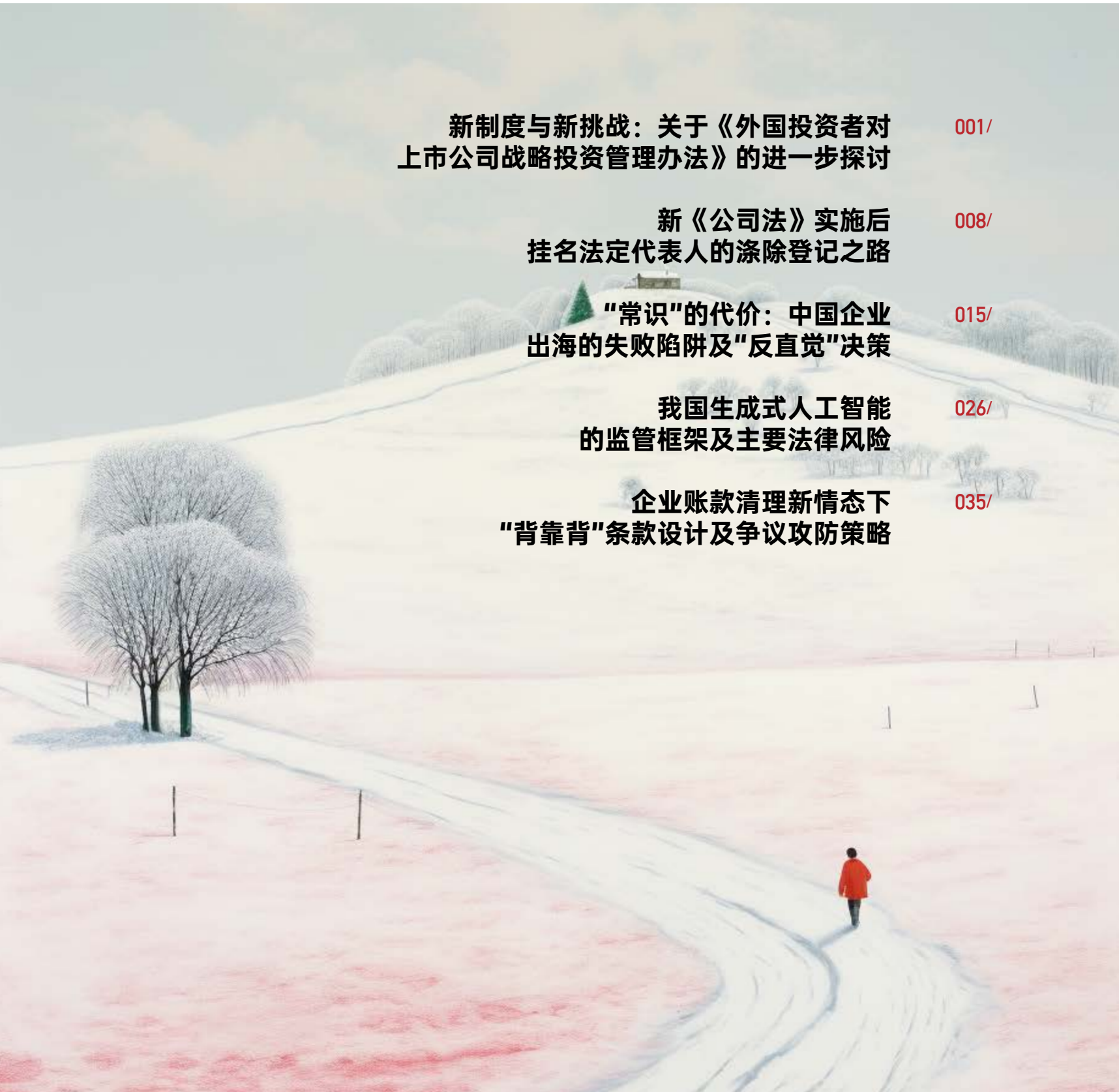
NEWSLETTER

中 伦 e 简 报

深度观察

ZHONG LUN
中倫律師事務所



新制度与新挑战：关于《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》的进一步探讨 001/

新《公司法》实施后挂名法定代表人的涤除登记之路 008/

“常识”的代价：中国企业出海的失败陷阱及“反直觉”决策 015/

我国生成式人工智能的监管框架及主要法律风险 026/

企业账款清理新情态下“背靠背”条款设计及争议攻防策略 035/

新制度与新挑战：关于《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》的进一步探讨

作者：郭克军 魏海涛 丁蔚 苗郁芊

经商务部审议通过，并经中国证监会、国务院国资委、税务总局、市场监管总局、国家外汇局同意，经修订的《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》（以下简称"《外资战投办法》"）于2024年11月1日公布，自2024年12月2日起施行。

我们在《外资战投办法》正式公布后撰写了《简评<外国投资者对上市公司战略投资管理办法>的修订》，对《外资战投办法》相较于2015年修正的版本、以及商务部于2020年6月发布的《外国投资者对上市公司战略投资管理办法（修订草案公开征求意见稿）》（以下简称"《2020年征求意见稿》"）的修订亮点予以阐述。

毫无疑问，《外资战投办法》进一步简化了外国投资者战略投资A股上市公司（如无特殊说明，默认其注册于境内）的制度要求，有助于推动我国（特别是资本市场）更高水平的开放。但不能忽视的是，新规则在解决"老问题"的同时，也引发了新问题。本文特对该等问题予以分析梳理，供各方进一步讨论。

第一部分\

跨境换股对价的差异化安排是否合理

《外资战投办法》允许外国投资者通过A股上市公司定向发行新股[1]、协议转让、要约收购的方式实施战略投资，其中"要约收购"系新增方式。对于外国投资者以其持有的境外公司股权，或者外国投资者以其增发的股份作为支付手段对上市公司实施战略投资的情形（即跨境换股），《外资战投办法》突破了《关于外国投资者并购境内企业的规定》（以下简称"**10号文**"）的规定，不再将前述"境外公司"完全限定为境外上市公司或符合特定要求的特殊目的公司，其允许外国投资者以非上市的境外

1.未来会否可能允许外国投资者通过认购A股上市公司可转换公司债券的方式实施战略投资，有待立法层面进一步考虑。

公司股权认购A股上市公司定向发行的新股，或以该等股权要约收购A股上市公司，进而为跨境换股松绑。但《外资战投办法》特别要求，外国投资者以所持境外公司股权为对价、协议受让A股上市公司股份的，境外公司应当为上市公司。

上述规定与常规的监管逻辑似乎存在差异。根据《外资战投办法》，战略投资通过协议转让方式实施的，外国投资者取得的股份比例不得低于该上市公司已发行股份的5%。而在通常情形下，作为转让方的A股上市公司股东（通常为持股超过5%的大股东）的风险识别和防控能力高于一般的中小股东，境外上市公司的资产质量、信息透明度通常也会高于境外非上市公司。但《外资战投办法》要求外国投资者不得以境外非上市公司的股权为对价、协议受让A股上市公司股份，却允许外国投资者以境外非上市公司的股权实施要约收购，似乎不利于保护A股上市公司中小股东的利益。

此外，假设A股上市公司的股东（不限于中小股东）接受要约、外国投资者成功实施要约收购，在实践中应如何（集中）办理该等自然人、非自然人股东取得境外公司股权的境外投资手续以及如何管理未来的股权变动事项，均存在较大的现实难度。[2]

第二部分\

红筹公司的股东是否属于"外国投资者"

在现行上市制度下，境外注册的红筹公司可以拆除红筹结构、以境内主体申请A股上市，也可以通过发行CDR或发行股份的方式直接在A股上市（例如我们曾经主办的境外注册创新企业在科创板上市项目）。鉴于《外资战投办法》允许外国投资者以其持有的境外公司股权对A股上市公司实施战略投资，对于短期内无法满足A股上市条件的红筹公司，其股东通过A股上市公司跨境换股交易（本节主要讨论由后者发行股份购买股权的交易路径）实现退出具备理论上的可行性。在此情形下，该股东是否需要符合《外资战投办法》规定的外国投资者条件？我们认为需要区分情况：

（一）红筹公司的自然人股东

如该股东为外国自然人、港澳台居民或"定居国外的中国公民"（详见后文分析），则应适用或参照适用《外资战投办法》的规定、符合

2.需要说明的是，《上市公司收购管理办法》规定，收购人为终止上市公司的上市地位而发出全面要约的，或因该办法的其他规定而发出全面要约的，收购人如以依法可以转让的证券支付要约收购价款，应当同时提供现金方式供股东选择。因此在外国投资者以境外非上市公司的股权实施要约收购的场景下，中小股东仍有现金选择权。

外国投资者的相关条件；如该股东属于已办理"37号文"（《关于境内居民通过特殊目的公司境外投融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》，以下简称"**37号文**"）登记、直接投资红筹公司的境内公民，则不应参照适用。

（二）红筹公司的非自然人股东

1.如该股东系境内机构通过境外投资（ODI）程序直接持股，该股东仍属于境内机构，而非外国投资者。

2.如该股东属于境内机构通过境外投资（ODI）程序设立（或中国公民通过办理"37号文"登记而设立）的境外特殊目的企业，是否应被认定为"外国投资者"？根据《中华人民共和国外商投资法》的定义，"外国投资者"指外国的自然人、企业或者其他组织。前述境外特殊目的企业由境内自然人或非自然人控制，但其本身设立于境外，因此该股东仍应被视为外国投资者。

3.如该股东属于其他外国企业、港澳台企业，应适用或参照适用《外资战投办法》的规定。

3.《外资战投办法》第三条第二款规定"本办法所称上市公司，是指A股上市公司"。从《外资战投办法》的文义理解，该款规定意在明确作为战略投资对象的上市公司应为A股上市公司（我们认为应纳入A股红筹公司），但显然不应包括《外资战投办法》第七条规定的、在跨境换股交易中作为境外公司的"上市公司"。

第三部分\

《外资战投办法》是否适用于A股红筹公司

如上文所述，外国投资者可以其持有的境外公司股权对A股上市公司实施战略投资。假设该境外公司为境外注册、A股上市的红筹公司（以下简称"**A股红筹公司**"），外国投资者能否根据《外资战投办法》以其所持A股红筹公司的股份（不考虑CDR，下同）认购A股上市公司定向发行的股份，或以协议转让、要约收购等方式对A股上市公司实施战略投资？《外资战投办法》对此并无明确限制。

《外资战投办法》第七条规定"战略投资通过协议转让方式实施的，境外公司应当为上市公司"，如何理解"境外公司应当为上市公司"？其意指境外公司必须为在境外证券交易所上市的境外公司，或仅仅要求注册于境外、不限制其上市地在境内或境外？这个问题也直接影响其他战略投资方式，但《外资战投办法》并未给出答案。[3]

在《外资战投办法》之外，我们注意到"10号文"要求外国投资者以股权并购境内公司所涉及的境外公司股权"应在境外公开合法证券交易市场（柜台交易市场除外）挂牌交易"，而A股红筹公司无法落入"10号文"规定的"境外公司"

范畴。

不同于2015年修订的《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》，最新《外资战投办法》的制定依据已不再包括"10号文"。由于二者并非一般法、特别法的关系，如存在前述规则冲突，不能简单排除"10号文"的适用。但考虑到A股红筹公司在A股上市已受到严格监管，如允许外国投资者以境外上市公司的股份实施跨境换股，而对A股红筹公司做出限制或禁止，则明显欠缺合理性。从另一个方面看，以A股红筹公司的股份实施战略投资的本质仍是"A股换A股"，如按照《外资战投办法》规定的条件、程序予以限制，似乎又将交易行为过度复杂化。

需要提示的是，即使立法层面允许外国投资者根据《外资战投办法》以其所持A股红筹公司实施战略投资，如该等投资涉及A股上市公司收购，其仍需符合收购法规和监管政策的要求。对于外国投资者而言，并非每一种战略投资方式都实际可行，我们理解上述问题的理论探讨意义远大于其实践价值。

与上述问题类似，如A股红筹公司作为境外主体直接对A股上市公司实施战略投资，A股红筹公司是否应满足《外资战投办法》规定的外国投资者条件、符合战略投资的相关程序？该问题同样有待立法层面进一步澄清。

第四部分\

如何认定外国投资者的实有资产

本次修订的《外资战投办法》对非控股股东外国投资者资产要求的放宽，其删除了原《外资战投办法》将投资者实有资产限定为"境外实有资产"的要求，规定外国投资者"实有资产总额不低于5,000万美元或者管理的实有资产总额不低于3亿美元；外国投资者成为上市公司控股股东的，实有资产总额不低于1亿美元或者管理的实有资产总额不低于5亿美元。"

尽管《外资战投办法》仍未对"实有资产"进行明确界定，但在《外资战投办法》将"境外实有资产"修订为"实有资产"、不再限定为"境外"后，如作为交易对方的外国投资者在境内拥有资产，则该等资产应纳入其资产范围以供判断。至于A股上市公司发行股份购买外资股东所持外商投资企业股权的交易，我们认为该外资股东持有的外商投资企业的股权（如已实缴出资），同样应纳入该外资股东的"实有资产"范围。

此外，"实有资产"的价值判断时点应如何把握，以战略投资启动时（例如签署定向发行的认购协议/股份转让协议的日期）的最近一年末或是最近一期末为准，抑或是需要"全流程"（自启动至战略投资完成）满足上述金额标准？在判断实有资产的价值时，是否应当以经

过适格会计机构审计的价值（而不是基于交易做出的评估值）为准？《外资战投办法》未予以明确解答。

但正如我们在《简评<外国投资者对上市公司战略投资管理办法>的修订》一文中所提及，在A股上市公司发行股份购买外资股东所持外商投资企业股权，或A股上市公司发行股份购买外资股东所持境外公司股权（也包括其他类型的跨境换股）的交易中，如外资股东最终仍无法满足《外资战投办法》规定的外国投资者资产要求及/或其他适格条件，是否必然阻却A股上市公司向该等外资股东发行股份购买资产？我们认为，存在个案沟通的空间，且不排除立法层面未来可能对此予以澄清。

第五部分\

如何理解与核查"定居在国外的中国公民"

在《2020年征求意见稿》的基础上，《外资战投办法》进一步规定"定居在国外的中国公民，对上市公司实施战略投资的，参照本办法办理"。在此之前，《中华人民共和国外商投资法实施条例》已规定"定居在国外的中国公民在中国境内投资，参照外商投资法和本条例执行"，《外商投资法》的规定与之一脉相承。

关于《外资战投办法》的这一修订，首先需要明确"定居在国外的中国公民"应当作何理解。《市场监管总局关于贯彻落实<外商投资法>做好外商投资企业登记注册工作的通知》（国市监注〔2019〕247号）规定"本通知自2020年1月1日起实施...定居在国外的中国公民（华侨）投资设立的企业...其登记注册参照适用本通知"，此前也有其他类似规定。根据《国务院侨务办公室关于印发<关于界定华侨外籍华人归侨侨眷身份的规定>的通知》（国侨发〔2009〕5号）的界定，"华侨"是指定居在国外的中国公民，"定居"是指中国公民已取得住在国长期或者永久居留权，并已在住在国连续居留两年，两年内累计居留不少于18个月；如中国公民虽未取得住在国长期或者永久居留权，但已取得住在国连续5年以上（含5年）合法居留资格，5年内在住在国累计居留不少于30个月，也视为华侨。中国公民出国留学（包括公派和自费）在外学习期间，或因公务出国（包括外派劳务人员）在外工作期间，均不视为华侨。据此，我们认为《外资战投办法》规定的"定居在国外的中国公民"应符合前述"华侨"的界定标准。为免疑义，定居在"国外"不应包括港澳台地区。

此外，《外资战投办法》规定外国投资者进行战略投资的，外国投资者、上市公司应当

聘请在中国注册登记的符合《中华人民共和国证券法》规定的财务顾问机构、保荐机构或者律师事务所担任顾问、履行尽职调查义务并发表明确意见，《商务部、中国证监会等六部门有关司局负责人就<外国投资者对上市公司战略投资管理办法>（2024年修订）答记者问》也明确"要求聘请中介机构就战略投资是否合规出具专业意见，中介机构经尽职调查认为不合规的，证券登记结算机构不予办理相关手续"。因此我们认为，作为交易对方的中国公民是否属于"定居在国外的中国公民"，以及该交易对方（如属于）是否符合《外资战投办法》规定的相关条件等事项，将会被统一纳入中介机构的核查范围。

至于《外资战投办法》颁布后，"定居在国外的中国公民"所适用的证券登记结算规则是否会做进一步调整以便与《外资战投办法》相衔接，同样有待观察。以现行有效的《中国证券登记结算有限责任公司证券账户业务指南》为例，其规定"持有中国护照并获得境外国家或者地区永久居留签证的中国公民"视同境外投资者管理，与《外资战投办法》规定或推定适用的"国外""定居"等条件稍有差异。在实践中，"定居国外的中国公民"（无论是否取得长期或永久居留权）未交回中国居民身份证的，其仍可直接使用其中国居民身份证、以境内投资者的身份开立A股证券账户，即使该中国公民应参照适用《外资战投办法》的要求。如"定居在国外的中国公民"在实施战略投资前已开立A股证券账户并开展证券交易，其是否应当（或有必要）因实施战略投资而另行开立账户？如是问题不一而足。

第六部分\

结语

随着《外资战投办法》的正式生效，可以预见外国投资者战略投资A股上市公司的案例将会有所增加，其衍生的规则理解、实际操作问题也会日渐增多。实务层面的深化将会促进立法层面的细化，我们也期待未来会有更明确、更细致的配套规则或官方问答。

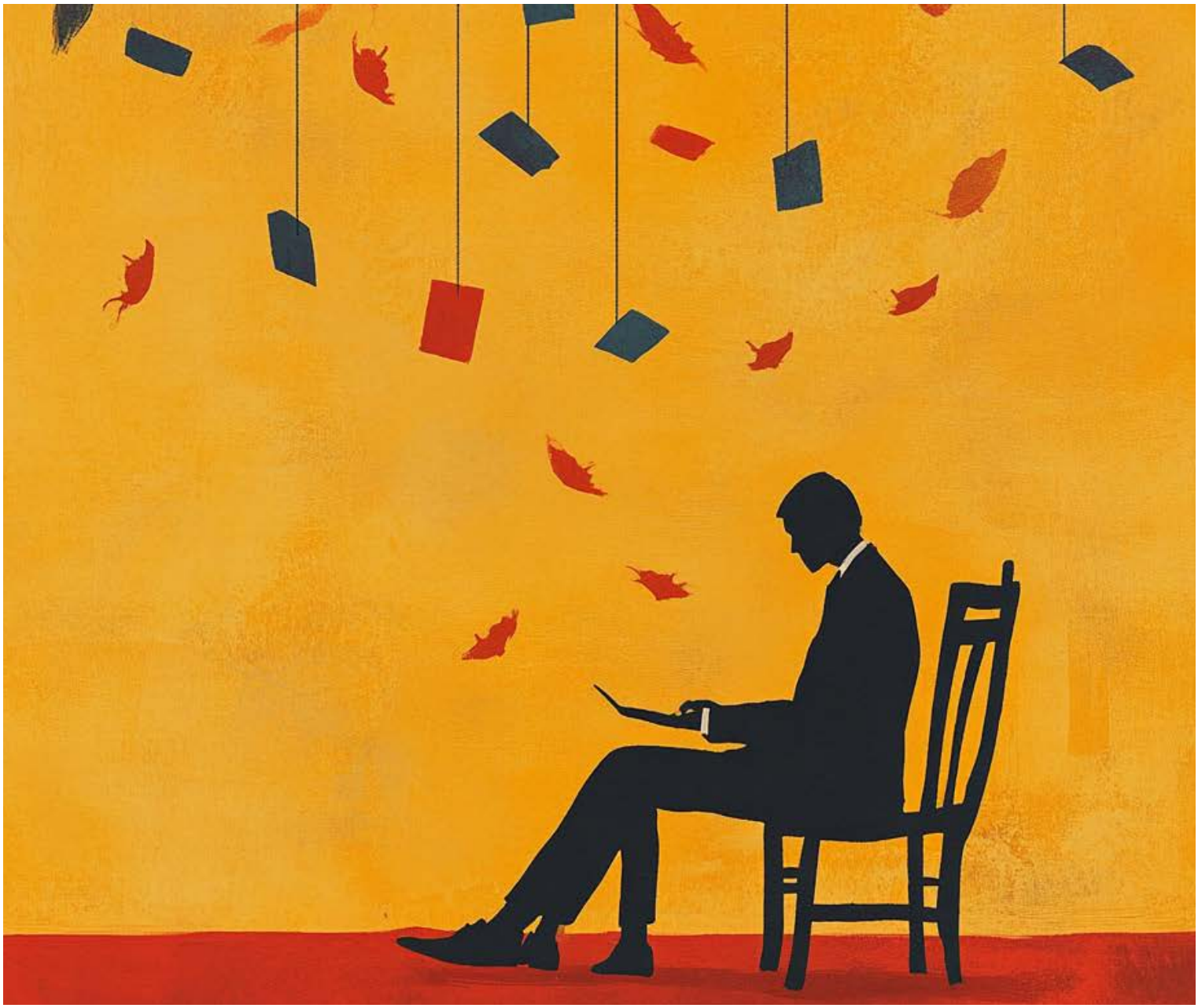
郭克军
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2082
guokejun@zhonglun.com

魏海涛
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2429
weihaitao@zhonglun.com

丁蔚
非权益合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5780 8427
dingwei@zhonglun.com

新《公司法》实施后挂名法定代表人的涤除登记之路

作者：饶晓敏 周俊 龙梓滔



新《公司法》第十条首次增加了有关法定代表人辞任的规定，填补了此前的立法空缺，为解决实践中的挂名法定代表人涤除困境提供了规范依据。本文将就新《公司法》实施后挂名法定代表人涤除登记路径进行分析，以供读者参考。

第一部分\

挂名法定代表人涤除登记

法定代表人涤除登记是指公司登记机关将公司法定代表人登记备案事项从系统中清除的行为。

以法定代表人与公司就担任法定代表人一事是否存在合意为标准，可将法定代表人分为非合意法定代表人与合意法定代表人。

非合意法定代表人即冒名法定代表人，《市场主体登记管理条例》及其实施细则已对受虚假登记影响的被冒名人申请撤销登记提供了立法支持，冒名法定代表人可以直接向登记机关提出撤销登记申请或通过行政诉讼、民事诉讼的路径实现涤除登记。由于《中华人民共和国公司法》（以下简称"**新《公司法》**"）对冒名法定代表人的涤除登记路径未予调整，因此冒名法定代表人的救济路径不在本文的讨论范围内。

挂名法定代表人属于合意法定代表人，通常指法定代表人未实际参与公司经营决策，但同意在公司办理工商登记时登记为法定代表人。实践中，大量挂名法定代表人存在已从公司离职，或并非公司员工、股东等与公司不存在实质关联的情形，为免受限制高消费、被列为失信被执行人等不利影响，其对办理法定代表人涤除登记有强烈需求。

而挂名法定代表人与公司委任合意基础消灭后,其辞任、变更登记的问题一直是实践的难题。对此，本文着眼于新《公司法》实施后对挂名法定代表人涤除登记之路的影响以及挂名法定代表人涤除登记实现路径进行分析，为读者提供参考。

第二部分\

新《公司法》实施对挂名法定代表人涤除登记的影响

挂名法定代表人涤除登记由法定代表人辞任、办理变更或涤除登记两个环节组成。根据

新《公司法》第三十五条规定，挂名法定代表人去名登记的实现要经过公司董事会、股东会作出变更决议，再向公司登记机关提交公司法定代表人签署的变更登记申请书、依法作出的变更决议或者决定等文件，申请法定代表人变更登记。由此可见，依法通过内部审议程序、办理变更登记是挂名法定代表人退出的常规路径。实践中，若公司不配合通过内部程序或办理变更登记中的任一程序，挂名法定代表人均难以实现退出。

为解决过往困境，新《公司法》对法定代表人单方辞任作出了突破性重大修订。2024年7月1日实施的新《公司法》第十条规定："公司的法定代表人按照公司章程的规定，由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。担任法定代表人的董事或者经理辞任的，视为同时辞去法定代表人。法定代表人辞任的，公司应当在法定代表人辞任之日起三十日内确定新的法定代表人。"该条款确立了法定代表人任职、辞任与补任相关规则，弥补了法定代表人与公司终止委托关系的立法缺失。

新《公司法》实施前，法定代表人辞任程序存在立法缺失，导致在司法实践中的诸多问题的裁判观点未能统一，例如法定代表人涤除或变更是否属于民事诉讼受理范围、是否应当支持涤除或变更的诉请、判决后如何衔接执行等。新《公司法》实施后，法定代表人的任职以及辞任规则已明确，法定代表人如何依法单方辞任的难题已得到解决。

为此，本文梳理了新《公司法》实施后的相关案例，相关规则如下：

1、法定代表人的任职基础是担任代表公司执行公司事务的董事或者经理

新《公司法》规定法定代表人由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任，即法定代表人的担任依赖于其董事或经理的职位，且董事必须是代表公司执行事务的董事，即实际参与公司经营管理的董事。法定代表人与代表公司执行事务的董事或经理的职位绑定意味着实践中未实际参与公司经营管理的挂名法定代表人不具备担任公司法定代表人的实质要件，从而为裁判挂名法定代表人免职提供了相应的理由。若法定代表人为未担任公司执行事务的董事或经理的挂名法定代表人，其任职法定代表人的基础将不复存在，新《公司法》实施后该规则已被各地法院广泛适用。例如在2024年7月17日裁判的(2024)云0102民初11694号一案中，法院认为法定代表人既不是公司的股东也不是员工，与公司不具有实质关联，支持了涤除被告法定代表人、董事长兼总经理身份的请求。

2、法定代表人的辞任可通过自主辞去董事或经理的职位实现

新《公司法》规定担任法定代表人的董事或者经理辞任的，视为同时辞去法定代表人，进一步从辞任的角度深化了法定代表人职位的从属和依附的特性，同时亦为法定代表人自主辞任提供了解法。根据新《公司法》第七十条，董事的辞任属于单方行为，公司收到董事发出的辞任通知之日辞任生效，而经理的自主辞任则可基于其劳动合同关系的解除而实现。因此，挂名法定代表人可自主通过辞去董事、经理的职务实现法定代表人职务辞任。挂名法定代表人无需再通过公司内部决议程序便能实现依法辞任。实践中法院亦逐步使用该规则，例如在2024年9月14日作出的（2024）苏01民终11547号判决书中，法院认为公司总经理辞任后，总经理亦同时丧失了继续担任法定代表人的任职基础，故其诉请要求公司涤除其作为公司法定代表人的登记事项合法有据。

3、原法定代表人辞任后公司应确定新的法定代表人

为解决公司在原法定代表人单方辞任后法定代表人空缺的问题，新《公司法》增加了确定新法定代表人的期限为法定代表人辞任之日起三十日内的规则。确定新法定代表人的义务承担主体为公司，对于原法定代表人而言，其自主辞任后的涤除登记，不应因公司未及时确定新的法定代表人而受阻。此规则使得挂名法定代表人涤除登记不再受到公司未确定新的法定代表人限制，为法定代表人单方辞任的应用提供了规范支持。新《公司法》实施后法院对此问题的裁判观点亦逐步转变，例如在2024年9月18日的(2024)苏1311民初5096号判决中，

法院认为原法定代表人离职后与公司不存在实质关联，公司应依法及时选任新的法定代表人并按照规定进行变更登记，因公司未选任新的法定代表人，对于原法定代表人要求涤除登记事项，法院予以支持。

综上，新《公司法》实施后，明确了法定代表人的任职基础、确立了法定代表人的单方辞任规则并增加了公司确定新法定代表人的义务，使得挂名法定代表人涤除登记路径中的自主辞任阻碍已被基本消除，司法实践在新增规则下的裁判思路亦趋于统一。

第三部分\

新《公司法》实施后挂名法定代表人的涤除登记路径

如上所述，虽然法定代表人单方辞任的难题已解决，但若公司拒绝办理登记，则挂名法定代表人仍然难以实现全面退出。加之挂名法定代表人登记不属于虚假登记，其无法通过行政撤销的方式直接实现登记除名。因此若公司不予配合，挂名法定代表人为实现涤除登记，往往需要先通过民事诉讼取得法院涤除登记判决，再由登记机关协助涤除登记。

关于登记机关办理涤除登记，新《公司法》对于工商登记与法院判决执行之间的衔接未提供直接依据。由于《市场主体登记管理条例》中规定市场主体登记仅仅包括设立登记、变更登记和注销登记，并不包含涤除登记，法律依据的缺失系导致挂名法定代表人最终难以办理涤除登记的主要原因。同时若公司无法形成有效内部决议，迟迟不办理法定代表人的变更登记事项亦将导致公司必备登记事项的空缺，这也是登记部门认为涤除难办的主要原因之一。新《公司法》修订通过后，为解决涤除登记执行难题，各地主管部门开始陆续出台配套规范文件以完善法定代表人辞任制度。

《北京市市场监督管理局关于印发开展"一标四维"登记促进经营主体高质量发展工作措施的通知》要求，启动涤除机制解决"执行难"："因公司逾期未履行生效法律文书明确的法定变更义务，人民法院向登记机关送达协助执行通知书，要求协助涤除法定代表人、股东、高管等登记信息的，登记机关依法予以配合。将公司被涤除的人员信息替换为'依人民法院协助执行通知书涤除 '，并将协助涤除信息通过企业信用信息公示系统对社会公示。"

《上海市市场监督管理局深化经营主体登记管理改革优化营商环境的若干措施》规定，完善协助执行涤除机制："因公司逾期未履行生效法律文书明确的法定义务，人民法院向登记机关送达协助执行通知书，要求协助执行公示

涤除法定代表人、股东、董事、监事等自然人登记（备案）信息的，登记机关依法予以配合，并通过国家企业信用信息公示系统向社会公示。"

2024年7月6日，为落实新《公司法》登记管理制度的要求，市场监管总局发布了《公司登记管理实施办法（征求意见稿）》（以下简称"**《征求意见稿》**"），其中第二十条规定："公司应当执行生效法律文书，生效法律文书涉及涤除股东、法定代表人、董事、监事及其他高级管理人员等登记备案事项的，需要依法向公司登记机关申请办理。因公司逾期未依法履行生效法律文书明确的法定义务，人民法院向公司登记机关送达协助执行通知书，要求协助涤除股东、法定代表人、董事、监事及其他高级管理人员等登记备案事项的，公司登记机关应当依法办理协助执行，在国家企业信用信息公示系统公示涤除信息。"

尽管《征求意见稿》尚未定稿实施，实践中通过天眼查查询[1]，我们发现北京、广州、上海、成都、天津、南京、厦门等多地的登记机关已经纷纷响应新的辞任规则，采取了涤除登记的方式执行法院判决，登记内容各有不同，例如"依某某法院协助执行通知书涤除"、"协助法院执行：已涤除"、"已协助法院执行涤除"、"已涤除"等。

各地亦接二连三公告协助涤除登记案例，例如2024年10月18日，信阳市浉河区人民法院在阚某涤除法定代表人登记一案[2]中，经法院与工商登记机关多次协商、查询案例、相关法律依据，最终研究出了涤除法人代表登记的可行性，成功与工商登记机关敲定了解决方案，由相关部门依法在法定代表人一栏中备注"依据人民法院协助执行通知书某某号涤除"；2014年10月25日，宁德蕉城法院在涤除郑某法定代表人登记事项案例[3]中通过与登记部门沟通协调达成一致处理意见的方式，由市场监督管理部门依法在法定代表人一栏中备注"依某某法院协助执行通知书涤除"并通过企业信用信息公示系统对社会公示，实现了全市首例成功通过司法程序涤除法定代表人登记事项案例。

从上述各地政策及其落实案例可见，各地法院与登记机关已对涤除法定代表人登记展开了全面的讨论，对登记机关协助执行办理涤除登记的可行性已逐步认可。新《公司法》实施后挂名法定代表人通过由登记机关协助执行生效判决书办理涤除登记的解决路径已经逐步扩散推广，期待《征求意见稿》最终完善、相关

1.https://www.tianyancha.com/nsearch?key=%E6%B6%A4%E9%99%A4，最近一次访问于2024年12月2日。
2.https://shqfy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=2949，最近一次访问于2024年12月2日。
3.https://fjfy.fjcourt.gov.cn/article/detail/2024/10/id/8166408.shtml，最近一次访问于2024年12月2日。

规定颁布实施，为挂名法定代表人涤除登记路径清除障碍。

第四部分\

总结

新《公司法》对法定代表人辞任作出了重大修订，确立了全新的退出规则，弥补了先前的立法缺失。同时，随着各地法院与登记部门的衔接加强、《征求意见稿》的发布及最终颁布实施，工商登记部门协助执行法定代表人涤除登记将日渐成熟，挂名法定代表人的涤除登记之路将越发畅通。

饶晓敏
合伙人
资本市场部
深圳办公室
+86 755 3325 6336
raoxiaomin@zhonglun.com

周俊
非权益合伙人
资本市场部
深圳办公室
+86 755 3325 6337
zhoujun@zhonglun.com

"常识"的代价：中国企业出海的失败陷阱及"反直觉"决策

作者：龚乐凡

“由于出海所遭遇的各种挑战，中国企业对于律师的需求，其实早已经远远超出了‘法律’这一个单一范畴。”

在全球经济一体化的大潮中，中国企业扬帆出海，寻求更广阔的市场和机遇已成为新常态。然而，随着越来越多的中国企业踏上国际化的征程，一个不容忽视的现象逐渐浮出水面：许多企业在海外市场频频遭遇“常识性”错误。这些错误往往源于对当地法律、文化的误判，以及对当地游戏规则的不熟悉。这些失误不仅让企业付出了高昂的经济代价，有时甚至导致品牌形象受损、市场机会丧失，甚至使高管深陷牢狱之灾。

本文将从法律专业的角度，深入剖析中国企业出海过程中的这些“常识性”错误，并探讨如何通过“反直觉”的决策方法，优化决策过程，避免陷入海外市场的陷阱，从而在全球化的竞争中稳健前行。

航行深入到不熟悉的水域，没有正确的信息和决策方法，就会导致出海的迷航。

第一部分\

常识性的错误为何代价如此高昂？

部分中国企业在出海过程中出现的“踩坑”，不少是因为对当地商业、法律和文化上属于“常识”的信息存在严重的信息差，完全属于他们的“盲区”，造成信息和认知的严重不对称而导致决策重大失误。那些看似本可以根本不会发生的错误，却在中国企业身上屡屡发生。这种出海的状况，就像英文里面的一句俗语（也是一部好莱坞电影的名字），lost in translation，在沟通和翻译中迷失，最终的结果可想而知。笔者可以举几个鲜活的例子：

案例#1：谈判桌上的一句“错话”酿成“千古恨”

某知名国内企业在欧洲收购一幢历史性建筑，拟进行改造。在谈判中，欧洲当地政府的谈判方，试探性地问，“这幢历史建筑改造以后，如果建筑周边少量市政公共部分，贵方也能出资改造的话，那么对于提升建筑的商业价值和客流量，一定很有帮助。请问你们是否也愿意出资？” 中国的谈判方当时毫不犹豫地回答“愿意”。让他们万万没想到的是，这一句话，竟然决定了这个项目最终走向失败。

笔者有幸在多年之后偶遇代表该欧洲政府方的投行（财务顾问），才了解了背后的“真相”：在欧洲，市政公共部分，一般都是政府出钱，让企业出钱其实是站不住脚的，应当果断拒绝——这就是欧洲的商业文化。但是这家中国企业，因为不懂这个“常识”，也觉得这是“小钱”，豪爽地答应了。结果是什么呢？这个信息上报到了上一级政府，某官员对这个“惊喜”意外不已，觉得连这样的要求都能答应——于是就进而要求中国企业将该片区的市政道路也出资改善一下，并且直接对此事进行了媒体报道。

但是这个实际资金量，对于中国企业来说，却是难以承受的。于是一方面，提出要求的当地政府由于政治和媒体的原因已经“骑虎难下”，坚持要中国企业追加投资；另一方面，中国企业无力承担额外费用。双方反复谈判，政府方一再拖延“规划审批”（这又是一个法律上的失误和瑕疵——“规划审批”本应该在交割付款之前就应该拿到的），同时又有当地民众请愿要求历史性建筑不能随意改造，也不应该卖给中国企业。最后这家企业实在没办法，将该建筑项目低价转卖，净亏损约2亿。

回过头看，这其实是一个简单的商业文化上、谈判桌上的“常识性”错误，却让这家企业付出了数亿元的昂贵代价。这么“简单”的错误，下次不犯不就可以了？但下次还又会有什么“常识”错误、“简单”错误、“低级”错误？正因为简单、低级，所以更不可原谅！问题是，该如何杜绝这样的错误？

笔者也问了这位“知情人”，这家中国企业请了律师吗？请了财务顾问吗？答案令我震惊，他们既没有请财务顾问（项目由当地华人引荐），律师则是找了当地的一家有名气的欧洲律所，根本没有找具有国际化背景、懂得两边文化的专业人士（例如具有国际化背景和经验的中国律师）。原因也很简单，这家中国企业觉得，这些问题他们自己已经很有经验了，不需要再额外花钱。

欧洲当地的律师的确能解决欧洲该国的“具体法律问题”，但是并不熟悉中国企业的决策文化，对于这样的“常识性”错误，恰恰无法预

判，自然也难以在现场阻止中国企业在谈判上的"常识"错误。

正因为是"常识"，当地的律师并不知道你们会不懂，无法充分预判，也难以进行及时的提醒。

而此案中所谓的项目当地引荐人，并不是律师或者投行的专业背景，可能更在意的是如何拿到自己的佣金，而不是他（她）是否能在专业上帮助客户进行谈判，维护好客户的利益。他们与律师、投行的分工显著不同，所以职责自然也不同。这个时候如果企业仍然想要省钱、盲目追求"一鱼多吃"的话，是非常危险的。

案例#2：海外的关键性法律规则——救命的"常识"，谁来提醒你？

对于在海外的游戏规则，大型跨国公司，或是本地的企业家，一方面有经验丰富的法务总监和外部律师的不时提醒，另一方面则是有从小到大的教育和媒体的耳濡目染，所以对一些重要的当地"规则"深谙于心，或者即便没有娴熟地专业掌握，也会第一时间咨询专业意见。

但是这一点对于部分中国企业来说，如果处于一个信息盲区，甚至"无知者无畏"的状态，那么踩坑甚至遭遇被调查、处罚、"定罪"，会随时像休眠中的炸弹，突然引爆。例如，如果你作为一家中国企业的决策者，突然了解到在美国的某子公司存在向当地政府官员给"好处费"的行贿行为，涉嫌违法犯罪，你的第一步该怎么做？是否找内部法务以及财务、监察部门，马上沟通商讨，启动内部调查？

其实最关键的第一步是，立刻聘请律师，将所有内部的沟通讨论，都邀请律师进来参加，所有的书面沟通，全部打上"Attorney Client Privilege"（律师客户保密特权）的字样。这样所有内部的沟通，都可以获得法律的保护。在很多司法辖区，此类客户与律师沟通的信息原则上是不能作为证据向法院提供的，如有提供，辩护律师也可以请求法院排除适用。

对于海外的诉讼律师，以及在此类司法辖区执业过的律师（包括有这样经验和阅历的中国律师）来说，这可能就是一个简单的"常识"。但这个简单"常识"，关键时候是可以"救命"的。

另外，如果你的公司可能被美国司法机构调查，你作为老板海外出行，例如去马来西亚、英国等，看似不会有问题，但可能落地之后，就被拘捕，准备引渡美国接受调查和起

诉，面临美国的牢狱之灾——因为美国与全世界100多个国家和地区有引渡条约。这对于“懂行”的律师，就是“常识”。这样的“常识”，也是可以救命的。

那么重要的“常识”，谁来提醒你呢?

出海过程中的有些“常识”，是可以救命的，但关键是，这样的“常识”，谁来提醒你呢?

第二部分\

反直觉：企业出海，需要什么样的决策思维?

在大量出海失败的案例中，我们看到的是部分中国企业对于商业和法律“常识”所存在的路径依赖和“想当然”。

第一，路径依赖的思维定式。是指我们的思维和行为往往会受到过去经验和早期决策的影响，进而影响未来的选择和行动。这种心理现象可以解释为何我们在特定情境下会反复做出相似的决策，尽管在其他条件下可能有更优的选择。那么这种思维决策模式下，在企业出海，情境可能发生天壤之别的时候，仍按照路径依赖的模式思考决策，危险性和伤害性将会是很大的。

第二，认知模式的局限性影响。我们对信息的处理方式也会受到早期学习和经验的影响。一旦形成了某种认知模式，我们更有可能在类似情境中再次使用相同的思维方式，即使可能并不适用于当前的情况。例如，有部分企业家不愿意对外部顾问（法律顾问、咨询顾问）付费，甚至可能认为“他们还没我懂”，但是有时候他们给你的一个关键提醒，可能可以避免千万、亿万的损失。这个时候，如果你觉得“对方不值这个钱”，那么按照冯唐的说法，很可能“劈你的雷已经在路上了”。

第三，大脑的确定性偏见（Certainty Bias）。这是一种认知偏差，它描述了个体在不确定性条件下倾向于预设某个立场，过度重视某个自认为对的、确定的结果，即使这一预期的结果的不确定性更高，也会在一定程度上忽略其他存在可能性的结果。在商业决策中，可能会有这样的场景：企业的决策者，一旦“认准”某个事情，就会觉得一定是对的，没有风险，不用“瞎想”、不用多考虑，勇敢往前冲，“有什么事我来担着”；不用咨询专业顾问的意见，“都听外部顾问（律师）的，我们不用做生意了”。（的确，所谓“最赚钱的生意，都写在《刑法》里面”）而决策时，若大脑存在确定性偏见，哪怕当内部顾问、外部顾问提出风险警

示，决策者也会无意中忽略，甚至充耳不闻，因为"确定性"的结论已经在其大脑中形成，其他的不同声音都将被屏蔽。

这些决策的问题，会将企业的决策严重带偏。甚至此类思维已经形成了诸多企业老板决策的"成熟"模式，这是非常危险的——在出海过程中，因为法律、政治、文化发生了巨大的变化，这样的风险会被"放大"。而当法律和合规风险，甚至刑事风险真的在面前的时候，就像海啸近在眼前，要临时找安全港躲避，已经来不及了。

所以，笔者多年从事涉外法律业务、服务中国企业和跨国公司，从自身的执业经验和阅历来总结，认为**中国企业出海的决策至关重要，而决策中，要用"反直觉"的方法，因为路径依赖、确定性偏见等太容易形成"误判性"直觉，最终带来灾难性后果的错误决策。**

而决策中，要用"反直觉"的方法，因为路径依赖、确定性偏见等太容易形成"误判性"直觉，最终带来灾难性后果的错误决策。

第三部分\

那么如何做到"反直觉"?

第一，提升识别错误的觉知和意识。要知道自己"拍脑袋"想说的，想做的，可能都是基于外在的"相"，并非真实。之前在中国决策惯了的内容，不能按照老路去思考决策，要先问自己，这么做真的对吗？我的直觉靠谱吗？

第二，建立决策委员会。黑石的创始人苏世民曾在他的回忆录中提及，当时他自己单独决策一个投资项目，并没有坚持将反对的意见充分论证，结果投资项目失败，甚至差点断送了黑石集团。之后他吸取惨痛教训，在决策时，要让每位合伙人对于审议投资项目发言，不得弃权，因为他必须听到不同的声音。而巴菲特在进行重大投资并购决策时，也会建立红队和蓝队，一方负责收集支持的意见和证据，另一方负责收集反对的意见和证据。所以，有智慧的方法，是在内部就是听取合伙人、决策委员会的意见；在外部，就是听取律师等外部顾问的意见。这样决策才能够真正地降低风险。

第三，逆向思维。进行正向沙盘推演，和逆向的"预先尸检"。前者是为了让自己知道，走通这一步达到"彼岸"，需要哪些步骤、哪些资源、多少时间；而后者的"预先尸检"，则是从失败的角度，分析预判，哪些事情会导致这

件事情失败，然后去把这些失败的根源消除。这样能够有效克服“隧道视野”——无法看到此点之外的事情，避免局部思维，而是拥有全局观、充分考虑风险事项和备选方案。

第四，了解未知，克服“乐观”的假象。之所以要“反直觉”，是因为“直觉”所基于的事实、情境发生了很大的、未知的变化，那么这样的直觉，带给你的就是“每步错，步步错”的结果。最大的决策陷阱就在于，你不知道你“不知道”的（You don't know what you don't know）。你认知圈之外的，你自然就不知道。要击破这个信息茧房，就必须主动去了解“未知”，去验证你的假设，避免过于“乐观”和“战略性”懒惰。

第五，多元化视角，找对军师、找对外部顾问。另一个击破信息茧房的方法，就像本文前面所提到的这些“常识”，该如何获取？一方面，就要促进多元化，决策要有包容性，能够有不同背景、经验和观点的团队成员来参与，以减少单一视角带来的偏见。另一方面，找对外部军师十分关键，这个军师，可以是律师，但是又得“超越律师”——尤其是富有涉外法律、国际投资业务经验，甚至在海外国际大所、大公司有工作经验的专业顾问，能够给企业不仅仅是法律的建议，还有战略的建议，风控的建议以及诸多可以“救命”的“常识”。

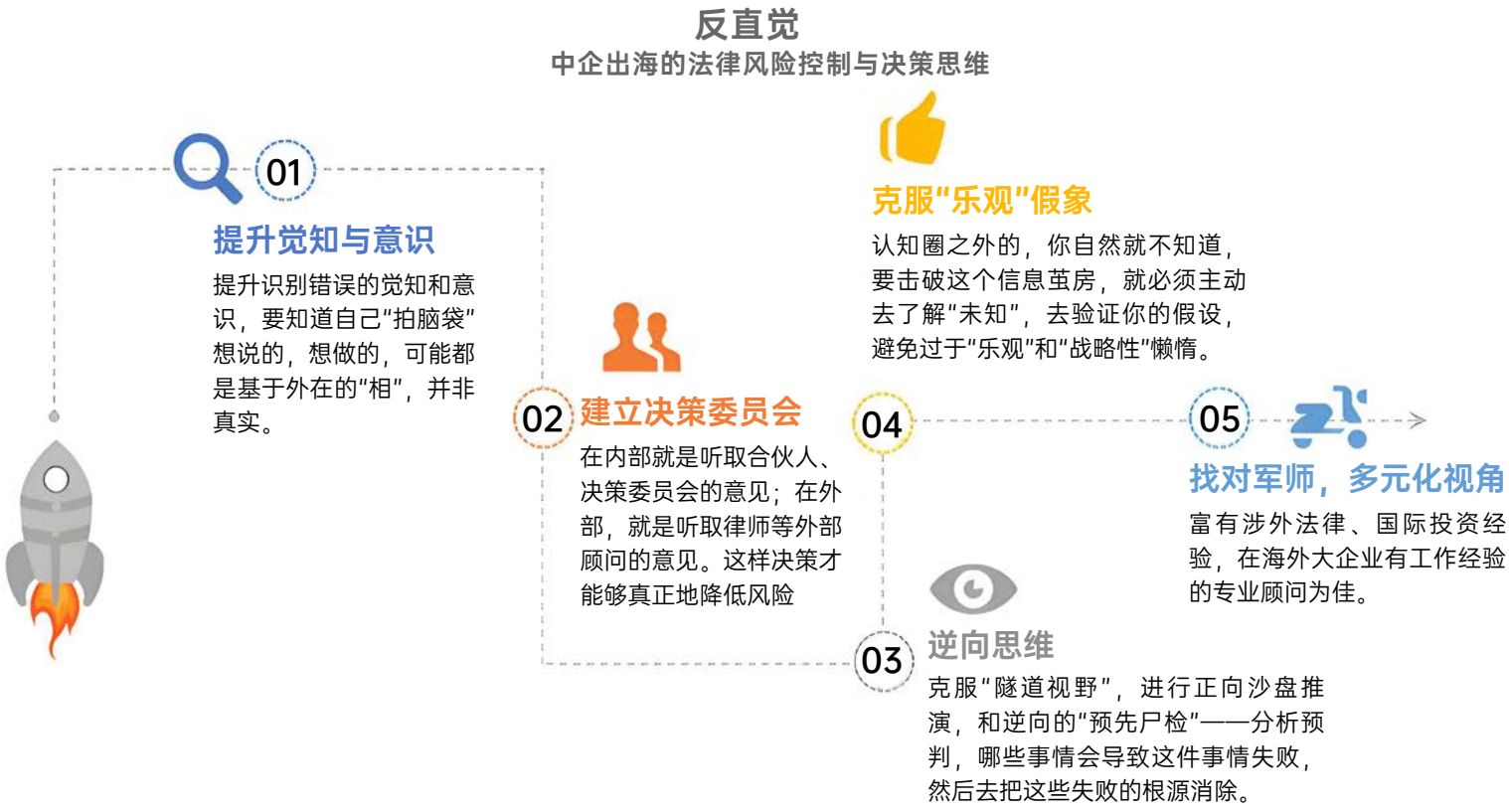


图1：企业出海——法律风控决策的五个思维步骤

与之相关的一个"反直觉"做法，就是不要去贪图节省外部专业人士的费用，不要跟人砍价。好的顾问、军师，就像给你开刀的大夫，不尊重他们的付出和劳动，那么他们少付出，这对你究竟是一件好事，还是坏事？还是那句话，如果他们的一个点子，能够防范你的牢狱风险，能够避免千万、亿万的损失，你却不尊重其付出，别人还会心甘情愿地为你贡献吗？结果很简单——可能你最后获得的仅仅是"值这个钱"的点子，不可能收获到"惊喜"和超额价值。其他的，那就"祝你好运"了。这背后，也是宇宙间的公允法则。

我们不妨看看华为早期的成功案例。1997年华为全年营收仅41亿元，为走向国际化，华为拟通过咨询方式向IBM学习先进的全球化管理方法。IBM当时的大中华区负责人周伟焜经过测算，报价4800万美元（约人民币5.6亿元），相当于华为此前一年的利润收入。其实这个报价偏高——因为IBM知道，中国企业喜欢砍价，所以已经预留出了空间准备"被砍"。果然，此方案立即引起了高管的强烈反弹，纷纷示意CEO任正非必须砍价。

任正非只认真地问了一句："你们有信心把项目做好吗？" IBM中国区主管周伟焜沉思片刻后，回答了一个字："能！"于是任正非当场直接拍板同意，一分钱不砍价。这个决定传到了IBM总部，IBM的时任CEO郭士纳对任正非的态度肃然起敬。在得知任正非不还价的决定后，郭士纳沉默了一会，然后对秘书说了三个字："好好教。"

这样的"反直觉"做法，这样的心胸和格局，成就了华为的伟大。经过IBM专业"培训"，到了2008年，向IBM学习10年不到，华为年度营收达到183亿美元。2010年，华为成功闯入世界500强企业，突破海外高端市场。[1]

第四部分\

该选择什么样的律师或外部顾问？

所以，现在不少企业也已经意识到，不能简单粗暴地认为，我只要找了当地的知名律所，或者只要找了一位我长期使用的、信任的"律师"，就万事大吉、高枕无忧了。术业有专攻，能解决A问题的律师，不一定能解决B问题；能帮助欧洲当地企业解决问题的欧洲律师，就一模一样的法律问题，不见得能够为文化和认知上存在差异的中国企业提供完美的解决方案。

更为重要的是，假如当地的律师给了不准确的判断，甚至给了有问题的意见，谁能够帮

1.杨少龙，《华为：40亿学费师从IBM》，https://mp.weixin.qq.com/s/bc4NY7OIlxg3rNAUL8JQpQ

助中国企业去进行验证呢？他说什么，就是什么吗？我们能够形成独立的判断吗？作为企业管理者，又是否人人都拥有法律专业的培训和经验，去进行独立的验证和判断呢？

所以，企业出海所需要的律师，更像是"军师"，是出海相关的一切法律和风险事务的管理者，而不是仅仅是做做尽调、看看合同的"律师"，所以综合能力，包括法律风险的识别、国际化视野、跨文化沟通和谈判、对投资国当地律师的遴选和判断能力，以及其他项目管理等方面，都有较高的要求。

假如当地的律师给了不准确的判断，甚至给了有问题的意见，谁能够帮助中国企业去进行验证呢？

为什么说，中国律师在帮助客户出海的时候，自己的角色要更像一位"军师"，要超越"律师"？因为有太多的客户需求，是律师这个角色无法满足的。例如对于营商环境和合作伙伴的背景调查，该角色就要由外部的国际调查公司来担任。企业在并不友好的环境之下，该如何建立品牌形象、媒体策略，搭建友善的当地政商关系，获得有影响力的人士的加持？这项任务的完成——就要仰赖于外部的国际公关公司来担任支持的角色。如何找到合适的当地管理人才，管理好人力资源，并且在认知上能够知道正确的人力资源战略，不踩坑不犯错？——这就需要找到合适的国际人力资源（猎头）公司来担任角色。假如律师没有这样的战略观、全局观，客户就容易在出海的道路上，一脚踩空。

中企出海：谁来担任你的军师

角色 1

法律与合规问题

关乎企业出海的成败，包括跨境法律的独特挑战、跨境文化冲突，境外游戏规则的“反常识”，且错误发生往往结果不可逆。

角色 3

营商环境与合作伙伴调查

可信的环境与交易伙伴需要时间，短时间内要闪婚，必须进行背调。

角色 5

人力资源

如何找到合适的当地人才，管理好人力资源，这是出海成功、长期经营的关键要素。

角色 6

落地支持

企业出海的成功以及之后长期的运营，都需要有能够提供当地落地支持的机构提供及时、高效、高性价比服务的外部供应商。

角色 2

税务与架构

跨境的税务筹划直接关系到企业的利润损耗，避免为认知的缺陷而缴税。

角色 4

公关与品牌形象

品牌形象、ESG、商业伦理、地方政商关系的搭建与维系、影响力人士的加持——将对企业的成功起到**重要作用**。

图2：企业出海——如何决策才能避免“一脚踩空”？

中国企业出海，极为关键性的一步，是找到一位熟悉跨境法律和商业文化、拥有国际化思维，并且在海外知名律所或者咨询机构有执业、工作和生活经验的专业人士。中国企业出海对于律师的需求，其实早已经远远超出了“法律”这一个单一范畴。律师能否给客户提供法律之外的，与国际投资与贸易相关的战略性的咨询？他（她）的触角是否足够长，拥有国际的网络资源，能够及时告知最新的海外资讯？能否及时为客户预判未来的风险，能否为客户推荐其他的关键性服务供应商（例如调查公司、公关公司、人力资源公司）？**对于这样的角色，管理能力、战略分析能力、资源调配能力，所带来的价值，远远超过法律业务本身的价值——但是这恰恰是出海企业所迫切需要的。**

第五部分\

总结

在全球化的浪潮中，中国企业出海已成为不可逆转的趋势。然而，这一过程中，部分企业频频因"常识性"错误而陷入困境，这些错误往往源于其对当地法律与文化的无知、对游戏规则的不熟悉。从律师的角度来看，这些错误不仅可能导致争议、诉讼、政府调查与处罚，甚至可能导致刑事责任，经济损失巨大，还可能进一步损害企业的国际声誉。为了避免这些风险，企业需要采取"反直觉"的决策方法，寻找正确的军师，为企业提供有价值的战略顾问。

查理芒格有一句名言，"反过来想，总是反过来想。"——这句话就是告诫我们，决策往往需要采用"反直觉"的方法，出海时必须重视法律风险的防范、建立跨境合规风控体系、优化内部控制和企业治理结构，以确保在遵守当地法律法规的基础上稳健发展。

而有谁能够提示、敦促你进行反直觉地思考和决策，那就是你的军师和顾问。

"我身边每一个一起共事的人，都是我精心选择的。这被证明是（成功）最为关键的因素。我不和我不喜欢、不认可的人打交道。这是关键。就像婚姻一样。"

——巴菲特

巴菲特说过："我身边每一个一起共事的人，都是我精心选择的。这被证明是（成功）最为关键的因素。我不和我不喜欢、不认可的人打交道。这是关键。就像婚姻一样。"所以，出海的过程中，寻找外部合作伙伴、专业人士，也应当如此——绝对不能够马虎、将就，不然"一脚踩空"可能随时都会发生。

中国企业应学会在海外投资决策的过程中——需要"法律前置"，找到最佳的顾问和军师，在法律方面投入足够的预算，在懂得游戏规则的前提下"出海"，做到"谋定而后动"。最终，只有这样，企业才能在全球化的竞争中懂得游戏规则，从容、稳健前行，修得真经、功德圆满。

龚乐凡
合伙人
私募基金与资管部
上海办公室
+86 21 6061 3608
lefangong@zhonglun.com

我国生成式人工智能的监管框架及主要法律风险

作者：陈际红 陈煜烺 李佳笑

生成式人工智能（Generative AI，以下简称"Gen AI"）正处于快速发展阶段，技术发展提升了生成内容的质量和多样性，推动了广泛的应用，例如自动化文案生成、图像修复与增强、合成语音和药物发现等领域。随着企业陆续推出基于Gen AI的产品和服务，如国产大模型Kimi、OpenAI的GPT-4o API，全球Gen AI的商业化步伐显著加快。技术的发展和商业化的深入也引发了一系列的法律问题、监管问题和伦理问题，主要国家正在加紧制定相应的法律法规，确保技术发展符合伦理规范，防止滥用，如欧盟《人工智能法案》于2024年8月1日正式生效。

中国采取敏捷治理、小切口立法的路径，迅速回应人工智能技术带来的监管、法律和伦理挑战。全球首部专门Gen AI治理法规《生成式人工智能服务管理暂行办法》（"《暂行办法》"）于2023年8月15日正式施行，与《科技伦理审查办法（试行）》等法规共同构建了我国Gen AI治理的初步法律框架。2024年，《人工智能生成合成内容标识办法（征求意见稿）》《网络安全技术 生成式人工智能服务安全基本要求（征求意见稿）》等文件接踵而至，各地网信亦陆续公布大模型备案信息，标志了我国Gen AI治理迈入纵深推进阶段。

第一部分\

监管框架梳理

（一）大模型备案

《暂行办法》对Gen AI服务采取了包容审慎和分类分级监管的基本思路，以Gen AI服务提供者为主要监管抓手，规定了算法合规、内容合规、知识产权合规、训练语料合规、数据标注合规等一系列的法定义务。

尤其是，《暂行办法》要求对于具有舆论属性或社会动员能力的、直接面向境内公众提供的Gen AI服务，应开展Gen AI服务的安全评估和备案,即"大模型备案"。备案服务包括但不限于具备文字生成、图片生成、声音生成、视频生成等功能的Gen AI服务，不具有舆论属性或者社会动员能力的Gen AI服务无需备案，若服务未面向境内公众提供，则不适用《暂行办法》。对于通过API接口或其他方式直接调用

已备案大模型能力的Gen AI应用或功能，网信部门要求采用登记方式，允许其上线提供服务。区别于"生成合成（深度合成）类算法备案"，"大模型备案"在流程和侧重点上有明显区别。

（二）算法监管

Gen AI技术的底层逻辑是算法和模型，自2021年起，主管部门以"每年一部"的频次，相继出台了数部关于算法监管的规定。2021年12月31日，国家网信办联合四部门发布《互联网信息服务算法推荐管理规定》；2022年11月25日，《互联网信息服务深度合成管理规定》正式出台；2023年7月，《暂行办法》正式发布，其中亦对Gen AI涉及的算法提出合规要求。至此，我国涉及Gen AI算法监管的法律框架正式形成，Gen AI技术开发者及服务提供者应当依法履行算法相关监管要求，比如进行相关算法的备案。

（三）互联网信息服务及信息内容监管

基于Gen AI之"内容输入"和"内容生成"的运行模式，在我国，通过互联网向公众提供Gen AI服务一般会构成"提供互联网信息服务"[1]，并需承担相应信息内容监管责任。具体而言，根据《暂行办法》，应承担内容生产者责任。

以2011年修订的《互联网信息服务管理办法》为核心，主管部门陆续出台了《互联网文化管理暂行规定》《互联网视听节目服务管理规定》《互联网新闻信息服务管理规定》《具有舆论属性或社会动员能力的互联网信息服务安全评估规定》等针对互联网信息服务的规定，以及《网络信息内容生态治理规定》等专门针对信息内容治理的规定。除遵循一般性的互联网信息服务及信息内容监管规定外，Gen AI服务提供者应结合自身业务模式（例如是否利用Gen AI技术从事"经营性互联网文化活动""互联网视听节目服务"或"互联网新闻信息服务"等），判断是否需遵循特殊监管要求。

（四）增值电信监管

目前，不少Gen AI服务提供者将Gen AI技术嵌入其他垂直领域进行应用，以为用户提供更好的产品体验。在我国，基于不同网络产品/服务的具体业态（例如是否涉及信息服务业务，是否涉及交易处理业务等），可能构成开展增值电信业务，进而需遵循《中华人民共和国电信条例》《电信业务经营许可管理办法》等规定，并参照《电信业务分类目录（2015年

1.根据《互联网信息服务管理办法》第2条，互联网信息服务，是指通过互联网向上网用户提供信息的服务活动。

版）》（2019年修订），依法取得相应增值电信许可证，常见包括ICP证（即前述互联网信息服务）、SP证、EDI证、IDC证、ISP证等。Gen AI服务提供者应结合Gen AI技术所嵌入的具体应用类型，判断是否需取得相应增值电信许可证。

（五）科技伦理审查

《科技伦理审查办法（试行）》于2023年12月1日起施行，其以《科学技术进步法》等作为上位法，突出Gen AI等技术的科技伦理因素，要求从事人工智能等科技活动的单位，研究内容涉及科技伦理敏感领域的，应设立科技伦理（审查）委员会，并依法开展科技伦理风险评估和审查工作。此外，《互联网信息服务算法推荐管理规定》《互联网信息服务深度合成管理规定》亦提出了建立科技伦理审查管理制度并采取技术措施的要求。

第二部分\

数据合规

Gen AI全生命周期所牵涉的数据合规问题复杂，主要阶段包括模型训练、应用运行和模型优化，通常还会涉及Gen AI开发者、服务提供者、服务使用者等多方主体。除了专门规制Gen AI的法规外，Gen AI的参与方在进行数据处理活动中，还要遵循包括《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》《网络数据安全管理条例》等在内的基础性数据安全法律，如涉及数据跨境传输的，还要符合数据跨境传输的法律规定。

（一）模型训练阶段

大模型的成熟度及生成内容的质量都与训练数据高度相关，故此阶段涉及大量数据收集，并对此等数据进行清洗、分词（"Token化"）后用于模型训练和验证。数据清洗、Token化及模型训练存在内部性，需要重点关注Gen AI模型（及所用于训练的数据）的可靠性与稳健性以及数据质量（真实性、准确性、客观性、多样性[2]），并根据《暂行办法》第八条制定标注准则、开展数据标注质量评估、抽样核验等；而对于数据收集的风险则需关注数据源合法性，《暂行办法》第七条即要求Gen AI服务提供者"使用具有合法来源的数据和基础模型"。大模型的主要数据收集形式及合规风险包括：

✓ 采取网络爬虫等形式爬取数据，引发爬虫的合规风险；

2.《生成式人工智能服务管理暂行办法》第七条第（四）项。

✓ 收集已合法公开的公共数据，需要在开放目的在范围内以合理的方式处理数据；

✓ 直接面向数据主体收集数据，如收集其个人信息，则需满足个人信息合规的要求；

✓ 面向数据提供方间接收集数据，核心风险在于确保数据源合规，需对该等数据提供方采取合规管理措施；

✓ 合成数据（计算机模拟生成的数据），应主要关注数据质量。

（二）大模型运行阶段

本阶段将Gen AI技术投入部署，包括直接提供2C应用、提供2B应用接口（也称MaaS，Model as a Service，"模型即服务"，具体包括"API-标准化服务"和"API-定制化服务"）或私有化部署，即可实现人机交互。主要的合规风险包括：

✓ Gen AI服务使用者可能在使用服务时输入个人信息、公司商业秘密、他人享有著作权的作品，进而导致生成内容时可能存在隐私、数据泄露、侵权等风险；

✓ Gen AI服务提供者可能收集个人信息，且通常具备输出个人信息的能力，可能构成个人信息处理者[3]，进而存在未充分履行个人信息保护合规要求（例如超目的处理、未就数据共享、数据跨境进行充分告知并取得有效同意等）的风险；

✓ Gen AI服务提供者提供Gen AI服务将面临可靠性与稳健性、透明性与可解释性、准确性与公平性等风险。

（三）大模型优化阶段

本阶段基于人机交互所收集的数据，可能被用于模型的迭代训练。一方面，此等迭代训练过程同样面临模型训练阶段的可靠性与稳健性、透明性与可解释性、准确性与公平性等风险；另一方面，此阶段的外部风险集中在向Gen AI服务使用者提供服务时，需明确就此等模型迭代训练等处理活动事先告知Gen AI服务使用者并取得有效同意。

第三部分\

知识产权挑战

区别于既定指令的机械执行，"像人类一样思考"的Gen AI实现了从"复制"到"创造"的跨越，对现有创作模式产生了颠覆性的变化，也对现行的知识产权法律体系带来了挑战。

3.具体关于Gen AI服务提供者是否构成个人信息处理者的分析可参见"GEN AI 合规 FAQs（五）| 企业应用Gen AI需关注的数据安全和个人信息保护问题"，https://mp.weixin.qq.com/s/8PMFYOJbHYqH7dxONg-dLIQ。

（一）使用作品开展模型训练是否构成合理使用？

大规模和高质量的训练语料供给是大模型成功的基础。由于多数训练语料属于受到现行著作权制度保护的作品，因此对于大模型企业来说，在传统"授权-许可"模式下通过支付费用进而获得全部许可的经济成本过于高昂且耗时漫长，显然也不太现实。在大模型产业快速发展和应用的过程中，围绕创作激励与产业发展的作品使用行为性质也面临诸多争议和讨论，目前已有多个作者、版权方针对Gen AI模型训练过程中未经授权的作品使用行为提起诉讼。例如，2023年，美国艺术家对Stability AI在内的三家Gen AI商业应用公司提起版权侵权的集体诉讼；Getty Images也随之在美国针对Stability AI复制其图片用于训练Stable Diffusion的行为提起诉讼。据公开报道，2023年11月，中国的四位绘画创作者将某社交平台诉至法院，诉称其未经授权使用了原告的原创作品作为训练数据，从而生成了与原作高度相似的图片，"侵犯了创作者的合法权益"，目前案件仍在审理中。[4]

我国《著作权法》第二十四条规定了12类合理使用的法定情形，直接论证"Gen AI模型训练的作品使用行为构成合理使用"存在一定难度。具体而言，首先，Gen AI的本质是机器学习，且所开发的Gen AI技术一般具有商业目标，较难被认定"为个人学习、研究或者欣赏"；其次，Gen AI作为一种创造性的内容创作系统，并不存在"为介绍、评论或说明"现有作品的前提，且创作过程中难以量化"适当引用"的标准；此外，即使Gen AI研发一定程度上可以被视为"为科学研究"，但"少量"和"供教学或者科研使用"的目的限制也一定程度上导致适用困境。除明确列举的法定情形外，《著作权法》第二十四条还规定了"法律、行政法规规定的其他情形"的兜底条款，以留有一定灵活性。《著作权法实施条例》提出了合理使用的"三步检验判断标准"[5]，即同时符合"特定情形下""不影响原作品的正常利用""没有不合理的损害权利人合法权益"的情况下存在被认定为合理使用的可能性，这也为司法快速应对技术发展进行适应性裁判留出了空间。例如，最高人民法院发布的《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》第8条规定："在促进技术创新和商业发展确有必要的特殊情形下，考虑作品使用行为的性质和目的、被使用作品的性质、被使用部分的数量和质量、使用对作品潜在市场或价值的影响等因素，如果该使用行

4.澎湃新闻：北京互联网法院开庭审理全国首例涉及AI绘画大模型训练著作权侵权案，https://m.thepaper.cn/newsDetail_forward_27800697，最后访问时间2024年12月10日。
5.《著作权法实施条例》第21条。

为既不与作品的正常使用相冲突，也不至于不合理地损害作者的正当利益，可以认定为合理使用。"

在 Gen AI兴起的大背景下，对传统著作权合理使用制度与三步检验法产生了革新要求。面对类型化的合理使用制度适用范围较窄，导致无法适应Gen AI产业发展而引发的著作权侵权问题，在进行充分的利益平衡考量的基础上，可以积极考虑将 Gen AI模型训练的作品使用行为纳入合理使用规制框架。

（二）Gen AI生成内容是否具有可版权性?

针对Gen AI生成内容可版权性的讨论集中于其是否具有"独创性"以及是否为"智力成果"。Gen AI技术的基本逻辑是基于输入内容进行处理并对外输出内容，因此人在其中的参与因素及智力贡献成为了判断可版权性的重要标准。

国际上，2023年2月，美国版权局拒绝了含有Gen AI生成图片的漫画《黎明的查莉娅》（Zarya of the Dawn）的版权登记申请。在此案中，美国版权局认为尽管文本提示影响了人工智能生成内容的方向，但该生成过程缺乏可预测性，不受申请人控制，因而人工智能并非单纯的编辑工具，故申请人可基于文本的作者身份及其对文字、视觉元素的选择、协调和编排，就文本与图像构成的整体登记版权，但该版权保护不适用于人工智能生成的每个单个图像。2023年3月，美国版权局发布《版权登记指南：包含人工智能生成材料的作品》（Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence），重点强调了只有当作品包含人类创作因素时，该作品才能够受到版权保护（Human Authorship Requirement），拒绝登记仅由机器或纯粹的机械过程而没有人类作者任何创造性投入或干预的情况下随机或自动运行产生的作品。[6]

在中国，除了已经广泛讨论的"威科数据库案"和"Dreamwriter案"外，北京互联网法院近期针对人工智能生成图片著作权侵权纠纷作出一审判决（（2023）京0491民初11279号），认为：原告（用户）进行了一定的智力投入，比如设计人物的呈现方式、选择提示词、安排提示词的顺序、设置相关的参数、选定哪个图片符合预期等。涉案图片体现了原告的智力投入，故涉案图片具备了"智力成果"要件；图片的调整修正过程亦体现了原告的审美选择和个性判断，涉案图片具备"独创性"要件。据此判决：1）涉案人工智能生成图片具备"智力成果"

6.关于美国对于Gen AI生成内容的监管实践，详见《他山之石丨美国如何认定Gen AI的可版权性？》，https://mp.weixin.qq.com/s/F0gg5GG4Ce4pjfujYb1d2g。

与"独创性"要件，应当被认定为作品；2）原告享有涉案图片的著作权。

无论在中国还是美国，对于Gen AI生成内容的可版权性认定思路基本一致：Gen AI生成内容具备独创性且可充分体现人类的智力活动，是Gen AI生成内容成为版权法意义上受保护的客体的前提。但是，关于生成过程中用户对生成物的控制能力、用户智力贡献在生成物中的具体体现及生成过程的可预测性等诸多事实问题，中国和美国显然出现了认知分歧，从而导致对可版权性的观点相左。

（三）Gen AI生成内容权属属于谁？

对于Gen AI生成内容的权属，法律并未就此进行明确规定。在上述北京互联网法院审理的案件的判决中，认为原告（即用户）是直接根据需要对涉案人工智能模型进行相关设置，并最终选定涉案图片的人，涉案图片是基于原告的智力投入直接产生，且体现出了原告的个性化表达，故原告是涉案图片的作者，享有涉案图片的著作权。

目前Gen AI服务提供者一般是通过协议等方式对Gen AI生成内容的归属作出约定，一般约定相关权益（包括知识产权）归属于Gen AI服务使用者，Gen AI服务提供者获得相应的使用授权。例如，Open AI在其用户协议中明确，"Open AI将输出内容的所有权利及权益转让给用户。Open AI可能会基于提供和维持服务而进行使用。由于机器学习的特性，基于类似问题可能会产生相同的回复。由其他用户请求和生成的响应不被视为唯一用户的内容。"[7]

（四）Gen AI生成内容是否存在著作权侵权风险？

由于Gen AI需要利用现有作品进行模型训练，并通过依赖训练作品形成的算法模型产生Gen AI生成内容，因此，Gen AI生成内容可能会不可避免地携带了训练作品的记忆或痕迹。Gen AI生成内容可能会呈现出训练作品的某些元素、特征、风格等。一般认为，如果Gen AI生成内容与训练作品在表达上构成"实质性相似"且存在"接触"，则可能存在侵权风险。具体而言，如果生成内容可视为训练作品的"复制件"，则可能落入"复制权"乃至"信息网络传播权"的规制范围；如果在保留作品基础表达的前提下形成了具有独创性的新的表达，则可能构成对训练作品"改编权"的侵害。广州互联网法院近期针对Gen AI平台侵权责任作出一审判决（（2024）粤0192民初113号）也明确了前述判断思路，由于作品本身知名度较大，该Gen

7.https://openai.com/policies/terms-of-use，最后访问时间2023年9月12日。

AI平台存在接触该作品的可能性，且生成图片部分或完全复制了作品的独创性表达，构成实质性近似，因此侵犯了对原作品的复制权和改编权。

除此之外，由于Gen AI生成内容与训练作品的基因脉络一致性，Gen AI生成内容还可能存在风格模仿的问题，如Erin Hanson风格的图画创作、AI孙燕姿的歌曲，也引发了各界对于风格模仿行为的讨论。鉴于版权保护"思想-表达"二分法的基本原则，风格本身并非一种表达形式，无法受《著作权法》保护。但是司法实践中，对于作品哪些部分构成"思想"，哪些部分构成"表达"往往是原被告双方争议的焦点。

Gen AI业界也认识到了潜在侵权对行业发展的困扰，为了消除消费端的侵权担忧，OpenAI、Google、Microsoft、Adobe和Shutterstock等领先的Gen AI业者，率先给出承诺，如果用户遭受第三方的知识产权索赔，其将为用户承担相应的法律责任。

（五）谁对Gen AI生成内容侵权承担责任?

《民法典》规定了网络服务提供者责任承担的一般原则，即网络服务提供者无需为用户利用网络服务的侵权行为承担责任，但对于其知道或应当知道的网络用户侵权行为应及时采取必要措施以避免损害扩大。在Gen AI面向终端用户提供服务场景下，生成内容是算法自身基于对Gen AI服务使用者输入内容的理解，通过算法生成的方式完成。尽管Gen AI服务提供者事实上在算法模型训练和优化过程中，会通过数据选择、调参入模等而对Gen AI生成内容产生影响，但对于最终Gen AI生成内容"选择、编辑、修改"的"输入-输出"这一过程，是由Gen AI服务使用者与算法共同完成的，Gen AI服务提供者本身对此控制较为有限，是否可以据此推定Gen AI服务提供者对生成内容侵权"明知"或"应知"仍有待厘清。

在上述广州互联网法院审理的案件判决中，法院依据《暂行办法》的有关规定认定涉案平台作为Gen AI服务提供者对于侵权行为未尽合理注意义务，从而承担侵权责任。此案的裁判引发了一定的争议，关于Gen AI侵权责任的认定和分配仍将会持续争论。

陈际红
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2003
chenjihong@zhonglun.com

企业账款清理新情态下"背靠背"条款设计及争议攻防策略

作者：李崇文 吴坤 史超文 欧阳宇航

2024年10月18日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于解决拖欠企业账款问题的意见》，对推进解决拖欠企业账款问题作出系统部署。在此之前，最高人民法院（以下简称"最高院"）于2024年8月27日发布了《关于大型企业与中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复》（法释〔2024〕11号，以下简称《批复》）。近期如此密集的政策出台，是2020年《保障中小企业款项支付条例》（以下简称《支付条例》）施行之后，国家发力解决拖欠企业账款问题，进而维护企业权益、稳定企业预期、增强企业信心的重要举措。实践中，直接拖延到期款项固然是沉疴痼疾，但商业条款中的变相拖欠，特别是此前已经由实践检验过的"背靠背"条款，亦是引发相关款项支付纠纷的重要原因。

正如《批复》中明确的，"背靠背"条款的核心安排，是付款方以收到第三方（业主、上游采购方等）全部/部分款项作为向收款方支付合同款的前提或条件，这一约定实质在于转嫁付款方因第三方违约导致的资金垫付风险。故此，如单纯在商业安排上统一上下游的付款节点，但并未将其作为付款条件的约定，并不在本文的探讨之列。《批复》首次明确否定了限定情形下"背靠背"条款的效力，并对条款无效后付款期限和违约责任的确定提供了明确依据。但因资金周转始终是各类企业运营的重要需求，而延长账期是企业最常用的策略之一。在此趋势下，未来无论是大型企业还是中小企业，都需要重新审视和调整与自身企业需求匹配的合同策略，以适应法律及司法实践的最新要求。本文中，笔者将依据相关法律法规及司法案例，结合我们在类案实践中的经验，对这一问题进行探讨。

第一部分\

司法实践对于"背靠背"条款效力认定的裁判思路变迁

以2020年9月1日《支付条例》施行前后为分水岭，司法实践就已经呈现出了从"主流观点认可'背靠背'条款效力"到"渐进地否定特定情形下'背靠背'条款效力"的裁判趋势。

（一）《支付条例》施行前：主流观点认可"背靠背"条款的效力

主流裁判观点认可"背靠背"条款的效力，主要是基于意思自治原则，认为此类条款是当事人的真实意思表示，且未违反法律、行政法规的强制性规定，故应当合法有效。[1]具体如，《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要（第三辑）》载明，"当事人约定以第三人的履行作为一方履行债务的条件，该约定是对债务人何时履行债务所作的约定，不影响合同的效力"；北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（京高法发[2012]245号）第二十二条第一款规定，"分包合同中约定待总包人与发包人进行结算且发包人支付工程款后，总包人再向分包人支付工程款的，该约定有效"。最高院及各地法院也有诸多判例对"背靠背"条款的效力予以认可。[2]

但亦有少量否定"背靠背"条款效力的案例，其裁判理由主要聚焦于：（1）"背靠背"条款系格式条款，其转嫁经营风险且排除对方主要权利[3]；（2）"背靠背"条款明显有悖于民事活动"应当合理确定各方权利和义务"的公平原则[4]等等。

（二）《支付条例》施行后：渐进地否定"背靠背"条款效力或不予适用

《支付条例》第六条第一款规定："机关、事业单位和大型企业不得要求中小企业接受不合理的付款期限、方式、条件和违约责任等交易条件，不得违约拖欠中小企业的货物、工程、服务款项。"对此，部分裁判观点认为该条系效力性强制性规定，并在《支付条例》施行后直接援引该条款认定"背靠背"条款无效[5]；但亦有部分裁判观点认为，违反该条规定仅须承担行政责任，并不导致条款无效[6]。

其中值得关注的是2024年7月26日人民法院案例库新增的三个涉及"背靠背"条款的案例（入库编号：2024-08-2-084-011、2024-08-2-115-001、2024-08-2-115-002，以下简称"三入库案例"）。三入库案例中，法院虽然在说理中回避了对此类条款效力的直接否定，但基于《民法典》第六条和第七条规定的公平原则和诚实信用原则，认为上游主体应当独立承担其交易对手方的违约风险或破产风险，不能向下游主体转移本应由其承担的商业风险，进而不予适用"背靠背"条款。进一步地，依据《人民法院案例库建设运行工作规

1.参见（2021）最高法民申1286号等案例。
2.参见（2021）最高法民申1286号、（2020）最高法民终106号、（2016）最高法民终811号等案例。
3.参见（2019）冀05民终517号等案例。
4.参见（2021）京0108民初66489号、（2018）陕民申109号等案例。
5.参见（2023）最高法民申2191号、（2022）鲁09民终2217号、（2023）辽01民终9158号等案例。
6.参见（2021）吉76民终5号、（2023）豫14民终5246号等案例。

程》（法〔2024〕92号）第十九条的规定，"各级人民法院审理案件时，应当检索人民法院案例库，严格依照法律和司法解释、规范性文件，并参考入库类似案例作出裁判"，笔者预计未来各地法院有较大概率会参考并延续前述三案例的裁判要旨作出裁判，司法实践转向已经初具征兆。

第二部分\

《批复》实施后"背靠背"条款的效力及责任认定

2024年8月27日最高院《批复》发布后，法院在未来案例中如何认定"背靠背"条款的效力及法律责任首次有了明确的规定基础。依据《批复》正文可知：

"一、大型企业在建设工程施工、采购货物或者服务过程中，与中小企业约定以收到第三方向其支付的款项为付款前提的……该约定条款无效。

二、在认定合同约定条款无效后，人民法院应当根据案件具体情况，结合行业规范、双方交易习惯等，合理确定大型企业的付款期限及相应的违约责任。双方对欠付款项利息计付标准有约定的，按约定处理；约定违法或者没有约定的，按照全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率计息。大型企业以合同价款已包含对逾期付款补偿为由要求减轻违约责任，经审查抗辩理由成立的，人民法院可予支持。"

很明显，《批复》对于"背靠背"条款的效力及责任认定采取的并非是一刀切的做法，要正确地适用相关规定，需要对这两个条文做拆分解读。结合相关法律法规、司法实践及笔者的办案经验，我们将主要从《批复》的法律性质、适用条件、适用后果、溯及力等几个方面进行针对性的实务解读。

（一）《批复》在性质上应属具有普遍法律效力的司法解释

对于各地高院呈报的关于某案应如何处理的请示，最高院通常会以批复、答复、复函等形式作出指示。依据最高院《关于"最高人民法院公开各类司法依据文件"的答复》，多数答复属于具体个案的请示答复，其法律拘束力仅限于个案本身，而不具有普遍的法律效力，在其他案件中法官不能将上述答复直接作为裁判依据。但依据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（2021修正，法发〔2021〕20号）第六条的规定，"司法解释的形式分为'解释'、'规定'、'规则'、'批复'和'决定'五种"，"对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体

应用法律问题的请示制定的司法解释，采用'批复'的形式"；同时依据第五条的规定，"最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力"。

鉴于此，结合《批复》的文号及公开发布的情况，其应属于对高级人民法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释，即其效力并不限于个案，而是具有普遍法律效力，可以直接被法院在后续案件中作为认定"背靠背"条款效力的依据。

（二）"背靠背"条款无效的适用条件

1.主体条件：限于大型企业（付款方）与中小企业（收款方）之间

（1）如何区分不同的企业类型

关于大型企业、中小企业的认定标准问题，最高院在《批复》的理解适用中说明，《中华人民共和国中小企业促进法》第二条、《支付条例》第三条可作为司法实践的认定依据。《支付条例》第三条则进一步明确，对企业类型认定的具体时点应以"合同订立时"为准。至于具体的判断标准，《支付条例》第三条、第二十三条提供了两种不同的认定方式：

第一种，依据国务院批准的相关划分标准来认定公司的类型。实践中，常见的对企业划分的标准来源于工业和信息化部（以下简称"工信部"）等发布的《中小企业划型标准规定》（工信部联企业〔2011〕300号），以及国家统计局发布的《统计上大中小微型企业划分办法（2017）》。该等规范均主要从"从业人员"及"营业收入"两个指标对企业类型进行区别界定，在认定大、中、小型企业时，须同时满足相关行业所对应的两项指标的下限，若有一项不满足的则下划一档。此外，在小型企业之下还有一个"微型企业"的种类，而从规范旨意来看，大型企业与微型企业之间的"背靠背"条款亦应属于《批复》的调整范围。囿于篇幅，笔者仅简要摘录《批复》涉及的部分常见行业的认定标准如表1，读者亦可通过工信部中小企业局提供的"中小企业规模类型自测"小程序进行扫码自测。

表1：部分常见行业企业类型的认定标准

行业名称	指标名称	计量单位	大型	中型	小型	微型
工业	从业人员（X）	人	X≥1000	300≤X＜1000	20≤X＜300	X＜20
	营业收入（Y）	万元	Y≥40000	2000≤Y＜40000	300≤Y＜2000	Y＜300
建筑业	营业收入（Y）	万元	Y≥80000	6000≤Y＜80000	300≤Y＜6000	Y＜300
	资产总额（Z）	万元	Z≥80000	5000≤Z＜80000	300≤Z＜5000	Z＜300
批发业	从业人员（X）	人	X≥200	20≤X＜200	5≤X＜20	X＜5
	营业收入（Y）	万元	Y≥40000	5000≤Y＜40000	1000≤Y＜5000	Y＜1000
房地产开发经营	营业收入（Y）	万元	Y≥200000	1000≤Y＜200000	100≤Y＜1000	Y＜100
	资产总额（Z）	万元	Z≥10000	5000≤Z＜10000	2000≤Z＜5000	Z＜2000

第二种，如对中小企业规模类型有争议的，则依据《支付条例》第二十三条第二款之规定，公司"可以向主张为中小企业一方所在地的县级以上地方人民政府负责中小企业促进工作综合管理的部门申请认定"。这一方式可作为认定某公司是否属于中小企业的兜底方案。

（2）是否告知中小企业身份对《批复》适用的影响

依据《支付条例》第三条第二款的规定，中小企业在订立合同时负有主动告知自身企业类型的义务。如未做告知，则需要中小企业进一步举证大型企业在订立合同时已经明知其企业类型。但如中小企业未主动告知、且无法证明大型企业对其身份已知或应知的情况下，是否还应继续适用《支付条例》及《批复》的规定来对"背靠背"条款的效力及后果进行认定，在目前的司法实践中并未见对这一问题的成熟裁判倾向，笔者倾向于认为该等告知义务对实体案件的审理影响将越来越小。具体而言：

一方面，《保障中小企业款项支付条例释义》载明，"《支付条例》在交易中给予中小企业特殊保护，但对于确定企业规模类型的指标，如从业人员、营业收入、资产总额等信息，对于企业外部的人而言获取难度较大，交易的一方当事人往往难以判断交易相对人是否属于中小企业。为保护平等交易双方的合法权益，中小企业应当履行主动告知义务，如果中小企业没有主动告知，机关事业单位和大型企业也没有义务去核实，将不受《支付条例》及有关法律法规的约束"[7]。如循着这一逻辑，因《批复》在论证认定"背靠背"条款无效时的理由也是基于《支付条例》的相关规定，故这一释义引申解释可能直接会导向如未披露中小企业身份，则"背靠背"条款有效的结论，但这一推论目前笔者暂未见到直接匹配的支持案例。实践中常见的争议点在于，如中小企业未提前告知其企业类型，能否直接依据《支付条例》第十五条之规定按照每日利率万分之五主张逾期利息。仅对此问题而言，多数法院要求中小企业证明其已履行告知义务，否则不予支持这一利息计算标准[8]。

另一方面，工信部于2024年4月18日发布的《保障中小企业款项支付条例（修订草案征求意见稿）》中，将现行《支付条例》第三条第二款修订为"机关、事业单位、大型企业订立合同时，应当提示合同相对方说明其是否属于中小企业"，即在企业类型认定这一问题上更多地赋予了大型企业的审查要求，将中小企业的主动告知义务转为"被动说明"的趋势。该草案虽尚未落实，但也一定程度上反映出大型企业需负担一定形式审查义务的要求，未来可能成为司法实践中法院考量的因素之一。循着这一趋势，如未来相关纠纷中大型企业拟以中小企业在签订合同时未主动告知其企业类型为由，主张其"背靠背"条款不属于《批复》规定的无效情形，很可能难以获得法院的支持。

7.参见（2021）晋02民终1723号等案例。
工业和信息化部产业政策与法规司、工业和信息化部中小企业局、司法部立法二局编著：《保障中小企业款项支付条例释义》，法律出版社2024年7月版。
8.认为应付告知义务方可主张《支付条例》项下逾期利息标准的案例如（2023）京02民终572号、（2023）京01民终5141号、（2022）京0108民初42077号、（2021）京0106民初33740号、（2023）云民终1012号、（2021）辽10民终1154号、（2024）青01民终1764号、（2022）桂71民终1号等；但（2023）京03民终5874号案亦倾向于认为是否告知不影响《支付条例》的适用。

（3）大型企业的子公司是否视同大型企业

对此问题，目前并无生效规范作出规定，但依据工信部中小企业局于2021年4月23日发布的《中小企业划型标准规定（修订征求意见稿）》第七条第二款的规定，“符合中小企业划型定量标准，但有下列情形之一的，视同大型企业：（一）单个大型企业或大型企业全资子公司直接控股超过50%的企业；（二）两个以上大型企业或大型企业全资子公司直接控股超过50%的企业；（三）与大型企业或大型企业全资子公司的法定代表人为同一人的企业”。尽管该规定仍处于征求意见稿的阶段，并未实际实施，但某种程度上体现了监管部门对该问题的倾向性意见，未来可能成为司法实践中可资参考的标准。此外，在目前有限的案例中，已有个别法院对大型企业的认定采穿透性审查标准[9]。

（4）政府机关、事业单位是否可参照大型企业适用《批复》规定

从《批复》内容来看，其明确将政府机关、事业单位排除在外。对此，最高院在理解适用中说明，“鉴于《支付条例》中对机关、事业单位从中小企业采购货物、工程、服务的预算执行、政府投资项目不得垫资建设、付款期限等均有明确规定，故《批复》未将其纳入规范范围。对此类案件，应直接适用《支付条例》的相关规定加以处理”，这一排除亦体现了法院对行政机关的谦抑理念。

回到《支付条例》的规定，其第六条、第八条明确，机关、事业单位和大型企业一样，“不得要求中小企业接受不合理的付款期限、方式、条件和违约责任等交易条件，不得违约拖欠中小企业的货物、工程、服务款项”，“从中小企业采购货物、工程、服务，应当自货物、工程、服务交付之日起30日内支付款项；合同另有约定的，付款期限最长不得超过60日”。但如前文所述，因在《支付条例》施行后法院是否会据此直接否定“背靠背”条款效力仍然存在分歧，故《批复》中将“机关、事业单位”与“大型企业”区别对待，客观上会在司法裁判层面为机关、事业单位约定的“背靠背”条款适用留下更多的弹性空间。但随着《关于解决拖欠企业账款问题的意见》及后续各地配套文件的公布实施，对于此类特殊主体“背靠背”条款的限制和规范或将被进一步明确。

2.合同类型条件：仅明确建设工程施工、采购货物或者服务

《批复》中予以明确的合同类型是“建设工程施工、采购货物或者服务”，与《支付条例》第二条规定的“采购货物、工程、服务”基本一

9.参见（2021）晋02民终1723号等案例。

致。对此限定，实践中可能会存在的争议在于，除了前述类型之外的合同，如果约定了"背靠背"条款，是否仍能依据《批复》规定主张无效。

最高院在《批复》随附的理解适用中关于"在合同类型方面，《批复》列举了建设工程施工、采购货物或者服务等典型的合同类型，这也是当前问题比较集中的领域"的表述，似乎表明最高院对此问题持开放态度，可通过后续司法实践趋势来进一步确认。笔者倾向认为，因"背靠背"条款本身并不具有行业特殊性，故仅以合同类型作为认定效力的标准稍显武断。鉴于此，未列举的合同类型中如出现了同样情形下的"背靠背"条款，即便无法直接适用《批复》之规定，亦很可能会参照三入库案例的论理方式，从实质上否认该等条款的约定效果。

（三）"背靠背"条款无效后的法律后果

1. 条款无效后对合同付款期限的认定

关于付款期限的起算日，可以参照《支付条例》第八条第三款的规定，"合同约定采取履行进度结算、定期结算等结算方式的，付款期限应当自双方确认结算金额之日起算"；第九条的规定，"约定以货物、工程、服务交付后经检验或者验收合格作为支付中小企业款项条件的，付款期限应当自检验或者验收合格之日起算……拖延检验或者验收的，付款期限自约定的检验或者验收期限届满之日起算"。但如合同中在"背靠背"条款之外，另行对付款时间/条件做了约定（此时"背靠背"条款通常仅为付款条件之一），且该约定并不违反《支付条例》的相关规定的，该等约定仍存在继续适用的空间。

关于具体付款期限，《批复》未予明确规定。依据《支付条例》第八条第二款之规定，"大型企业从中小企业采购货物、工程、服务，应当按照行业规范、交易习惯合理约定付款期限并及时支付款项"，法院会据此结合行业规范、双方交易习惯等因素合理确定大型企业的付款期限。同时，鉴于《支付条例》第八条第一款针对机关、事业单位提供了合同无约定应在交付后30日内支付，有约定的最长不得超过交付之日起60日支付的标准，故实践中法院亦可能会以此为标准进行认定。

2. 条款无效后对违约责任的认定

在违约责任方面，关于逾期利息的利率，《批复》确立的规则是：有约定的，按约定处理；约定违法或者没有约定的，按照一年期贷款市场报价利率计息。与此同时，大型企业可以主张合同价款已包含对逾期付款的补偿来要求减轻违约责任。

对于前述规则，需要注意的是如何处理其与《支付条例》第十五条规定的潜在冲突。依

据《支付条例》第十五条的规定，"双方对逾期利息的利率有约定的，约定利率不得低于合同订立时1年期贷款市场报价利率；未作约定的，按照每日利率万分之五（备注：该标准高于4倍LPR，与通常的逾期贷款罚息相当）支付逾期利息。"有观点认为，因《批复》相较于《支付条例》属于对特定情形的细化，故在《批复》规定的适用情形下，应根据特别法优于一般法的原则，仅对"背靠背"条款无效后产生的逾期利息按照《批复》规定的一年期LPR计算，其他延期付款的违约金仍适用《支付条例》中关于日利率万分之五的利息标准。这一观点是否会得到法院的普遍认可，尚有待后续司法实践予以明确。

（四）《批复》是否能在事实上溯及既往

因《批复》系以2020年9月1日开始施行的《支付条例》相关条款作为认定"背靠背"条款无效的规范基础，基于溯及力的一般原则，对于2020年9月1日之后大型企业和中小企业签订此类条款引发的纠纷案件，应当适用《批复》的规定。而对于2020年9月1日前大型企业和中小企业签订此类条款引发的纠纷案件，最高院在《批复》的理解适用中明确指出，虽然不能直接适用《批复》规定，但为做好《批复》施行的衔接，通过三入库案例的方式来统一裁判尺度。换言之，对于此类时间在先的案件，法院后续亦将参照三入库案例的裁判要旨，以实现事实上否认"背靠背"条款约定效力的裁判效果。

第三部分\

新情态下"背靠背"条款的攻防指南

（一）对大型企业的应对建议

基于前述分析，大型企业在后续订立相关类型合同时，首先应当有意识地主动识别交易双方的企业类型，提前预判是否会落入《支付条例》及《批复》的规制范围。一方面，如交易对方属于中小微企业的，在相关条款的设置上需要避免"背靠背"条款，采取更为缓和的方式来安排付款，以避免该等条款被认定无效后，需要依法承担更重的逾期付款责任；另一方面，即便选择下属公司作为签约主体，也有可能因控股关系而被穿透审查视为大型企业，进而适用《支付条例》及《批复》的规定。对于具体条款设计的要点，我们试简要列举如下：

1.在合同中明确约定，交易双方对付款期限、付款条件、付款方式的条款均经过了充分协商，并认可现有安排存在的商业风险及法律效力。需要注意的是，单纯的约定收款方"放弃收款期限利益"或"放弃追究收款方因第三方违

约带来的本合同逾期付款责任"，很可能会因违反相关法律法规立法目的，构成法律规避而难以实现约定效果。

2.如合同事实上做了变相的"背靠背"付款安排，可考虑同时另行约定合理的付款期限/条件，避免因"背靠背"条款无效后直接被法院酌定一个更早的付款起算点。同时，在合同价款的构成中可尝试明确约定已包括逾期付款补偿。

3.在供应链较长的情况下，如大型企业处于中间环节，则在其作为付款方时可考虑通过提前测算并约定违约金上限的方式，来限定可能发生的逾期付款违约损失；作为收款方时则可明确，对方逾期付款造成的损失应当包括其因此向合同中已披露之第三人承担违约责任应当支出的额外费用等。此外，如存在向多个主体采购不同产品的需求，亦建议合理规划每个产品的交付时间，从商业流程上缩短中小供应商从交付到收款的时间。

4.对于用以判断付款条件是否成就的标准进行更为明确的约定，如采购的货物、设备、软硬件属于整体交付产品一部分、需要整体验收方能确定是否符合要求的，可考虑在合同中将验收、交付等时点约定为整体交付产品完成验收/交付时点，并据此明确付款期限。

5.在争议解决条款上，如交易方有意排除《批复》的适用，可考虑选择仲裁作为争议解决方式。但需要注意的是，司法解释虽对仲裁机构没有强制约束力，但仍然有较大的影响力，关于是否参考适用司法解释，仲裁机构在个案上享有自由裁量的空间。

（二）针对中小微型企业的可行应对措施

《批复》的出台贯彻保护中小企业的精神，为中小企业及时收回拖欠账款提供了强有力的支持。在这个背景下，中小企业应当利用好《批复》提供的"挡箭牌"，打破与大型企业之间"背靠背"条款的制约，同时也应在具体交易之前采取充足的应对措施，切实维护好自身利益。故此，如中小微型企业需要作为收款方，与大型企业或大型企业的集团下属公司开展业务合作的，在拟定相关类型合同的过程中，可注意从如下几个方面积极应对：

1.积极履行中小企业告知义务，并留存好履行告知义务的书面证据，如可尝试在投标文件、往来邮件、合同条款或其他书面文件中披露自身的中小企业身份，减少因未告知而不受相关规定保护的风险。

2.在档案管理中，可按年度或项目专门保存证明特定时点企业类型的证据（如审计报告、财务报表和员工名单），并在企业类型变化时保存好相关的变动时间、变动原因等方面的书面材料。

3.在谈判时明确拒绝"背靠背"条款及其变相条款，并充分结合具体交易情况、是否有约定以上游主体对整体项目、产品进行试运行/测试后合理期限内无问题为付款条件等因素，争取一个尽可能明确且能够合理预期的付款期限。

4.约定明确的逾期付款违约责任，并将《支付条例》约定的日万分之五作为一个基础参照标准，同时避免约定违约金上限条款。此外，如企业在收款后面临即时的对外付款或采购需求，亦可通过在书面文件甚至合同中予以披露等方式，让付款方对于因其逾期付款可能会给中小企业带来的包括对外违约等实际损失有充分预知，进而为后续依法追究违约损失打下基础。

5.如无法避免"背靠背"条款的，中小企业可以结合自身谈判能力，考虑增加在第三方向付款方支付款项的条件成就后，如因第三方/不可抗力原因导致付款方未能依约收到款项的，付款方仍应履行在本合同项下的全部/部分付款义务等缓和条款，尽力减少付款方转嫁垫款损失的风险。

6.建议在合同中约定以诉讼作为争议解决方式。如前所述，因《批复》是最高院发布的司法解释，对仲裁机构不具备强制约束力。故为了更好地保护自身权益，建议中小企业尽力争取将诉讼约定作为争议解决的方式，以尽可能促成《批复》的顺利适用。

第四部分\

小结

随着《关于解决拖欠企业账款问题的意见》《批复》等系列文件的出台，"背靠背"条款的效力问题已经由争执不下趋向清晰可辨。在这一新的法律环境下，大型企业和中小企业都需要重新审视和调整各自的合同策略和风险控制措施。对于大型企业而言，这意味着需要更加积极地管理上游业主的付款风险，同时在合同中明确付款条件，避免不合理的"背靠背"条款；而对于中小微企业，这些文件为其提供了一个重新谈判合同条款的机会，以确保约定更公平的付款条件，同时也使其能在必要时通过法律途径更好地维护自己的权益。

李崇文
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5087 2888
lichongwen@zhonglun.com

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。