仲裁裁决。
- (4) **最后，原审法院的判决不得违反被请求方法院所在地的法律基本原则或者社会公共利益/政策**。如果内地法院认为认可和执行香港法院判决明显违反内地法律的基本原则或者社会公共利益，或者香港法院认为认可和执行内地法院判决明显违反香港法律的基本原则或者公共政策的，内地法院或香港法院应当不予认可和执行有关判决（第 12 条第 2 款）。

（二） 审查期限

《新安排》没有明确规定两地法院审查认可和执行生效判决申请的具体期限，仅规定“法院应当尽快审查认可和执行的申请，并作出裁定或者命令”（第 25 条）。对于在内地法院申请认可和执行香港法院生效判决的审查期限，有可能可以参考《认可和执行台湾判决规定》第 14 条规定“人民法院受理认可台湾地区法院民事判决的申请后，应当在立案之日起六个月内审结”。而对于在香港法院申请认可和执行内地法院生效判决的审查期限，目前并没有类似的期限可以参考，需要取决于具体个案的情况。

（三） 审查结果及其复议或上诉

对于申请人的认可和执行生效判决申请，被请求方法院在审查后可做出认可和执行或者不予认可和执行的裁定或者命令。被请求方法院不能认可和执行判决全部判项的，也可以认可和执行其中的部分判项（第 19 条）。

被请求方法院就认可和执行的申请作出裁定或者命令后，当事人不服的，在内地可以于裁定送达之日起十日内向上一级法院申请复议，在香港可以依据其法律规定提出上诉（第 26 条）。

（四） 审查程序的中止及其恢复或终止

在被请求方法院审查生效判决的认可和执行申请过程中，如果当事人一方在香港法院对生效判决提出上诉或者内地法院对生效判决裁定再审的，被请求方法院应当视情况中止认可和执行程序。具体而言，对于香港法院作出的生效判决，如果一方当事人已经提出上诉⁵，内地法院在审查核实后，应当中止认可和执行程序。经上诉，香港法院维持全部或者部分原判决的，内地法院应当恢复认可和执行程序；香港法院完全改变原判决的，内地法院应当终止认可和执行程序。如果内地法院就已经作出的判决裁定再审，香港法院在审查核实后，应当中止认可和执行程序。内地法院经再审维持全部或者部分原判决的，香港法院应恢复认可和执行程序；内地法院完全改变原判决的，香港法院应终止认可和执行程序（第 20 条）。

（五） 审查程序和同一争议的审理程序的冲突处理

根据《新安排》第 22 条的规定，被请求方法院在审理民商事案件期间，如果当事人申请认可和执行另一地法院就同一争议作出的判决，被请求方法院应当受理。受理后，被请求方法院对民商事案件的审理程序应当中止，待就认可和执行的申请作出裁定或者命令后，再视情况决定终止或者恢复对该民商事案件的审理程序。另一方面，在被请求方法院审查认可和执行判决申请期间，如果当事人就同一争议提起诉讼的，被请求方法院应不予受理；已经受理的，应驳回起诉（第 23 条第 1 款）。

此外，在判决全部获得认可和执行后，当事人又就同一争议提起诉讼的，法院应不予受理（第 23 条第 2 款）。判决未获得或者未全部获得认可和执行的，申请人也不得再次申请认可和执行，但可以就同一争议向被请求方法院提起诉讼（第 23 条第 3 款）。

六、《新安排》的生效以及与《旧安排》的衔接

《新安排》将在最高人民法院就此发布司法解释并由香港完成本地立法程序后，在两地同时开始生效和实施。内地与香港法院自《新安排》生效之日起作出的判决，将适用《新安排》（第 29 条第 2 款）。《旧安排》将在《新安排》生效之日废止（第 30 条第 1 款）。但《新安排》生效前，当事人已签署《旧安排》所称“书面管辖协议”的，仍适用《旧安排》（第 30 条第 2 款）。

《新安排》目前尚未生效，关于其即将生效的准确日期，我们不得而知，但类似的立法进程或许可以参考：《旧安排》于 2006 年 7 月 14 日签署，于 2008 年 8 月 1 日生效；《婚姻家庭安排》2017 年 6 月 20 日签署，目前尚未生效。

七、结语与展望

在“一带一路”倡议的大背景下，2015 年以来，两地司法协助安排商签工作进入快车道。2016 年 3 月，两地签署了《最高人民法院与香港特别行政区律政司就商谈两地民商事司法协助安排的会谈纪要》，划定了两地司法协助商签的时间表和路线图。随后分别在 2016 年 12 月签署了《关于内地与香港特别行政区法院就民商事案件相互委托提取证据的安排》、在 2017 年 6 月签署了《婚姻家庭安排》。《新安排》是两地在这一

⁵ 严格来说，在香港法下，若一方对已经发生法律效力判决提出上诉，在上诉的期间（直至该判决被上诉法院推翻），该判决不会因为上诉本身而影响效力。换言之，在被推翻之前，该香港法院的判决仍是有效且可供执行的。这有点类似于内地法院的审判监督程序。

大背景下在司法协助领域取得的一项重大突破性成果。

与此同时，对于《新安排》暂未纳入的部分协助事项，如跨境破产协助、仲裁保全协助等问题，两地将继续推进进一步协商，并有望在可预见的未来取得实质性进展。在两地司法协助领域的合作持续深化、加速的积极背景下，尽管《新安排》尚待在香港经过正式立法程序转化为本地立法、在内地转化为生效司法解释，我们有理由相信《新安排》将在不久将来在两地得到切实实施，开启两地相互认可和执行民商事案件判决的新篇章。

2、银行间市场熊猫债新规解读之二：一文看懂境外非金融企业发行债务融资工具新指引

作者：汉坤金融资管部

继中国人民银行（下称“**人民银行**”）和财政部（下称“**财政部**”）于2018年9月8日发布《全国银行间债券市场境外机构债券发行管理暂行办法》（中国人民银行、财政部公告[2018]第16号，下称“**16号文**”），为境外发行人在银行间债券市场发行熊猫债规定制度框架后，中国银行间市场交易商协会（下称“**交易商协会**”）于2019年1月17日正式公布了《境外非金融企业债务融资工具业务指引（试行）》（下称“**《业务指引》**”），对境外非金融企业在银行间市场发行债务融资工具提供具体的业务指引和操作细则。

本文意在为读者梳理和解读《业务指引》的主要内容。

一、进一步明确境外非金融企业发行熊猫债所需满足的注册发行方面要求

根据《业务指引》，境外非金融企业发行债务融资工具，其发行的注册要求以及发行方式与现有非金融企业债务融资工具规定的内容基本一致，即：境外非金融企业发行的债务融资工具同样需要在交易商协会注册；并且，境外非金融企业发行注册时也应遵守现有非金融企业债务融资工具规定（包括但不限于《非金融企业债务融资工具注册发行规则》中规定）的发行方式的要求。

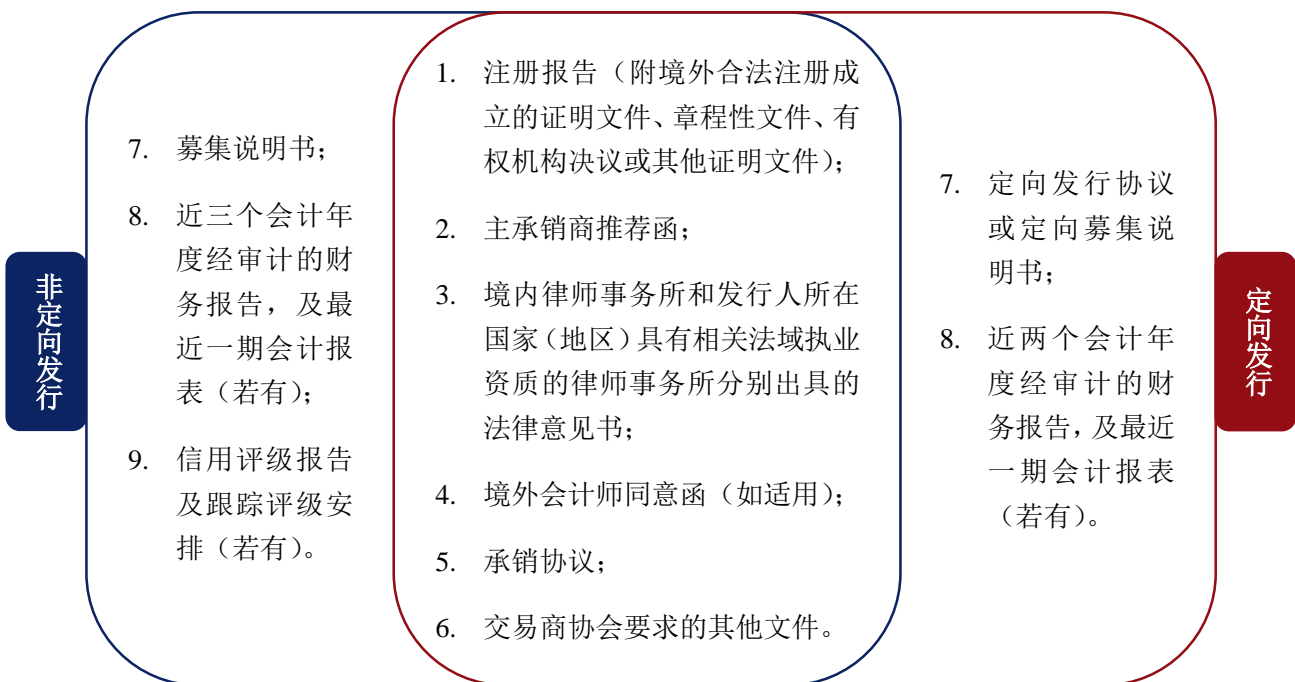
具体而言，《业务指引》进一步明确注册和发行程序要求如下：

时间节点	程序事项		
接受注册	交易商协会签发有效期为2年的《接受注册通知书》		
注册后、发行前	如境外非金融企业发生重大事项等，需进行补充信息披露或提交注册会议评议		
发行	发行（非定向）债务融资工具的 ■ 应在接受注册后12个月（含）内自主发行； ■ 12个月后发行的应事先向交易商协会备案	发行定向债务融资工具的 ■ 可在注册有效期内自主定向发行； ■ 在接受注册后12个月内（含）未发行的，12个月后首期发行应事先向交易商协会备案	超短期融资券、资产支持票据、项目收益票据等 ■ 相关债务融资工具品种另有规定的，从其规定
首期发行后的每期发行	应于每期发行文件公告前至少3个工作日，向交易商协会提交当期债务融资工具的募集资金使用计划书		

除此之外，境外非金融企业发行债务融资工具应由具备非金融企业债务融资工具相关承销业务资格的金融机构承销。特别地，《业务指引》要求：至少一家主承销商须在企业注册或主要营业国家或地区有子公司或分支机构，或有其他必要安排，以确保其具备开展尽职调查等工作的能力。

二、明确了境外非金融企业发行银行间债券市场熊猫债的注册文件要求

同样，《业务指引》中明确列明了注册文件的相关要求，不同的发行方式（包括定向发行与非定向发行）项下对注册文件的要求有相应区别：



如上图可见，两种发行方式的注册文件要求大体上是一致的（即第一项至第六项文件为两种发行方式共同要求的文件形式），仅在财务报告的披露年份和信用评级要求方面有区别。

三、明确了募集资金使用可用于境外

《业务指引》单独列明了募集资金使用的要求，明确了境外非金融企业在交易商协会发行债务融资工具所募资金用途的原则性规范，包括：

- 规定所募集的资金可根据相关法律法规及监管要求使用于中国境内或境外，这为境外非金融企业将募集资金调出境外使用提供了明确的规范性文件依据；
- 境外非金融企业发行债务融资工具募集资金账户开立、跨境划拨和信息报送等事宜应符合中国人民银行和国家外汇管理局的有关规定；
- 募集资金用途应符合相关法律法规和国家政策要求，并且需严格按募集说明书披露的资金用途执行、履行相关信息披露义务；如用途需要变更的，应履行变更程序，并至少在变更前5个工作日披露相关变更情况。

如上所述,《业务指引》明确了境外非金融企业募集资金可用于境外的规定,但在募集资金用途具体的合法合规的尺度把握、法律依据以及募集资金用途变更程序的操作层面的事宜,仍有待进一步细化。

四、针对非金融企业的财务报表提出了进一步要求

在 16 号文的基础上,《业务指引》对于境外非金融企业披露财务报表的提出了进一步要求,即,针对编制合并报表的发行主体,除其合并报表外,《业务指引》还关注其母公司财务状况的披露。具体而言,境外非金融企业编制合并财务报表的,除合并报表外,原则上还需要:

- 提交并披露母公司财务报表;或
- 披露母公司财务状况中对投资者投资决策有重要影响的内容,并在注册发行文件显著位置提示投资者。

由上可见,境外非金融企业对于财务报表的披露和审查口径更为审慎,对于编制合并财务报表的境外非金融企业,可通过披露母公司财务报表或重大财务事项,令投资者更好地了解相关发行主体的真实财务状况。

五、信息披露

16 号文针对银行间债券市场熊猫债的信息披露规则进行了详细的规定,包括真实、完整以及等同披露的原则,披露对象,相关会计准则的要求和审计要求等。而《业务指引》则是在披露的操作性事项上作出了细化规定,包括:

- 适用的披露规则。《业务指引》要求境外非金融企业应定期披露财务信息,存续期信息披露以及重大事项披露应参照《银行间债券市场非金融企业债务融资工具信息披露规则》在注册发行文件中约定;
- 披露文件的语言。《业务指引》要求如下:

非 定 向 发 行	注册发行环节 披露的文件	应当为简体中文或附中文版本
	存续期信息 披露	<p>原则上为中文;</p> <p>但是:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 如境外非金融企业以英文在其他证券市场披露《业务指引》第二十六条规定的信息(即参照《银行间债券市场非金融企业债务融资工具信息披露规则》需披露的信息),应同时或在合理最短时间在全国银行间债券市场披露英文信息,并按照注册发行文件指定的时间披露重要内容的中文版本; ■ 如如境外非金融企业以英文在其他证券市场披露《业务指引》第二十七条规定的信息(即存续期重大事项的披露),应同时或在合理最短时间在全国银行间债券市场披露英文信息,并不晚于 7 个工作日披露中文版本或摘要。

定向发行	注册发行环节	应为中文或附中文版本
	其他文件	与定向投资人约定以中文或英文披露，如无约定，参照上文提及的非定向发行存续期信息披露的规定执行。

- 增信机构的披露要求。境外信用增进机构为发行人提供信用增进的，该信用增进机构的相关信息披露比照境外发行人执行。但由境外母公司为其专司融资的全资子公司提供无条件不可撤销连带责任担保的，信息披露由交易商协会另行规定。

六、适用法律

此前，《国际开发机构人民币债券发行管理暂行办法》明确规定，国际开发机构在中国境内发行人民币债券发生违约或其他纠纷时，适用中国法律。而 16 号文并未包含任何法律适用的强制性规定。

但是，《业务指引》明确规定，境外非金融企业发行债务融资工具，相关发行及交易文件应适用中华人民共和国法律。基于该等要求，我们理解，在非金融企业发行熊猫债时，其应当遵循《业务指引》的要求，确保相关的发行交易文件（包括募集说明书、定向发行协议等）的适用法律为中国法律。

综合以上，我们理解，在 16 号文的基础上，《业务指引》进一步补充和细化了境外非金融企业在银行间债券市场发行熊猫债券的专项规定，对境外非金融企业发行熊猫债提供了重要的指导作用（特别是，针对具体的注册文件以及后续披露文件提出了具有操作意义的细则要求）。同时，从《业务指引》的内容出发，《业务指引》的一些要求基本上与现行有效的非金融企业债务融资工具的制度保持了原则性的统一，体现了境内外发行主体发行规则应尽量一致的监管思路，也便于监管机构针对境内或境外的非金融企业发行的债务融资工具进行有效的监督和管理。

同时，目前《业务指引》目前仅是试行规定，该规定在未来仍存在一定的调整空间。由于境外各法域针对公司治理的法律要求不尽相同，境外的非金融企业本身存在一定的多样性，并且境外企业（特别是英美法国家下注册成立的公司）与国内法律规制的境内企业在设立手续、注册要求、内部组织文件要求等方面均具有一定的差异，如何针对作为发行人的不同类型的境外非金融企业进行管理并提出适当性的要求，需要在后续的发行事务操作层面来进一步明确，我们也将持续关注人民银行或交易商协会等监管部门后续发布的相关规则。

3、诚实信用地提起专利诉讼——从“上海破获敲诈拟上市公司案”说起

作者：吴丽丽 | 魏小微 | 孙彦旋

2018年7月，多家媒体报道了这样一则新闻：上海市公安局破获了一起敲诈拟上市公司的案件，其中，犯罪嫌疑人涉嫌以影响企业上市为要挟，以专利诉讼为手段非法索取巨额钱财⁶。

此新闻一经播出，立即引起了社会的广泛关注和讨论。

提起专利侵权诉讼是法律赋予专利权人的合法权利，专利权人又如何会因专利侵权诉讼涉嫌“敲诈勒索”而被提起公诉呢？本文就此对几个相关问题进行探讨。

一、案情回顾

2017年3月至9月，李某在A公司处于筹划股票首次发行期间，利用其控制的甲公司，以A公司侵犯甲公司专利权为由发起专利诉讼。A公司因担心应诉影响上市进程，遂与甲公司签订“专利实施许可”协议，以人民币80万元与李某达成和解，取得了甲公司所持有或控制的所有专利权和专利申请权的授权使用。事后，李某又虚构了其此前已将甲公司名下的一件专利独家许可给乙公司（乙公司法人代表系李某弟媳高某，股东系李某弟弟和弟媳，但实际控制人仍是李某）使用的事实，李某的弟弟再次以乙公司名义对A公司提起专利侵权诉讼，期间李某安排高某向中国证监会实名举报，A公司又为此与乙公司达成和解并支付80万元。

A公司顺利上市后向警方报案，后李某等人以涉嫌敲诈勒索罪被上海警方立案侦查。2018年1月，李某及其弟被警方刑事拘留。2018年8月24日，浦东新区人民检察院向法院提起公诉，指控李某及其弟以非法占有为目的，强行索取公私财物，数额特别巨大，应以敲诈勒索罪追究其刑事责任。

2018年11月20日和12月12日，案件两次开庭审理，公诉人认为李某利用专利侵权诉讼为要挟，敲诈勒索四家公司216.3多万元，实际获利116.3万元，构成敲诈勒索罪⁷，且公诉人还提供了相关企业与李某谈判时所做录音⁸。

二、案情分析和探讨

根据刑法第274条规定的敲诈勒索罪，是指以非法占有为目的，对被害人使用威胁或要挟的方法，强行索要公私财物的行为。因此，判断是否构成敲诈勒索罪必须要判断：（1）是否以非法占有为目的（即，是否有将不属于自己所有的公私财产转归自己所有的目的）；以及（2）是否使用了威胁或要挟的方法。

⁶ 澎湃新闻记者：李佳蔚，实习生：王宇澄、陈帅奇：《上海破获敲诈拟上市公司案：囤数百“专利”再借诉讼之名勒索》，<https://tech.sina.com.cn/roll/2018-07-22/doc-ihfqtahi3931838.shtml>，最后访问时间：2019年1月5日。

⁷ 佑斌：《利用专利进行敲诈勒索案开庭审理情况》，<https://mp.weixin.qq.com/s/N9fvBDEjI6vklZuoZuor7A>，最后访问时间：2019年1月9日。

⁸ 佑斌：《利用专利“敲诈勒索”拟上市公司案第二次庭审情况》，<https://mp.weixin.qq.com/s/y4gON9Kf452VMKy5wfxyxQ>，最后访问时间：2019年1月10日。

（一） 是否以非法占有为目的

本案中犯罪嫌疑人是否存在“以非法占有为目的”的行为呢？在笔者看来，李某在与 A 公司达成第一次和解之后，再次针对 A 公司提起专利侵权诉讼并获益的行为看似“合法”，实为非法。在第一次和解时，A 公司通过与甲公司签订“专利实施许可”协议已取得了甲公司所持有或控制的所有专利权和专利申请权的授权使用，也就是说李某已经向 A 公司收取过其名下甲公司的所有专利的许可费，如果李某再通过其它类似行为从 A 公司获得财物则属于非法获益。譬如，李某虚构了一个专利独占许可协议并且倒签协议的日期，将甲公司名下的一件相关专利独家许可给李某弟弟的乙公司，串通弟弟作为独占被许可人再去利用该专利起诉 A 公司并索取许可费。李某向同一公司重复收取专利许可费，第二次许可费涉及的专利已包含在第一次和解时签订的许可协议中。由此可见李某的最终目的不是为了维护专利权，而是为了非法占有他人财物，即“以非法占有为目的”。

我们注意到，上海警方强调了以下几点：其一，起诉时间选择对方上市关键时刻；其二，在先前的专利诉讼中，专利权人在法院终审中从未胜诉过；其三，李某名下的公司无实体业务，主要营收依靠诉讼及和解费，并且专利技术含量低。然而，从这三点事实中得出涉案的专利侵权诉讼和专利许可行为以非法占有为目的，似乎值得商榷。

首先，拟上市企业不应成为免于专利侵权诉讼的对象。如果该公司确实存在专利侵权行为，就需要承担相应的法律责任。站在专利权人的角度，在保证其专利权有效的前提下，专利权人针对可能的侵权行为自由选择提起诉讼的时机完全合法。

其次，此次专利诉讼的当事人和事实均与此前不同，此前的专利诉讼均未胜诉，并不能必然推断出本案涉及的专利诉讼中的被诉侵权行为也不成立。专利侵权是否成立应经过法院的审理而做出判决，不应取决于此前的专利诉讼。

再次，虽然李某的公司属于典型的 NPE（Non-Practicing Entities，非专利实施主体）企业，其本身不生产相关产品却专门利用拥有的专利起诉他人来获取许可费或赔偿，但是专利法及相关法律均未规定专利权人只有自身实施专利才有权对他人提起专利侵权诉讼。

从另一角度来看，我国近些年不断加强知识产权保护不断提高赔偿额，企业利用专利诉讼作为支持各类商业活动的工具已经成为一种常态。在涉及企业上市的相关行政规定中，因涉及专利诉讼暂停或者终止企业上市计划的规则显然为相关当事人选择适当的起诉时机提供了空间。因此，在当前强保护高赔偿的趋势下，相关行政规定是否进行适当的修改，从而即降低公众的投资风险又有效保护上市公司的合法利益，也是值得思考的问题。

（二） 是否使用了威胁或要挟的方法

在判断犯罪嫌疑人是否采用威胁或要挟的方法时，公诉人在庭审阶段提交的谈判录音成为了辅助判断的关键证据，如果经过质证，李某等人的确存在涉及威胁、要挟和恫吓等语言，则可以进一步做实敲诈勒索罪。公诉人当庭提供了录音信息摘录，并且认为录音的内容表明专利权人李某的目的就是利用专利收费，意在钱款而非专利权上的诉求，并且在相关企业准备上市的敏感时期起诉，因此公诉人认为李某的话语具有要挟的性质⁹。

⁹ 佑斌：《利用专利“敲诈勒索”拟上市公司案第二次庭审情况》，<https://mp.weixin.qq.com/s/y4gON9Kf452VMKy5wfxyxQ>，最后访问时间：2019年1月10日。

三、对提起专利诉讼的启示

本案一经媒体报道,在企业界和法律界都引起了热烈讨论,很多观点认为应打击这种“专利流氓”行为,同时也有众多知识产权从业者以及专家学者呼吁应保障专利权人合法行使专利权的权利,且认为侵权民事纠纷应慎重认定敲诈勒索罪。

值得注意的是,2019年开年人大常委公布的专利法修改中,特意加入了诚实信用的原则,要求专利权人诚实信用地行使权利,从而从法律的角度固定了专利权人行使权利时所应尽的义务。

本案中敲诈勒索罪是否成立,我们还要等待法院的进一步审理和判决。另一方面,作为掌握着有效专利并希望行使专利权的专利权人,为了避免涉嫌“敲诈勒索”,应注意以下问题:

首先,在提示潜在侵权人的行为并协商专利许可的过程中,应注意律师函以及专利许可合同中所要求的许可费或起诉状中要求的赔偿有法可依。例如,专利权人应确保涉案专利均处于有效状态,以及避免重复索要许可费等明显违法的行为。

此外,无论是书面还是口头提示对方侵犯专利权并提出对许可的邀请或许可费的要求,都应注意措辞应指向维护专利权人的合法权益,不应带有威胁或要挟的语气。

综上,专利权人应掌握好“依法行使权利”与“敲诈勒索”之间的界限,合理地维护自身的合法权益。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

北京 金文玉 律师：

电话： +86-10-8525 5557

Email: wenyu.jin@hankunlaw.com

上海 曹银石 律师：

电话： +86-21-6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳 王哲 律师：

电话： +86-755-3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com

香港 陈达飞 律师：

电话： +852-2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com
