

生命科学行业 License-in/out 合同争议要点分析（四）：首付款是否可能退回？

作者：孙伟 | 顾泱 | 赵宇先 | 黄缤乐 | 于逢祺 | 郭益涛¹

在 License-in/out 交易中，最为核心的条款之一是许可方与被许可方之间的许可费安排，也即财务条款。在一个惯常的 License-in/out 交易中，许可协议通常约定许可费分为三个部分：首付款（Upfront Payment）、里程碑付款（Milestone Payment）以及上市后销售分成或特许权使用费（Royalty Payment）。其中，首付款是相对确定的支付款项，也是双方达成合作的基石之一。

从许可方的角度，首付款往往是一笔稳定、直观、立竿见影的交易对价。然而，随着 License-in/out 交易的模式普及化，被许可方在支出高额的首付款后，却出现了越来越多许可方所授予的技术、后续研发进程等不符合协议约定或未达被许可方的商业预期的情况。因此实践中 License-in/out 交易在首付款阶段即已产生争议；此时，被许可方希望通过主张许可方未充分履行协议义务、存在不实陈述或许可协议目的无法实现等原因而要求退还首付款。在当前全球生物医药 License-in/out 交易愈发频繁、生物医药技术研发与创新活动愈发活跃的背景下，首付款的退款争议或成为 License-in/out 交易双方需要审慎评估的交易风险。

一、首付款（Upfront Payment）条款的惯常争议情形

一份生物医药许可协议通常约定在协议签署后立刻或在特定期限内，被许可方应当向许可方支付一定金额的首付款。从商业目的而言，首付款对于被许可方是对许可方前期技术研发投入和价值的认可，对于许可方是其通过对外许可变现，获得对公司和后续管线研发进程的即时的资金支持。

根据生物医药技术本身商业化潜能、技术稀缺性、许可方谈判地位的不同，首付款金额占整体固定和潜在的许可费的比重也存在较大差异，部分重大的 License-in/out 交易中首付款金额甚至已经高达上亿甚至十亿美元。很多合同甚至明确约定该笔首付款是不可退还的（non-refundable）。就首付款产生的争议通常发生在以下情形中：

（一）因被许可方的原因付款违约

因 License-in/out 交易对价需要体现许可方在许可技术中投入的大量成本以及形成的价值，License-in/out 交易金额通常较高，这对被许可方的财务状况和付款能力提出了一定要求。在全球经济波动的大环境下，一旦被许可方出现经营障碍、资金链断裂等影响其支付能力的情形，则可能造成无法按协议约

¹ 实习生赵凌云和阮思齐对本文的写作亦有贡献。

定的时间支付首付款，从而构成违约。

（二）被许可方主张许可方陈述不实或违约

License-in/out 的交易中最为核心的资产即为许可方的许可技术，一旦该许可技术在后续临床试验阶段或是商业化上市阶段未按预期完成知识产权注册、临床试验申请、监管注册或批准等，被许可方可能主张许可方违反陈述保证内容、或是追究许可方存在协议违约从而主张退还已支付的首付款。

（三）情势变更导致合同履行不再符合商业预期

随着全球经济转型，越来越多的生物医药领域公司关注技术研发和创新，从而导致生物医药技术研发领域“百舸争流”的现状，以至于出现当前“一枝独秀”的生物医药技术在一段时间后就“泯然众人矣”的尴尬局面。一旦许可技术丧失市场独占地位或不再具有前沿性和独特性，被许可方就不再具有动力支付高额的费用。同时，考虑到全球多边局势不稳、贸易冲突加剧，许可合同的履行也需要受制于政治局势的变化。此时，被许可方可能主张发生情势变更、合同目的无法实现等原因要求酌情修改许可费用金额甚至解除合同以退还首付款。

（四）因被许可方判定先决条件未成就而拒绝支付

由于法规和商业安排原因，部分 License-in/out 交易可能针对全部或部分首付款的支付约定有先决条件，例如许可协议的生效受限于反垄断监管部门的批准，或者双方约定部分首付款的支付受限于技术转移的完成。被许可方可能主张支付条件未成就期间许可方存在违反陈述和保证行为，或因许可方的原因导致支付条件未成就等，从而拒绝在约定的时间支付首付款。

二、首付款不可退还（non-refundable）的挑战

本节主要讨论，针对明确约定不可退还（non-refundable）的首付款，被许可方是否安全没有机会主张退还？

（一）以后续违约行为主张首付款退还：原则上较难成功

虽然合作方存在合同违约（通常包括合作方违反勤勉义务、开展活动不合规等情况）为最常见的主张退还首付款的理由，但是实践中成功借此主张实现首付款退还的案例鲜有发生。例如：

2021 年，A 公司与 B 公司签署了一项备受关注的合作协议，B 公司获得在特定区域联合开发及独家商业化某创新药物的权利，并向 A 公司支付了数千万美元的约定不可退还首付款。协议中还设定了后续的里程碑付款及销售提成机制。

然而，2023 年，B 公司以 A 公司对产品的上市进程违反协议约定为由要求 A 公司返还首付款，并向仲裁机构提出财产保全申请，引发业内高度关注。

2024 年初，仲裁庭作出终局裁决，驳回了 B 公司全部索赔请求。此案虽未公开具体条款细节，但仲裁结果传递出明确信号：**在缺乏充分合同依据的情况下，仅以后续行为违反合同约定为由主张要求返还首付款，原则上获得支持的可能性较低。**

以上实操结论可能存在多方面原因，包括协议的书面约定，如首付款通常被约定为不可退还且不可

抵扣 (non-refundable and non-creditable)²，也可能考虑到被许可方在违约前已经履行的行为和投入的研发成本等，以及违约的性质、程度以及对双方合作的损害也可能被同时纳入考量。该案也对企业在交易条款设计和风险预判方面提供了重要参考。

(二) 以欺诈等原因撤销合同并主张退还首付款：域外已有成功案例

今年年初，某头部跨国药企以达成交易前故意未披露药物试验重大不利信息为由向某创新药企索赔近十亿美元的新闻在市场上引起广泛讨论，也让业界开始关注 License-in/out 交易中欺诈行为和潜在救济的议题。在 License-in/out 交易中，除了以对方违约为由要求退还首付款外，因欺诈或重大误解等法定事由撤销合同是一条实践中潜在的可行路径。一旦合同被撤销，合同自始无效，已支付的首付款自然应当返还。

一个典型案例是 A 公司与 N 公司之间的仲裁案。N 公司与 A 公司签署许可协议，约定 N 公司向 A 公司支付数千万美元首付款，另设数千万美元里程碑款项。然而在签约前，相关部门已两次致函 A 公司，要求因安全性“严重关切”暂停所涉药物的 AME 研究。A 公司却未将相关函件放入对 N 公司开放的数据库，并在尽职调查期间刻意隐瞒监管意见，甚至向 N 公司展示了已被撤回的研究方案。更进一步，A 公司后续未经 N 公司同意擅自更改适应症方向。

仲裁庭最终认定，A 公司在尽调过程中存在欺诈性虚假陈述 (fraudulent misrepresentation)，并且对适应症的擅自变更构成欺诈。基于此，仲裁庭裁定撤销许可协议，并判令 A 公司返还数千万美元首付款及支付利息和费用。

在生物医药等复杂、强监管和高风险领域，License-in/out 交易订立的基础是双方就拟达成合作的技术和产品具有准确、完整和真实的认知，从而用以评估和支持高额的许可费对价，因此被许可方往往在交易正式签署前会就涉及的技术和产品开展尽职调查。如果被许可方能够证明许可方在尽职调查或合同订立过程中存在重大隐瞒、隐藏关键文件或不实陈述，诱导其签署合同并支付首付款，就有可能通过合同撤销获得救济。需要注意的是，这类主张往往对举证标准要求极高，必须满足“实质性”“信赖”和“因果关系”等要件。

在英美法下，合同撤销的法律效果通常为“rescission ab initio”，即合同自始无效，双方恢复缔约前状态，已交付的货物或价款须返还。若无法返还，可通过金钱补偿实现公平救济。美国法尤其强调保护弱势方，法院有时会要求违约方支付合理费用，以防止其不当得利。除欺诈性陈述外，胁迫 (Duress)、不当影响 (Undue Influence)、错误 (Mistake)、显失公平 (Unconscionability) 等情形，也可构成撤销合同的理由。

在中国法律框架下，也存在类似的救济制度。《民法典》第 147 条至第 151 条明确列举了以下可撤销的情形。而《民法典》第 157 条也明确规定了一旦合同被撤销，行为人因此取得的款项应当予以返还，还应当按照过错承担对应的责任。

- 重大误解：当事人对合同关键要素产生根本性错误认识，即使存在一定过失，但若主要因对方误导所致，法院可判决撤销合同并返还价款。
- 欺诈：一方隐瞒事实或虚构信息，使对方基于错误认识签约的，构成欺诈，应当撤销合同。司法实

² 惯常的首付款 (Upfront Payment) 条款约定：“In partial consideration for the licenses granted under Section X, on/within [number] days after the Effective Date, Licensee shall pay to Licensor a non-refundable and non-creditable upfront payment of [amount]”。

践中，对欺诈的举证责任要求较高，须达到“可能性能够排除合理怀疑”的程度。

《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》进一步规定：一方以欺诈手段使另一方在违背真实意思的情况下订立的技术合同，法院应当撤销。这为医药许可协议中的欺诈情形提供了明确的法律支撑。

由此可见，所谓“首付款不可退还”并非铁律。在中国境内，如果被许可方能够证明存在欺诈、重大误解等法定事由，完全可以依法主张撤销合同并要求返还首付款。当事人在主张权利时，应当注重证据收集、时效把握和策略选择，以最大限度地维护自身合法权益。

（三）客观原因导致研发或商业化重大障碍：首付款退还的潜在路径

在医药许可协议中，产品从研发到商业化的周期往往长达数年甚至十年以上，涉及临床试验、注册审批、市场推广等多个复杂环节。许多因素并非合同双方可以在订立许可协议时可以预期或控制，例如临床试验结果未达预期，或监管机构出于安全性、有效性考虑否定继续研究，这些都可能使得项目商业化前景落空。在这种情形下，即便合同双方均无过错，协议的基础目的也可能因此无法实现。

实践中，已有仲裁庭认定，当合同因客观原因无法履行时，可以适用“因不可归责于任何一方之原因”解除合同，并裁定返还首付款。

然而，考虑到以违约主张约定不可退回的首付款退回的实操困难，以及争议发生后各方因合作停滞和保全及争议解决程序所带来的资金和运营压力，我们仍然建议双方在起草或谈判此类协议时，就充分考虑到该等情形和潜在的解决机制。

三、争议防范建议

综合而言，许可方和被许可方可以考虑围绕以下方面设计首付款条款，以期获得最大限度的权利保障：

（一）首付款的可退还条款设定

在许可协议的实操中，首付款不可退还、不可抵扣的限定性表述仍属于惯常的协议条款。

- 从许可方的角度，为维护首付款支付的可预期性，自然应当优先考虑该等安排。但如前所述，也不应掉以轻心，约定不可退回的首付款并非绝对没有机会被对方主张退回。
- 从被许可方的角度，虽然在商业上达成一致的前提下，双方设定首付款可退还的特定条件存在一定可能性，但是实践中此类条款谈判难度较高，甚至可能导致谈判崩盘和交易破裂，因此提出相关请求同样需要审慎。如果双方在商业上可能接受首付款的退还情形，可以将情形聚焦于根本且关键的违约事项，并就触发事件的范围、返还比例予以严格界定，以提高磋商成功的可能性。

（二）首付款附条件付款机制

- 从许可方的角度，需要着重于与被许可方达成一致意见，并在协议中明确约定达成付款条件的判定标准和机制，确保触发首付款支付的客观性和可预期性。
- 从被许可方的角度，可以视双方的商业安排，争取在许可协议中将首付款由一次性全额支付修改为在满足特定条件下分期支付，每期可绑定许可方具体义务，典型的义务例如如果涉及技术转移，则可以将部分首付款安排至完成技术转移后支付等。由此，被许可方可在每一阶段严格审查许可方的履约情况，若许可方未履行阶段义务（如怠于配合技术转移和培训等），被许可方有权暂停后续付

款，要求启动协商或整改，以此避免损失扩大并增强风险控制。

（三）欺诈情形的预防和证据固定

- 从许可方的角度，为避免构成欺诈和故意隐瞒，需要在内部实时关注针对许可技术和许可产品的关键文件和信息，并在协议订立前与被许可方保持沟通，及时共享和阐明可能影响交易和合作的重要信息，建立与被许可方的互信基础。
- 从被许可方的角度，在尽职调查阶段，被许可方可以要求许可方提供详细的研发数据、临床试验报告、专利文件、政府文件等可能影响合同订立意愿的文件，并要求许可方确保该等文件的准确性、真实性和完整性；保留所有磋商、交易过程的沟通记录、数据文件副本等，以便在必要时作为证据提交。若在交易过程中被许可方发现有故意陈述虚假事实或故意隐瞒真实信息的情况，可以以欺诈或重大误解为由请求撤销合同，从而请求追回首付款。

（四）许可产品研发或商业化重大障碍的解决机制

考虑到药械产品的研发、商业化的不确定性，当事人可以视双方的商业预期，通过协议条款提前就因客观原因导致许可协议目的落空的情况设定解决机制。

- 从许可方的角度，可以明确约定各方未就许可产品的研发和商业化将取得成功或达到任何销售水平作出任何陈述和保证，以避免相关争议影响 License-in/out 交易的履行。
- 从被许可方的角度，可以约定与“研发失败、监管否定”等相关的合同终止情形或后续安排，从而为潜在救济提供抓手。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

孙伟

电话： +86 21 6080 0399

Email: wei.sun@hankunlaw.com

顾泱

电话： +86 21 6080 0505

Email: aaron.gu@hankunlaw.com

赵宇先

电话： +86 21 6080 0272

Email: yuxian.zhao@hankunlaw.com