



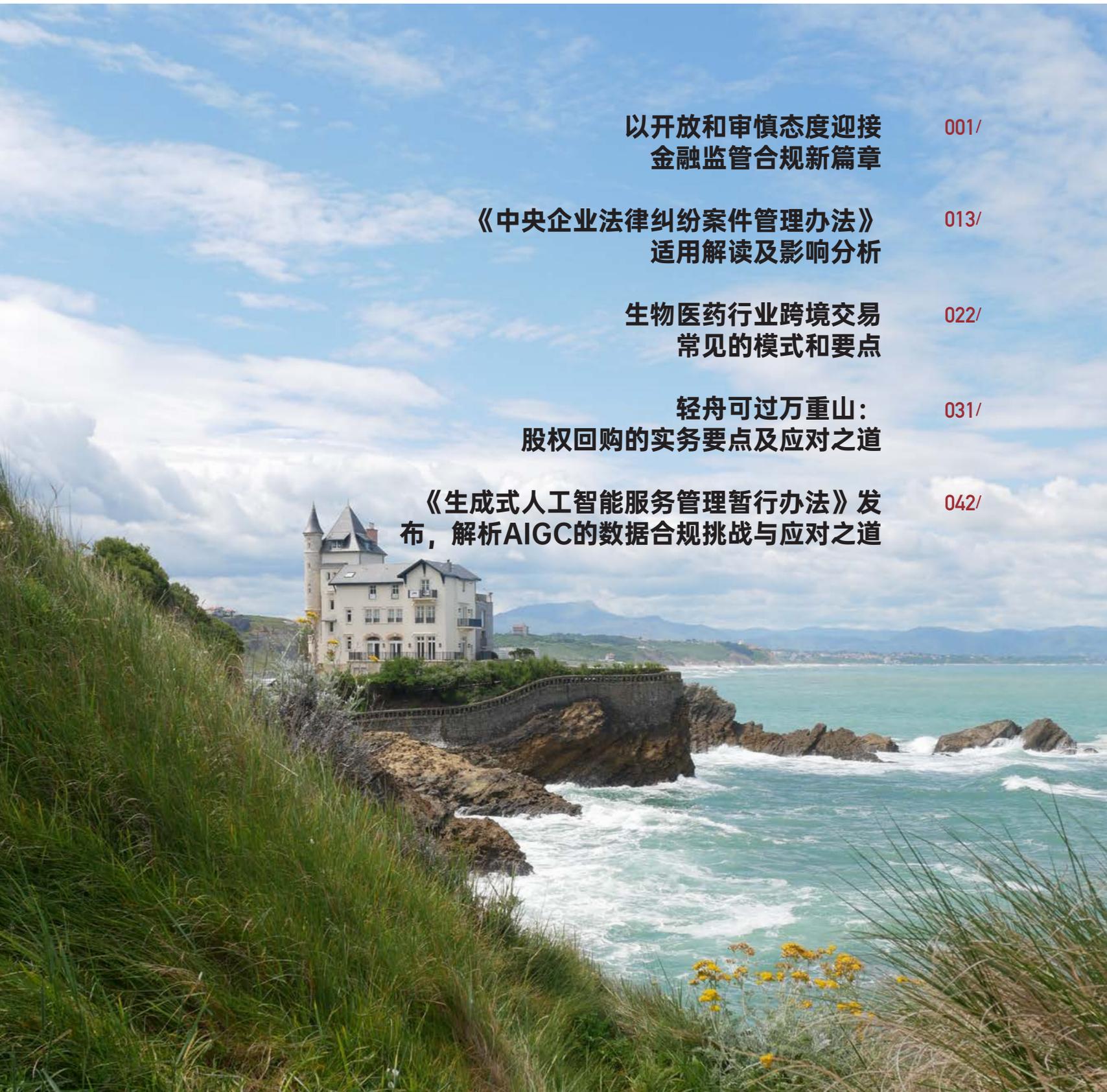
以开放和审慎态度迎接
金融监管合规新篇章 001/

《中央企业法律纠纷案件管理办法》
适用解读及影响分析 013/

生物医药行业跨境交易
常见的模式和要点 022/

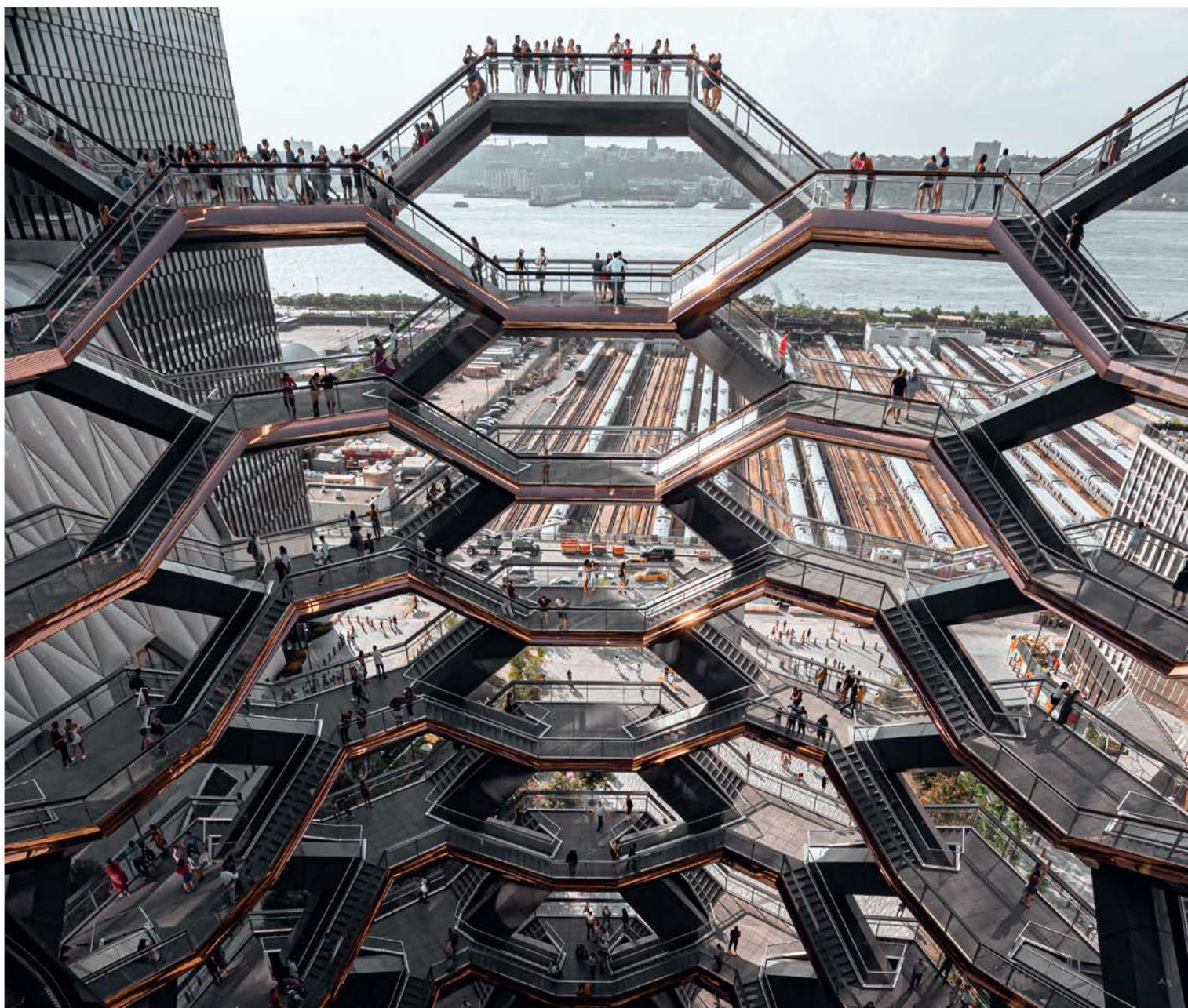
轻舟可过万重山：
股权回购的实务要点及应对之道 031/

《生成式人工智能服务管理暂行办法》发
布，解析AIGC的数据合规挑战与应对之道 042/



以开放和审慎态度迎接 金融监管合规新篇章

作者：高俊 周杨洁



2023年5月18日，国家金融监督管理总局在京挂牌。笔者梳理发现，首任局长李云泽上任以来，在调研、大会致辞等公开活动中多次提及“扩大金融业对外开放”，还相继会见多家国际金融机构负责人，例如在6月5日会见美国花旗集团首席执行官范洁恩 (Jane Fraser) 女士一行，6月20日会见新加坡淡马锡董事长林文兴 (Lim Boon Heng) 一行，介绍了中国经济金融形势、金融监管改革有关情况，并表示中国金融业将进一步扩大对外开放。外方亦表示，对中国经济和金融发展抱有充分信心，将发挥自身优势，继续加大对华交流、拓展合作领域，持续扩大在华业务。

对外开放是我国的基本国策之一，金融领域更是在高质量、高水平对外开放的道路上走在前列。本文将在我国继续扩大金融领域对外开放的背景下，探讨我国金融业引进来和走出去之路上，金融机构面临的机遇与挑战，并尝试从合规视角分享笔者的建议和感想。

第一部分\

回望我国金融业对外开放里程碑

1979年，第一家外资银行代表处—日本输出入银行北京代表处设立。1979年3月，国家外汇管理总局成立。1980年，美国的跨国保险及金融服务机构美国国际集团 (American International Group, AIG) 在华设立代表处。1992年，AIG下属友邦保险获准在上海设立分公司。1994年，《中华人民共和国外资金融机构管理条例》正式实施。1996年，《中华人民共和国外汇管理条例》开始施行，同年，中国

正式接受国际货币基金组织第八条款，实现了人民币经常项目可兑换，并开始允许符合条件的外资银行在境内开展人民币业务。1999年，外资银行被允许参加全国银行间拆借市场。

进入2000年，中国加入WTO，进一步放宽对外资金融机构经营许可、业务范围的限制。2002年，发布《外资参股基金管理公司设立规则》和《外资参股证券公司设立规则》，同年开始试行QFII（合格的境外机构投资者）制度。2003年12月，发布《境外金融机构投资入股中资金融机构管理办法》，为中外资金融机构股权合作打开大门。2006年，《中华人

民共和国外资银行管理条例》及《中华人民共和国外资银行管理条例实施细则》正式生效，大大提高了外资银行的开放度。QDII（合格境内机构投资者）、RQFII（人民币合格境外投资者）、RQDII（人民币合格境内投资者）、沪港通、深港通、债券通等制度亦陆续推出。

时间到了更近的2019年，银保监会发布12项开放措施，惠及银行、信托、保险、保险经纪、消费金融公司等领域的外资机构。同年，国务院金融稳定发展委员会发布了《关于进一步扩大金融业对外开放的有关举措》，惠及信用评级、理财公司、养老金管理公司、货币经纪公司、保险、证券公司、基金管理公司和期货公司等领域的外资机构。此后又颁布诸多部门规章，进一步放宽外资参与中国金融业的限制，首家外商独资期货公司（摩根大通期货）、首家外商独资人身保险公司（友邦人寿）、首家外商独资证券公司（摩根大通证券）、首家外商独资保险资管公司（安联资管）应运而生。2022年，我国作为首批成员国加入《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP），在证券、保险、银行与其他金融服务领域作出开放承诺。2023年6月，我国递交了加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）的交流文件，CPTPP中对金融领域的开放以及跨境金融服务贸易合作均有约定。

第二部分\

用合规助力外资金融机构把握“引进来”机会

从资本市场，到银行业、保险业、债券市场，近年来我国金融业对外开放正在加速向纵深推进。外资金融机构如有意进入中国市场，或是在中国市场扩展更多业务，需要从把握监管机构的意图与目的入手，进而了解与掌握监管逻辑与整体框架，熟悉各类监管政策动向和便利措施。下文将结合笔者的经验与案例，尝试从“大合规”的角度为外资金融机构提供一些参考思路。

1.把握监管意图与目的

首先，需要把握监管机构鼓励和支持外资金融机构在华发展的目的，也即，监管部门希望外资金融机构能够更好地发挥其能为中国带来的资本、技术等要素的作用；提高国内市场的国际化程度，同时服务于中国的大政方针，服务实体经济；使得国内企业和居民可以在政策允许范围内，在外资金融机构的帮助下进入国际市场，助力中国企业早日发展成为世界型企业，同时防范洗钱犯罪和非法的资本外流。基于上述监管意图和目的，外资金融机构在向中国监管部门申请准入牌照及其他行政许可

时，应着力于展示其资金实力，金融科技、金融服务数字化等领域的先进技术，助力东道国企业进行全球布局的经验，等等。此外，外资金融机构落地中国后，同样需要在把握监管意图与目的的前提下制定经营战略、设计金融产品、建立合规体系、将境外总部的规章制度本土化、规范化开展日常经营。

2.掌握监管逻辑与整体框架

此前，我国金融业曾存在分业监管、混业经营的情境，在此情境下，银行、证券和保险等机构的业务越来越趋同，相似产品却分属不同监管部门，不一致的监管标准往往伴随着“监管套利”的动机与可能，也不利于提升监管效率，甚至留下监管空白。自2023年5月18日起，我国金融业的监管框架正式变革为“一行一会一总局”，也即，中国人民银行、中国证券监督管理委员会、国家金融监督管理总局。目前，各监管机构的职责与分工比较清晰明了。但是，外资金融机构来华展业需面临的监管环境绝不止于“一行一会一总局”，而是应完全了解和掌握以下三个层次的监管框架：市场准入监管、业务与产品监管、日常合规监管。

第一，是市场准入监管。银行、证券、保险、基金、期货等外资金融机构在市场准入监管方面的重视程度和投入的努力自不待言，甚

至会组建高级别的团队花数年的时间专门负责“拿牌照”。其他金融领域的外资公司（例如发卡机构、支付公司、科技公司）对于金融“牌照”的重视程度也很高，例如，近期，全球跨境支付公司Thunes在北京成立大中华区总部，于2023年6月15日正式开业，Thunes中国成立后，其高级管理人员表示首要工作就是申请国内的支付牌照。德意志银行中国债务资本市场主管方中睿近期在接受采访时也表示，德意志银行在中国基本上一年申请一个新牌照，通过获得新的市场准入的方式，逐步扩大业务范围。

第二，是业务与产品监管。获取金融牌照是一个开端，业务和产品的合规性才是金融机构得以发展的基石。金融机构在开展金融业务、设计金融产品、进行模式创新时，应当时刻注意满足监管部门的“审慎监管”和“行为监管”这两大监管重心。其中，“审慎监管”的出发点是防范系统性风险，可以体现在监管部门的宏观审慎管理政策、危机管理机制、对重要机构的审慎监管（包括但不限于被认定为系统性重要金融机构的机构）；“行为监管”的出发点重在消费者保护，可以体现在监管部门对金融机构具体经营行为、市场行为的监管。以供应链金融业务为例，监管要求“银行保险机构应依托供应链核心企业，基于核心企业与上下游链

条企业之间的真实交易，整合物流、信息流、资金流等各类信息，为供应链上下游链条企业提供融资、结算、现金管理等一揽子综合金融服务。”在此业务场景下，相关金融机构应当建立供应链金融合规体系，在实操中严格审查交易层面的真实性、商业层面的合理性、多个交易合同项下实际的资金流向/货款流向（最终的资金获取方或受益方）、单据流向（发票/报关

单/交货单/仓单/提单等）、货物流向（货物的实际运输/仓储/交付情况等），警惕虚增、虚构应收账款、存货及重复抵押质押行为，避免在实际操作中出現漏洞，致使整个业务模式不具有执行力，从而给本金融机构招致损失，甚至沦为企业开展“空转”“走单”等虚假贸易业务的帮凶。

第三，是日常合规监管。魔鬼隐藏在细节中，风险隐藏在日常中。金融机构具有一定的平台属性，日常对接数以万计的企业和个人客户，以及提供软硬件服务、信息科技服务、审计服务等若干供应商，因此务必注意防范日常行为中的自身合规风险以及由客户和供应商传导而来的合规风险。以中资与外资金融机构都比较热衷的金融科技领域为例，金融业的监管要求与合规风险贯穿其业务的方方面面，例如运营与内控、信息安全与数据治理、环境、系统开发、测试与维护、业务连续性管理、外包管理等。银行、证券等服务已经基本进入全面信息化、数字化的时代，外资金融机构在进入中国之初就依法依规搭建上文所述的金融科技领域的合规体系和基础设施，将会有利于业务的平稳、连续发展，节约重复搭建的成本。下表将部分列举上述几方面涉及的监管规则和指引，供拟在中国展业且涉及金融科技领域的机构参考。



日常场景	部分监管规则和指引
运营与内控	JR/T0173-2020 《银行业集中营运规范》 JR/T0201-2020 《金融科技发展指标》 银监发[2007]42号 《商业银行操作风险管理指引》 银监发[2014]40号 《商业银行内部控制指引》
信息技术安全与数据治理	银监发[2009]19号 《商业银行信息科技风险管理指引》 银保监发[2018]22号 《银行业金融机构数据治理指引》 JR/T0073-2012 《金融行业信息安全等级保护测评服务安全指引》 银监发[2006]90号 《电子银行安全评估指引》 银监发[2014]39号 《关于应用安全可控信息技术加强银行业网络安全和信息化建设指导意见》 JR/T0068-2020 《网上银行系统信息安全通用规范》 JR/T0071-2020 《金融行业网络安全等级保护实施指引》 JR/T0184-2020 《金融分布式账本技术安全规范》 JR/T0196-2020 《多方安全计算金融应用技术规范》 JR/T0204-2020 《分布式数据库技术金融应用规范安全技术要求》 2020年 《中国银保监会监管数据安全管理办法(试行)》 GB/T36618-2018 《信息安全技术 金融信息服务安全规范》
环境、系统开发、测试与维护	JR/T0011-2004 《银行集中式数据中心管理规范》 JR/T0131-2015 《金融业信息系统机房动力系统规范》 银监办发[2010]114号 《商业银行数据中心监管指引》 JR/T0097-2012 《中国金融移动支付检测规范》 JR/T0101-2013 《银行业软件测试文档规范》 JR/T0114-2015 《网银系统USB Key规范 安全技术与测评要求》 JR/T0132-2015 《金融业信息系统机房动力系统测评规范》 银监办发[2009]437号 《银行业金融机构重要信息投产及变更管理办法》
业务连续性管理	银监发[2011]104号 《商业银行业务连续性监管指引》 银监发[2008]50号 《银行、证券行业信息系统突发事件应急处置工作指引》 银监办发[2008]53号 《银行业重要信息系统突发事件应急管理规范》 银监发[2014]49号 《商业银行压力测试指引》 JR/T0044-2008 《银行业信息系统灾难恢复管理规范》 JR/T0205-2020 《分布式数据库技术金融应用规范灾难恢复要求》
外包管理	银监发[2010]44号 《银行业金融机构外包风险管理指引》 银监发[2013]5号 《银行业金融机构信息科技外包风险监管指引》 银监办发[2014]187号 《关于加强银行业金融机构信息科技非驻场集中式外包风险管理的通知》 银监办发[2014]272号 《关于开展银行业金融机构信息科技非驻场集中式外包监管评估工作的通知》

3.熟悉各类政策动向和便利措施

政府部门和监管机构对引入外资金融机构有诸多限制，也有诸多期许和激励。除了前文第一部分提到的金融领域的开放措施以外，许多地方政府也陆续出台办法，拿出真金白银和好政策鼓励外资金融机构落地。因此，外资金融机构在做好合规、满足监管要求之外，也可

以适当关注和争取此类优惠和激励。

例如，2023年5月22日，北京市顺义区金融服务办公室印发《顺义区关于打造首都产业金融中心促进金融产业发展的支持办法》，为外资金融机构提供了诸多优惠和激励措施。现部分摘录如下：

《顺义区关于打造首都产业金融中心促进金融产业发展的支持办法》（2023）

第五条	本办法出台后新入区的楼宇型优质中外资金融机构每年享受各类支持资金的总额最高可达其当年区域贡献的80%；实体型优质中外资金融机构每年享受各类支持资金的总额最高可达其当年区域贡献的70%
第六条	本办法出台后新入区的优质中外资金融机构根据评价结果可享受一次性开办费用补助最高不超过6000万元，评价标准如下.....
第七条	本办法出台后新入区的银行类、保险类、证券期货类等符合本办法适用范围的各类机构的分公司，根据评价结果可享受一次性开办费用补助最高不超过400万元，评价标准如下.....
第八条	鼓励落实国务院金融委、银保监会等部门金融开放政策的外资金融机构落户我区，根据评价结果可额外享受一次性奖励最高不超过1000万元，评价标准如下.....

又如，2023年3月，上海市宝山区也出台支持外资金融机构的“八条措施”，被称之为“宝8条”，拟以科创金融、绿色金融为抓手，在供应链融资、跨境金融服务、QFLP设立、专营机构设立等领域加大对外资金融机构的支持。根据上海法制报的报道，在政策出台当日，就有24家外资金融机构负责人组成的外资金融机构考察团到宝山进行了实地考察。



第三部分\

金融机构让中国标准和服务“走出去”

1.金融机构助力中企海外高质量发展

尽管在当前的世界格局和地缘政治的背景下，中国企业“走出去”的路颇为不易，但中国企业在许多行业领域的经验和实力使企业在其他市场仍具备优势，并且考虑到国内劳动力、环境等生产成本的上升，“走出去”仍然是很多中国企业必然的选择，不仅走向发达国家，也走向其他新兴市场。金融机构的支持对于中国企业在发达国家和新兴市场的展业都至关重要。在中国企业“走出去”的过程中，中资金融机构或者在中国展业的外资金融机构都大有可为，可以凭借资金、信息、经验等优势，促进交流与合作，助力中国企业在海外赢得高质量发展。

(1) 解决企业境外融资难、融资贵难题

许多金融机构正在致力于解决出海中国企业面临的资金或信用需求，使企业免受部分国家贸易博弈思维引导下产生的融资难、融资贵现状。中资金融机构中，进出口银行等政策性银行在助力中企海外高质量发展中发挥着重要作用。一方面是因为政策性银行可提供政策性低成本资金，而且授信时间可根据项目灵活制

定，能够满足企业长周期资金使用需求；另一方面是政策性银行资信条件好，在国际市场被广泛认可，因此其在保函、信用证等业务方面也是许多中资企业的首选。例如，近期，广东省商务厅二级调研员何定红表示¹：“广东省联合包括中国进出口银行广东省分行在内的8家金融机构，制定出台《支持广东省境外经贸合作区发展金融服务措施》，旨在通过撬动各类政策性、开发性、商业性金融机构力量，帮助解决境外园区普遍面临的融资难融资贵问题。”

金融机构可以在满足境内和境外法律及政策的前提下，坚持审慎经营原则，以单家银行或组成银团的方式，积极服务中企的海外资金和信用需求。在此过程中尤其需要关注的常见风险点及合规要点包括：“27号文²”项下境外贷款业务的备案要求和定期报告要求，跨境担保（如内保外贷）的登记与合规要求，向企业充分提示汇率风险，严格防范“108号文³”项下的套利风险，等等。

(2) 解决出海企业跨境支付难题

除了资金和信用需求，中国企业出海还面临支付需求。后疫情时代，中国对外贸易发展

1.“一带一路”媒体调研行 | 新华网：步履铿锵 筑梦丝路——进出口银行铺设共赢之路 传递合作之声

<https://mp.weixin.qq.com/s/Y9EUNuz6kn8glll8J6lKTA>

2.中国人民银行和国家外汇管理局颁布《关于银行业金融机构境外贷款业务有关事宜的通知》（银发〔2022〕27号）

3.国家外汇管理局综合司《关于完善银行内保外贷外汇管理的通知》（汇综发〔2017〕第108号）

迎来长期发展机遇，许多中小企业也“走出去”，从事电商、贸易等业务，以中小企业为主的民营企业已成为中国第一大外贸经营主体，对外贸增长贡献度超一半。中小型外贸企业作为中小企业出海的主力军，由于资金储备相对薄弱，在交付海外订单后，需要快速收回款项，否则可能直接影响企业的运转。部分中小企业仍采用传统金融结算方式，其手续繁杂、耗时长等短板随着跨境电商的快速发展日益凸显，包括：传统结算方式信息共享难度大，而跨境贸易业务中间环节较多，数据标准不统一导致相互间数据难以连通；传统跨境支付方式报关、汇款和收款时间整个周期较长，给中小企业带来资金周转压力。因此，中小企业需要简单、安全和快捷跨境支付方式，特别是其中小批量、多批次的跨境电商模式对高效、安全、合规的跨境支付平台需求尤其迫切。

中国银联发布的研究报告认为，跨境支付发展正在提速，特别是随着人民币国际化步伐加快，第三方跨境支付机构凭借移动支付技术优势与市场拓展经验，更加聚焦海外市场建设与挖掘，满足相关企业及公众跨境支付需要。例如，2023年3月，一家外资支付机构Airwallex（空中云汇）正式获得在中国内地的支付业务牌照，凭借其覆盖中国内地、中国香港、新加坡、澳大利亚、美国、加拿大、英国、欧洲多

国等150余个国家和地区的支付网络，可以为中国的出海企业，尤其是从事贸易的中小微企业，提供开放式跨境支付生态系统。⁴

金融企业可以围绕出海企业的跨境支付难题，在发挥平台作用、利用金融科技赋能企业的同时，注意履行与支付业务相关的反洗钱、反电诈、网络安全与数据保护等合规要求。

(3) 帮助企业“排雷”“避坑”

金融机构的平台属性、强大的信息技术、数据、资源网络能够为“走出去”的中国企业提供有价值的信息、建议和引导，例如，帮助中国企业熟悉东道国营商环境、法律与政策、对交易对手或合作伙伴开展背景调查，等等。在中国内地，市场上有较多方便快捷的背景调查工具，例如企查查、天眼查等。然而，在境外，尤其是新兴市场，缺乏该类成熟工具，信息相对不透明。这对中国企业在海外寻觅合作伙伴、考察供应商等带来了直接的挑战；此外，如果选择合作伙伴不慎，合作伙伴陷入违约、制裁等风险时，该风险还有可能间接传导至中国企业。

部分大型金融机构搭建了风险及信用评级数据库，通过该等数据库可以查询到部分境内

⁴.Airwallex空中云汇内地持牌后进一步赋能中小企业出海 <https://mp.weixin.qq.com/s/PB3zqzo7g1bC-UsqVplCHQ>

外企业的资信状况、违约情况以及是否被任何主权国家、经济体、国际机构纳入制裁名单或管制名单等等。例如，笔者服务的一些工程企业在境外以EPC方式开展业务时，会寻求进出口银行等金融机构的帮助，通过金融机构的数据库查询境外潜在分包商等合作伙伴的资信及风险水平，从而尽早“排雷”“避坑”。

金融机构可以考虑在国内和国外法律允许的前提下开展上述类型的信息查询或资信与风险评价服务，作为为助力中国企业在海外高质量发展而提供的增值服务；在提供此类服务时需留意境内外关于征信信息、个人信息、商业秘密、网络安全与数据保护的合规要求，如在境外提供此类服务还需注意“背景调查”相关业务的市场准入等合规要求。

(4) 帮助企业和个人开展跨境财富管理

随着越来越多的中国企业在海外上市或开展业务，部分企业家也取得了财富回报，因此，中国企业和个人的境外财富管理需求近几年有所上升，许多金融机构已经把握住与此相关的业务机会，并在企业和私人财富管理领域进行了海外布局 and 深耕。例如，作为首批获准成立的金融控股公司，中信金控在跨境财富管理领域已经开始发力。2023年6月15日，举办深港地区上市公司企业家峰会，发布《中国中信金融控股有限公司落实“金融支持前海30条”

1030行动方案》，该方案由中信金控集结中信旗下银行、证券、信托、保险、基金、期货等全牌照金融子公司共同制定，围绕跨境财富管理、跨境资产管理、跨境综合融资、科创金融服务、绿色金融服务、供应链金融服务、跨境金融服务、金融科技创新、重点客群服务、配套保障机制十大方面，推出10大类30项具体举措，支持深港双城经济融合发展。为此，中信“企业家办公室”深港两地双中心同步揭牌成立，中信金控表示，“我们将用好跨境理财、跨境投资、家族信托等政策，为企业和企业家提供‘人-家-企-社’一体化服务”。⁵

在扩大开放、互联互通的背景下，金融机构可以积极探索上述业务，但也应时刻严守合规红线和底线，在开展跨境财富管理的过程中，更加严格地实施反洗钱、防止非法外汇交易、防范资本无序外流。

2.中国金融机构积极发声，参与国际标准的制定

如果说金融机构的服务“走出去”是奏响的旋律，中国金融机构参与国际标准的制定则是“走出去”的和声。在当前不乏动荡和争议的世界格局背景下，金融领域也长期存在货币地位

5. 首个大动作！中信金控落子前海，力推30条金融举措，影响多大？<https://mp.weixin.qq.com/s/q3HS7b0-huH1Uo7vlusFMQ>

之争、监管政策之争。然而，绿色金融、ESG则是世界范围内为数不多的共识。

绿色金融标准体系是促进绿色金融规范、有序发展的重要工具。当前国际组织、大型金融机构制定的绿色金融标准占据主流地位，我国相关标准体系虽发展迅速，但仍处于起步阶段，国际话语权相对较弱。总体来看，国内外绿色金融标准仍有待进一步完善，我国融入国际绿色标准、参与国际标准制定有着较大空间和潜力。正是这种进步空间的存在，掀起了我国金融机构参与制定或加入国际绿色金融倡议的热潮。例如，我国金融机构加入了“赤道原则（EPs）”、“负责任银行原则（PRB）”等倡议。此类绿色金融倡议在一定程度上有利于我国金融机构提高环境和社会风险防范能力，提升自身品牌价值。⁶尽管此类原则为行业自律性组织提出的业务倡议性质，不具有强制力，但如果部分金融机构被公众发现未遵守倡议，或将出现声誉风险并对业务形成冲击。尤其是一些绿色金融倡议中包含易引发争议，易招致戴着有色眼镜的评判的内容，例如“人权”等问题。正因如此，金融机构应重视ESG合规，搭建能覆盖ESG领域的全面合规体系，防范ESG相关风险的发生和传导，将绿色金融、ESG的理念真正落到实处。

我国金融机构在审慎加入国际绿色金融倡

议的同时，更应着力与推动构建我国的绿色金融标准，并推动中国标准“走出去”。此前，中国和欧盟等已开展相关合作，于2019年10月发起建立“国际可持续金融平台（IPSF）”，于2021年11月发布《可持续金融共同分类目录报告——气候变化减缓》，推动中欧绿色产业分类目录互通，此为国际绿色标准趋同的重要成果之一。未来，中国金融机构应持续关注国际金融监管趋势，参与完善国内标准；积极参加联合国环境规划署金融倡议等国际组织，利用国际平台进行交流与合作；针对全球绿色金融发展的难点和问题，共同分享经验、寻找解决路径和完善相关绿色金融标准；借助“一带一路”倡议、亚投行加强多边金融合作，推动我国绿色金融标准“走出去”；“一带一路”沿线国家开展绿色投资的同时，加大金融双向对外开放，加强绿色金融产品创新，因地制宜提供绿色信贷、绿色债券等投融资服务；逐步推广我国绿色金融标准，提升国际话语权和市场影响力，带动我国参与其他国际绿色金融标准制定；同时，加强国内外金融监管机构交流与合作，持续推进绿色标准趋同进程。⁷

6. 统筹建立我国绿色金融标准体系，《中国金融》2023年第3期，作者：葛春尧 李强 王梅婷「中国银行公司金融部」<https://mp.weixin.qq.com/s/1XjkkWZo3tD7rPMKrlntQ>
7. 统筹建立我国绿色金融标准体系，《中国金融》2023年第3期，作者：葛春尧 李强 王梅婷「中国银行公司金融部」<https://mp.weixin.qq.com/s/1XjkkWZo3tD7rPMKrlntQ>

第四部分\ 结语

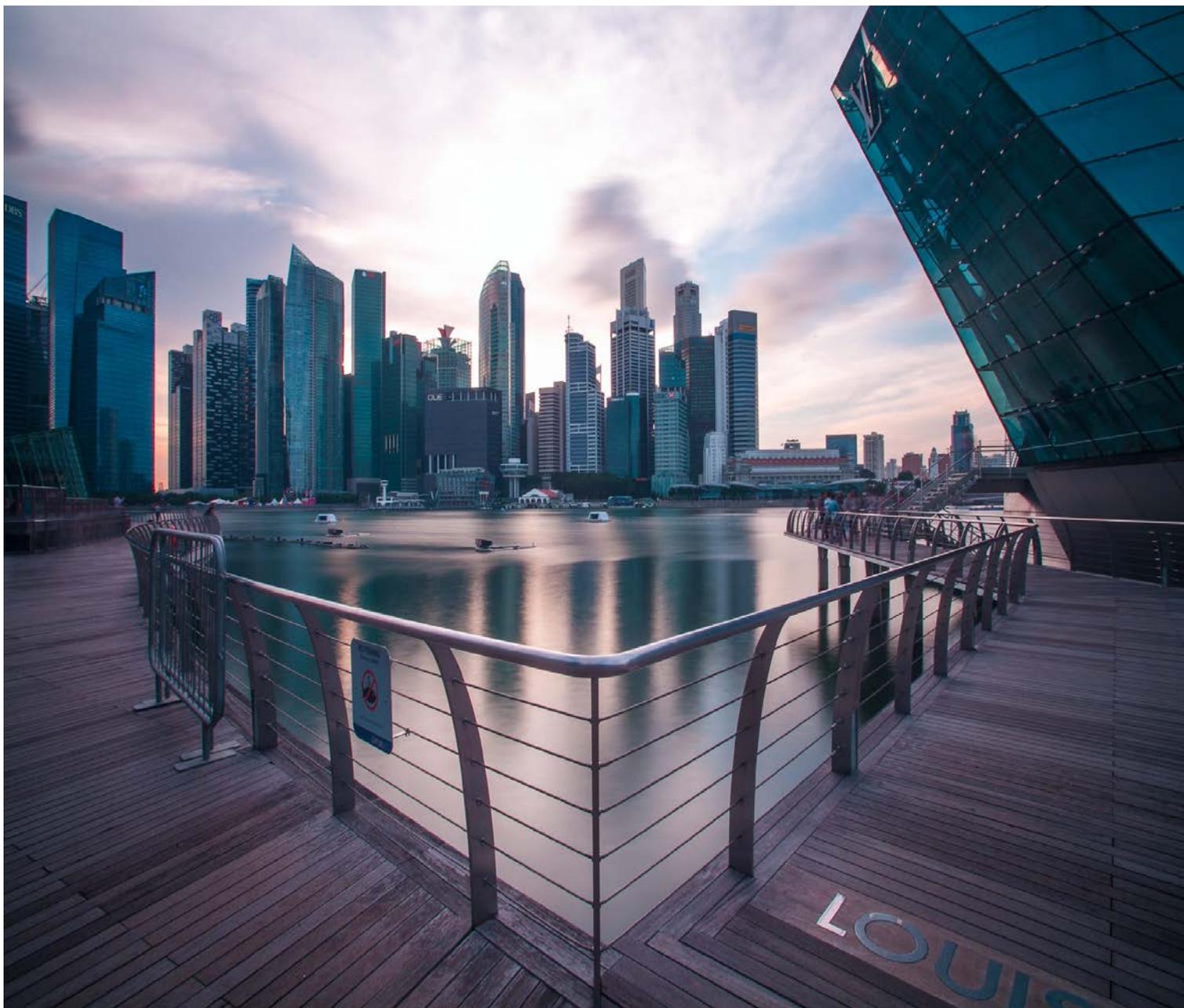
在继续扩大金融领域对外开放的背景下，金融机构应以开放和审慎的态度迎接金融监管合规新篇章，不断提高自身服务能力和合规水平，继续为吸引外资和中国企业海外布局做好服务、提供引导和保障，在走出去、引进来的过程中把握机会、彰显实力、管控风险、行稳致远。同时，我国金融机构还应当审慎融入国际标准的同时，致力于推动中国标准的国际化，提升话语权和影响力。 ☞



高俊
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3575
gaojun@zhonglun.com

《中央企业法律纠纷案件管理办法》 适用解读及影响分析

作者：刘相文 刁维侯 丁海东 卢鹰旋



为深入贯彻习近平法治思想，落实全面依法治国战略部署，深化法治央企建设，加强中央企业法律纠纷案件管理，切实维护国有资产安全，国务院国资委于2023年6月12日正式发布《中央企业法律纠纷案件管理办法》（以下简称“《办法》”）。《办法》将于2023年8月1日起施行，同时废止2005年起实施的《中央企业重大法律纠纷案件管理暂行办法》（下称“《暂行办法》”）。

《办法》对中央企业法律纠纷案件管理工作提出了更高要求，对提升央企法律纠纷案件管理水平，提高依法治企能力，推动央企实现稳健、高质量发展具有重要意义。

第一部分\

《办法》发布的背景

为落实全面依法治国战略部署，2015年12月，国资委正式印发《关于全面推进法治央企建设的意见》，2021年10月印发《关于进一步深化法治央企建设的意见》，要求央企全面提升依法治企能力，其中一项重要内容是关于法律纠纷管理的“主动维权能力”。2023年3月，国资委召开的深化法治建设加强合规管理工作会议上，再次强调中央企业需持续开展“压存控增”工作，通过诉讼、仲裁、调解等多元化纠纷解决机制妥善处理案件，加强对重大案件的复盘分析，深挖案件背后反映的管理问题，通过法律意见书、管理建议函等督促有关单位及时完善制度、健全机制。同时，在百年未有之大变局的国际背景下，中国企业在“走出去”的过

程中发生的法律纠纷案件数量与日俱增，境外发展与境外资产安全面临巨大挑战。因此，提升自身的法律纠纷案件管理能力，降低纠纷案件可能带来的风险或损失，是央企稳健发展所必须面临并且重视的重大课题之一。

2005年国资委颁布的《暂行办法》施行至今已超过18年，在持续深化法治央企建设、内外部环境变化等背景下，为适应新形势新要求，国资委公开征求意见后发布了《办法》。



第二部分\

《办法》的解读

《办法》共七章39条，对央企的法律纠纷案件管理的职责划分、案件管理机制、中介机构管理、追责问责等方面进行了明确，扩大了适用范围，细化了管理职责，深化了管理机制，丰富了案件处置方式，强化了重大案件管理，规范了中介机构管理，加强了激励和惩处力度。

（一）扩大适用范围

《办法》第一章“总则”，明确了《办法》的目的、适用范围、概念定义、总体管理要求等。相较于《暂行办法》，《办法》第三条扩大了适用范围，从适用于“重大法律纠纷案件”扩大至央企的“境内外诉讼、仲裁等”案件。

《办法》第二十一条也将《暂行办法》的重大案件每年上报备案，扩大至每年需对全部案件汇总统计并上报综合分析报告。同时，《办法》第二十三条也扩大了“重大法律纠纷案件”的范围，增加了两类案件：1、“涉案金额达到中央企业上一年度经审计净利润绝对值10%以上，且金额超过2000万元人民币或者等值外币”；2、“涉及单位犯罪的刑事案件”。

（二）细化管理职责

《办法》第二章“组织职责”，明确规定了央企主要负责人、总法律顾问、法务管理部门、业务和职能部门的案件管理职责，并对法务队伍建设提出了要求。

➤ 明确第一责任人是央企主要负责人

《办法》第六条明确央企主要负责人是法治建设的第一责任人，要求央企负责人加强对案件管理工作的领导，定期听取案件管理报告，强化机构、人员、经费等保障的支持。

➤ 明确案件管理工作牵头人是总法律顾问（首席合规官）¹

《办法》第七条明确由总法律顾问（首席合规官）牵头案件管理工作，研究解决重点难点问题，领导法务管理部门并指导所属单位的案件管理工作。

➤ 明确案件管理具体实施部门是法务管理部门

《办法》第八条明确由法务管理部门具体实施案件管理工作，包括：负责拟订案件管理制度，组织开展案件应对，对案件反映的管理问题提出完善建议，选聘和管理法律服务中介机构，推动案件管理信息化建设等工作。

1.《中央企业合规管理办法》第十二条规定，中央企业应当结合实际设立首席合规官，由总法律顾问兼任。

➤ 明确案件管理配合部门是业务和职能部门

《办法》第九条对业务和职能部门的配合职责做了明确规定，要求业务和职能部门应当在纠纷发生前主动沟通、纠纷处理中积极配合、纠纷处置后完善制度。具体而言，《办法》要求业务和职能部门：（1）及时与法务管理部门沟通可能引发案件的有关情况；（2）配合开展证据收集、案情分析、法律论证、案件执行等工作；（3）针对案件反映的管理问题完善相关制度，改进工作机制，推动“以案促管”。结合国资委此前颁布的《中央企业合规管理办法》中对“业务及职能部门”的理解，业务部门包括采购、销售、投资等部门，职能部门包括财务、人力、行政、科技信息等部门。

➤ 明确提出加强法务队伍建设

相较《暂行办法》，《办法》第十条新增要求央企建立案件管理人才的选拔培养机制，并鼓励法务人员参与或者直接代理案件，对央企法务队伍建设和纠纷处置能力提出更高要求。

（三）深化管理机制

第三章“管理机制”，对制度建设、风险排查、案件应对、涉外案件管理、类案预警、积案管理、管理提升、考核评价、信息化建设、年度报告等各方面机制建设作出全面规定，并特别突出了“以案促管”的指导思想。主要包括：

➤ 定期风险排查机制

《办法》第十二条要求央企定期开展法律纠纷风险排查、建立重大风险预警机制、分类防控风险。这与《中央企业合规管理办法》《关于进一步深化法治央企建设的意见》对合规管理、风险管理的要求一脉相承。

➤ 涉外案件管理机制

在“走出去”战略和“一带一路”政策引领下，央企在境外投资经营沉淀了大量资产。在中美摩擦、地缘政治动荡背景下，央企正面临着经济制裁、出口管制、反海外腐败、反洗钱、反垄断、反倾销、反补贴、国家安全审查等诸多挑战和风险，很可能会引发法律纠纷。因此，《办法》第十四条新增要求，央企要建立健全涉外案件管理机制，加大相关案件的处理力度，切实维护境外国有资产安全。

➤ 案件预警机制

《办法》第十六条新增要求央企对典型性和普遍性案件深入分析发案原因、潜在后果，并及时预警，采取相应防控措施。

➤ 历史遗留案件管理

《办法》第十七条新增要求央企动态跟踪历史遗留案件进展，加快案件解决。根据国资委此前《关于进一步深化法治央企建设的意见》，央企要加强积案清理，健全激励机制，力争2025年央企历史遗留重大法律纠纷案件得

到妥善解决。

➤ 加强经验总结管理

《办法》第十八条进一步明确了“以案促管”的要求。央企应在办理完案件后及时总结经验，通过法律意见书、建议函等形式指导有关部门或所属单位完善管理，不断提升企业法律风险管控水平。

➤ 考核评价机制

《办法》第十九条新增要求央企将案件管理情况作为法治建设的重要内容纳入所属单位的考核评价之中。通过案件管理的情况的考核评价，深层推动法律纠纷风险管理与案件管理水平的提升。



➤ 信息化系统建设

《办法》第二十条新增要求央企建立案件管理信息系统，健全管理指标体系，加强数据统计分析，增强案件管理的针对性和有效性。这与《中央企业合规管理办法》中对与合规管理信息化建设的要求一脉相承，也是进一步深化法治央企建设的具体要求。法务管理系统需要与财务、投资等其他系统互联互通，在2025年要实现上下贯通、全面覆盖。

(四) 丰富案件处置方式

相较《暂行办法》，《办法》第十五条新增要求央企应运用多元化纠纷解决方式处理案件。不仅包括诉讼、仲裁，更是明确提出了调解、和解等其他方式。这是进一步深化法治央企建设的具体要求²，也是吸收ADR (Alternative Dispute Resolution) 等国际优秀实践经验的重要体现。同时，《办法》第十三条也要求加强舆情监测处置。

(五) 强化重大案件管理

第四章“重大案件管理”，对重大案件的范围、制度建设、备案/报告、督办、协调等作出

2.国资委《关于进一步深化法治央企建设的意见》(2021.10.17) (十二):加大法律纠纷案件处置力度,综合运用诉讼、仲裁、调解等多种手段妥善解决,探索建立集团内部纠纷调解机制.....

了明确规定。《办法》第二十二條进一步明确要求央企要建立重大案件管理制度。

➤ 备案/报告

相较《暂行办法》，《办法》第二十三至二十六条对央企重大案件备案/报告提出了更高要求。央企应自立案、受理或者收到应诉通知书等材料之日起10个工作日内报国资委备案，比《暂行办法》规定的“1个月”期限更短，且要求央企报备下一步工作安排；央企应在办理完案件后10个工作日内向国资委报告，比《暂行办法》规定的“及时”更具体；央企应将所属单位的重大案件信息按月报国资委备案，比《暂行办法》规定的年度备案（次年2月底前报备）频率要求更高。

➤ 督办

《办法》第二十七條进一步要求央企要建立重大案件督办机制，不仅要对其所属企业重大案件处理情况进行监督、检查，同时也要为其提供专业指导。

➤ 协调

《暂行办法》用一个章节共计五个条款对重大案件协调的具体案件类型、原则、前提要求、内容、子企业协调等内容进行了规范。但《办法》对协调部分内容进行了弱化，仅用一个条款予以规范。《办法》第二十八條明确国资委的协调机制只适用于央企之间发生的重大

案件，并且以央企之间自行协商不成为前提。

（六）规范中介机构管理

第五章“中介机构管理”，对机构选聘、过程监督、动态评价、风险代理等作出了明确规定。相较《暂行办法》，《办法》第三十條、第三十一條强调要发挥央企在案件管理中的主导作用，严格落实保密要求，对中间机构的综合情况进行动态考察管理，不能胜任的及时调整。《办法》第三十二條新增风险代理规定，要求履行审批程序，并综合考虑多方面因素合理确定费用。

（七）强化惩处力度

第六章“奖惩”，明确规定了激励机制、追责问责、违规责任和监督责任等事项。相较《暂行办法》，《办法》第三十四條新增规定，明确了对经营管理中的违规行为人的追责要求。对于案件管理不到位造成损失的情况，不再是由国资委“通报批评”，而是《办法》第三十六條要求的“可以约谈企业并责令整改”。对于央企负责人，《办法》第三十六條新增要求，出现违规重大案件并造成损失的，应在其经营业绩考核中扣减相应分值。此外，《办法》第三十三條明确对在案件处理过程中避免或挽回了损失的部门和人员予以表彰和奖励。

第三部分\

中央企业落实《办法》的建议

整体而言，相较《暂行办法》，《办法》对央企案件管理提出了更高的要求，央企应对照《办法》要求，查缺补漏，不断加强案件管理，以进一步提高管理水平，持续提升法治工作对企业生产经营的引领能力。对于具体如何落实《办法》要求，我们提出如下建议：

（一）构建常态化的法律风险管理机制

央企应对照《办法》，制定或完善自身案件管理制度，特别是要将非重大案件和此次《办法》新增的两类重大案件纳入制度进行规范化管理。案件管理制度应明确责任主体、职责范围、管控措施和监督问责。同时，需要构建常态化的法律风险管理机制，对法律风险的识别评估、预警、应对、报告/备案等进行闭环管理。

对于过往5-10年内发生的法律纠纷案件，央企可以总结梳理案件数量、类型、涉案金额、当事人信息、代理人信息、案件进展、办理结果等。在此基础上，进一步分析企业易发生纠纷的领域、发生的原因以及有效的防控措施，发现经营管理中的薄弱环节、漏洞或问题。针对总结梳理的结果，央企应结合《办

法》要求，因地制宜、对症下药，建立健全案件管理的风险排查机制、风险预警机制、风险应对机制，落实“以案促管”的指导思想，实现法律风险管理水平的持续螺旋式上升。针对《办法》规定的重大案件、考核评价、中介机构管理等新增要求，央企要根据《办法》要求及时修订企业的相应制度，及时履行备案/报告程序。

同时，要注意合规风险和法律纠纷案件的衔接和协调。对于法律纠纷案件，央企应按照《办法》要求及时应对，并按照规定上报；对于构成合规风险的法律纠纷案件，央企还应满足《中央企业合规管理办法》内外部报告程序的要求。

（二）强化主体责任

相较《暂行办法》，《办法》第二章对央企主要负责人、总法律顾问、法务管理部门、业务和职能部门的案件管理职责进行了进一步明确。央企需要按照《办法》要求明确企业内不同人员的职责和具体工作流程，同时加强法务人员的专业能力和案件管理能力培训，不断提升案件管理专业水平，鼓励法务人员积极参与或直接代理案件，在招聘法务人员时可以适当考虑候选人的代理案件经验和能力。

（三）及时开展法律纠纷风险排查

《办法》第十二条要求，中央企业应当定期开展法律纠纷风险排查，建立重大风险预警机制，分类制定防控策略，完善应对预案。此外，《中央企业合规管理办法》《关于进一步深化法治央企建设的意见》《中央企业重大经营风险事件报告工作规则》等，均要求中央企业常态化开展风险隐患排查处置，针对共性风险通过提示函、案件通报、法律建议书等形式及时开展预警，有效防范化解。

为降低中央企业未来发生纠纷案件的可能性，企业应及时开展法律纠纷风险排查，可以作为专项工作，也可以与其他合规风险、经营风险等一并开展。针对风险排查中可能存在的隐患，及时采取措施解决处理，例如：沟通协商、签订补充协议、发送函件、补办手续等；对于风险排查中发现的可能或已经侵害中央企业合法权益的情形，中央企业也需要利用诉讼、仲裁、调解、和解等方式积极主动维权，避免拖延导致超过诉讼时效或除斥期间、证据毁损灭失、财产转移等不利后果。

（四）及时、妥善解决遗留或存量案件

根据《办法》第十七条要求，中央企业应当加强历史遗留案件处理，推动案件加快解决。历史遗留案件往往具有复杂的历史原因，

证据收集也比较困难，央企需高度重视该项工作，及时采取措施妥善解决案件，必要时可聘请外部律师协助，通过多元化纠纷处置机制尽快处置案件。

（五）加强涉外案件管理

《办法》第十四条特别强调央企要加强涉外案件管理。相比境内，央企在处理涉外案件时将面临更复杂司法环境、更陌生的法律领域，需要借助外部力量协助企业确保涉外案件的妥善处理，以维护境外国有资产安全。央企需要尽快建立涉外案件的管理机制，在制度规范下，央企可以聘请境内国际化的律师团队牵头，与境外律师团队组建境内外一体化的法律纠纷处理团队，在境内外全面应对相关案件，以最大程度维护央企的权益。

（六）加强案件管理信息化建设

《办法》第二十条秉承了《中央企业合规管理办法》《关于进一步深化法治央企建设的意见》的一贯要求，要求央企建立健全案件管理信息化系统。央企的案件管理信息化建设可与合规管理信息化建设协同进行。在案件管理信息化建设的基础上，央企可以运用区块链、大数据、云计算、人工智能等新兴信息技术，推动案件管理从信息化向数字化升级，有效提

高管理效能。

第四部分\ 结语

《中央企业法律纠纷案件管理办法》是继《中央企业合规管理办法》之后国资委发布的关于法治央企建设的又一重磅规定，以部门规章的形式对央企法律事务中纠纷案件管理提出了更高的要求、更高的标准，对于切实提高中央企业案件管理能力，落实“以案促管、以管创效”，持续提升法治工作对企业生产经营的引领能力具有重大作用。同时，对于央企之外的混合所有制企业、民营企业提高案件管理水平同样具有重要参考意义。 ☞

扫描二维码可查看

附件：《中央企业法律纠纷案件管理办法》与《中央企业重大法律纠纷案件管理暂行办法》的新旧法比较



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

生物医药行业跨境交易 常见的模式和要点

作者：殷星



2022年，受经济周期、美联储加息、通胀、俄乌冲突等诸多因素影响，全球医药行业交易活跃度整体下降。根据Citeline Biomedtracke公布的数据，2022年全年并购交易共发生171起（2021年为196起），总金额为870亿美元，较2021年的1530亿美金下降约50%；授权许可交易量亦呈下降趋势，2022年全年有971笔合作授权交易，较2021年的1200笔下降了约21%，但2022年授权许可交易总金额为1790亿美元，与2021年的1780亿美元持平¹。在经历了2022年低迷的市场环境，2023年上半年无论并购交易还是授权许可交易都十分活跃，业内普遍预期生物医药行业的交易将迎来大幅上涨。笔者将在本文中讨论总结生物医药行业跨境交易常见的类型和问题。

第一部分\

医药行业交易常见模式

生物医药行业常见交易模式有三种：并购、授权许可及融合了前两者的复合型交易。一般来说，医药企业间的并购交易以取得标的企业100%股权或者控制权为主，国际上的生物医药巨头企业均是通过并购实现持续增长，但相比较而言国内医药企业间并购活跃度较低且一般偏好通过许可交易的形式来获得心仪的标的资产。

医药类并购交易对于收购方而言所需关注的事项较为全面和复杂，涉及对目标公司的法律、财务、商业和技术尽调、交易架构设计、监管审批、估值和价格调整机制安排、非核心

资产的剥离、核心人员留用方案、过渡期安排、交易后资源整合策略等等，并购交易的文件谈判和起草也较一般的许可交易更耗时和复杂。

授权许可交易，也就是业内常提到的license-in/out交易，带有资产并购的属性，比较适合许可方和被许可方对标的产品进行限定范围内的合作。对于医药企业来说授权许可交易比并购交易耗资少、交易速度快、交易文件相对简单，可以根据交易方需求灵活选择资产、所需承担风险小，但许可方和被许可方的商业绑定和合作深度较并购交易或者复合型交易低。

1. 转自医药魔方：Nature, 2022年生物制药企业交易分析

复合型交易是同时包含了股权交易和授权许可交易的一种交易模式。股权交易层面交易双方通常通过互相持股或者新设合资公司的方式实现，许可交易层面一般由许可方将标的产品许可给标的公司/合资公司进行标的产品的进一步研发商业化等。复合型交易中，鉴于许可方将从目标公司或合资公司中获得一定比例的股权并取得基于持有该股权而获得收益的权利，通常被许可方支付的许可费较低（在笔者处理的某些案例中，许可费甚至为零）。

第二部分\

医药行业跨境交易常见的问题及关注点

总体来说，医药行业交易涉及的问题非常庞杂，不同类型的交易关注要点也不尽相同。本文中，笔者仅提炼出一些共性问题进行分析总结，在之后的文章中我们将细化讨论不同类型交易中的问题及注意事项。

1. 保密协议

不管何种类型的生物医药交易，在交易双方开始接洽时，第一步便是签订保密协议来约定在整个交易的尽职调查、谈判、签约等过程中的保密事项。由于保密协议的内容格式较为

成熟，其重要性有时候会被国内交易方忽略而仅当作一份流程性的文件签署，但成熟的国际药企对于保密协议的谈判和签署会非常重视。

在生物医药类交易中，许可方或被收购方作为主要的保密信息提供方往往需要披露大量的与其公司、知识产权、技术、核心人员、客户等相关的重要商业机密信息和材料，且在保密协议中也需要考虑作出合适的约定以应对反垄断合规以及数据合规的要求，因而对于保密协议的审阅和签署应当尤为重视。例如，在约定保密信息的范围时，信息披露方应当尽量争取广义的定义将其提供的任何形式的与交易相关的信息均纳入保密信息的范围；对于保密信息的使用范围和接受保密信息的人士限定在与交易相关的必要知悉的范围，且要考虑要求接收方对于己方代表人士违反保密协议的行为承担连带责任；交易不再继续时要求返还或销毁保密信息；限制交易对方不得绕过披露方与其他第三方竞争者进行磋商和谈判；考虑加入不招揽员工的义务；如果披露方是上市公司还需要考虑限制接收方在一定时间内不在公开市场上买卖披露方的股票。

同时，实践中也不乏交易方恶意磋商不正当窃取、利用商业秘密及交易信息的案例，保密协议也需要设置保密机制及违约责任条款以防商业秘密被恶意利用。

2. 知识产权尽职调查

一项复杂的生物医药交易中通常会有交易律师、知识产权律师和合规律师协作完成。交易律师通常负责把控整个交易的安排、架构、法律尽调、文件起草谈判、项目签署、交割及整合等；知识产权律师和合规律师一般会协助交易律师展开知识产权、数据、反腐败、出口制裁、反垄断等各专项事项的尽职调查并协助处理相关的申报审批等。与其他行业的交易一样，法律尽职调查是生物医药交易中必不可少的一环，除了常规的股权架构、业务、财务、劳动人事、环保、诉讼争议这些尽调主题外，知识产权作为任何一家医药企业的“命门”，对其进行的尽职调查则是核心中的核心。

医药行业的知识产权尽职调查主要包含常规的知识产权尽职调查、专利布局完整性分析、核心专利的授权前景分析/稳定性分析以及专利拟实施区域的自由实施（FTO）分析。常规的知识产权尽职调查通常会核查知识产权权属相关文件、权属转让链条的完整性、与第三方签订的任何限制性约定、诉讼争议等事项：**专利布局完整性分析**旨在调查拟交易的标的产品在相关区域范围内是否有完整的专利布局或产品技术布局并对专利布局瑕疵提出补救方案；**核心专利的授权前景分析/稳定性分析**，顾名思义也就是对于交易所涉及的核心专利授权



的可能性进行前景分析或是对于已经授权的专利判断是否存在被无效的可能性；最后**专利拟实施区域的自由实施（FTO）分析**是为了判断专利实施人是否在指定区域内能够自由使用专利而不存在侵犯他人的知识产权的风险。

详尽全面的知识产权尽职调查可以协助交易方清晰判断拟收购的股权或资产上存在的潜在风险，并依此决定是否要进行或者完成交易、是否需要根据尽调发现的瑕疵调整对价，交易方可以在交易协议中妥善分配交易双方风险分担和设置充分的赔偿救济制度。例如，交易方在尽调中发现某项核心知识产权存在侵权和自由实施风险，就需要考虑是否还要继续完成交易，如果选择继续则可以要求对方在一定期间内完成瑕疵整改或者评估拯救瑕疵所需成本并相应调整对价，则对于可能发生的争议和侵权索赔应提前在交易文件中设置赔偿救济制度以免未来承担不必要的损失。

3. 交易价款支付机制

生物医药行业的“双十定律”（即一款新药产品的研发需要超过十年的时间和十亿美金的成本）反映了这个行业产品研发周期长、成本高以及投资风险大的特点。由于一项生物医药交易往往涉及一款或多款未上市的产品，而产品最终能否顺利在目的地上市以及上市后能否实现预期的收益均存在很大不确定性，因而不论是哪种类型的生物医药交易在交易价款安排上绝大多数都采取“Earn-out”或类似支付机制。以并购交易为例，Earn-out机制下买方在交割时支付一笔基础价款或首付款，交割后视双方约定的额外付款义务条件的成就情况触发买方的额外一次或多次的付款义务²；类似地在授权许可交易中，授权方和被授权方一般通过首付款、里程碑付款和销售分成的模式来设置付款机制。不论哪种情形，核心关键在于或有付款义务的触发条件和指标的设置。

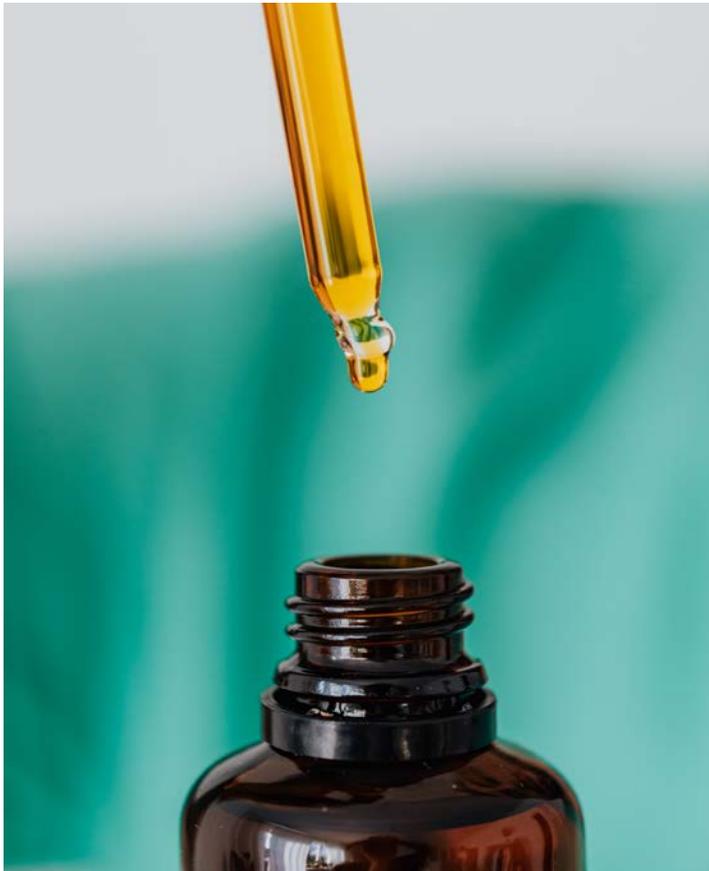
一般来说或有付款义务的触发指标有两类：非财务性指标和财务性指标。由于生物医药交易核心标的通常为研发中的产品，非财务性指标的应用非常常见且主要围绕标的产品的监管审批、研发上市进度展开，例如标的产品是否拿到临床试验许可、药品上市许可、药品生产许可等；财务性指标一般适用于标的产品上市后，交易的买方或被授权方根据事先同意

的标准参照产品的销售额、净利润、EBITDA等向卖方或者授权方支付额外的费用。无论那种类型的指标，在协议谈判和起草中都需要在充分考虑标的产品的实际情况和交易双方商业诉求后设置尽量客观、清晰、可测量的指标以避免未来产生争议。如果是非财务性指标，建议以未来会明确产生某类文件或某个结果的事件作为里程碑，比如获得某项监管批准、产品达到某种技术指标等。同时，也要考虑未来可能发生双方意料之外的情况出现，协议中可以设置相应的协商机制保留一定灵活性。如果是财务性指标，那么对于所参照的财务数据应当在协议中明确定义其范围、会计准则适用、产生争议时的审计机制等。只有先往前一步考虑未来可能发生的争议和风险，才能倒退一步在交易协议中设置严谨清晰的条款。

4. 产品研发、生产及商业化安排和控制

鉴于生物医药交易中大多对数情况下标的产品都处于未上市的状态，通常交易双方均有意愿和动机把控标的产品的研发、生产和商业化。单纯的授权许可交易中，交易双方一般通过设立联合指导委员会的方式决定与标的产品相关的研发计划、生产计划、监管报备、材料

²部分复杂的并购交易会融合交割账目调整和Earn-out两种付款机制，本文不做赘述。



共享等事项，某些交易中还会在联合指导委员会下设开发、生产、商业化、知识产权等细分委员会来具体负责相应方面的事项。联合指导委员会的组成任命、议事规则、委员资质等与一般公司董事会颇为相似，但通常情况下联合指导委员会的表决事项都需要全体委员一致同意，因此交易文件中需要有预先设置的僵局解决机制，以免未来出现待决事项迟迟无法通过，影响产品的开发进程。同时，由于联合指导委员会某些决议事项本身就是授权许可协议覆盖的主题，如监管报备要求、数据分享机制

等，交易协议通常也需要明确联合指导委员会仅负责执行协议授予的权利但无权修改协议本身。

在复合型交易中，交易双方会在目标公司（目标公司通常也是被授权方）层面持股，再由目标公司与技术持有方签署授权许可协议。从股权交易层面，交易双方会通过股东协议来约定目标公司的治理和各方权利；在授权许可层面，双方通过任命联合指导委员会委员来控制对标的产品的决策权。这种情况下需要注意目标公司层面董事会决策事项和联合指导委员会决策事项的一致连贯性，避免出现交叉重复、授权不明的情况导致实际执行困难或引发争议。

除上述外，如果交易双方在谈判时对于标的产品研发、生产和商业化过程中某些的事项已经达成合意，例如原料供应、分包商选择、数据分享、成本分担等，也可以在交易文件中或交易文件配套的附属协议中事先达成一致避免日后就同一事项反复磋商。

5. 合规问题

生物医药行业属于强监管领域，本身就受制于诸多行业相关的法律法规规制。以往的医药行业交易中，合规更多是关注法律尽职调查中发现的问题以及相应的在协议中的陈述保证

条款、交割条件或是交割后承诺事项处理。合规相关的承诺相对较标准，因而并不需要交易双方花费很多时间精力谈判和起草条款。但处于当今合规强监管时代，各国都从国家安全审查、数据合规、出口制裁、反洗钱、反腐败、反垄断等多方面制定大量法规进行层层监管，对于医药行业的跨境交易提出非常高的合规要求，主要体现在一下几个方面：

- **国家安全审查**

以美国为例，美国外国投资委员会（CFIUS）长期以来负责监管外国投资者在美国进行的直接或间接投资，生物医药行业以往并不是CFIUS重点审查的领域。但在《2018外国投资风险审查现代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018）颁布后，美国财政部在其采取的临时“Pilot Program”中扩大了CFIUS的管辖范围将生物技术研发纳入关键行业之一³。2022年9月15日美国总统拜登签署行政命令进一步要求CFIUS加强审查包括生物技术领域在内的对美国国家安全有影响的交易⁴。由于受地缘政治影响，过往中国买家在收购美国公司交易中通常面临国内审批备案不通过的风险，交易交割不确定性较其他国家买家高，因而被要求通过“反向分手费”的安排来承担此方面风险。另一方面，由于其他国家的买家相比中国买家来说更容易通过CFIUS审查，

中国买家通常要提出更好的价格、条件或条款，即China Premium，才能吸引卖方。CFIUS对于生物技术领域监管的加强，也意味着生物医药领域的并购不确定性和成本的增加。

值得关注的是，2022年中国生物制药子公司invoX Pharma Limited对F-Star Therapeutics, Inc.的收购案中，CFIUS反复提出国家安全风险并要求交易双方提出减轻风险的措施，后来一度以国家安全风险未能解决为理由在协议交割最终期限前阻止双方完成交易⁵，最终交易双方延长交割时限并在历时九个月后于2023年3月7日通过了CFIUS审查⁶。需注意的是并非仅美国采取了国家安全审查机制，我国也制定了类似的机制，因而在中国生物医药公司作为被收购方的情况下也要考虑中国的国家安全审查问题。

- **数据合规**

生物医药行业在研发、生产、商业化各个环节都涉及数据收集和处理，比如研发中涉及人类遗传资源信息和数据、临床研究产生的数据、患者员工等的个人信息、生产销售中产生的GMP/GSP数据等，一般生物医药类交易中不

3. <https://home.treasury.gov/system/files/206/FR-2018-22182.1786904.pdf>
4. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/09/15/executive-order-on-ensuring-robust-consideration-of-evolving-national-security-risks-by-the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states/>
5. <https://www.sec.gov/ix?doc=/Archives/edgar/data/1566373/000119312522314185/d421497d8k.htm>
6. <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1566373/000119312523062273/d475224dex991.htm>

可避免需要协商交易双方对于数据进行收集与共享，交易方应当格外注意其承诺的数据收集共享义务是否能够在现有法律法规的框架下实现，是否需要履行额外的报备审批手续使得相关的数据合法合规。例如，《人类遗传资源管理条例》对人类遗传资源信息的采集、保藏、利用、对外提供有严格的限制和要求，外方单位需要利用我国人类遗传资源开展科研活动必须与中方单位合作，将人类遗传资源信息向境外组织提供或者开放使用的应当事先报备，在可能影响公众健康、国家安全和社会公共利益的情况下还需要通过科技部安全审查⁷；临床研究合作中如果向境外提供临床试验数据还会涉及多部门的监管，需要谨慎评估数据出境必要性及合规要求，避免在交易协议中作出无法履行的承诺或者造成极高的履约成本。

• 出口管制限制

前文中我们提到对于生物医药行业的并购交易，国家安全审查会给交易带来一定的阻碍和不确定性，但国家安全审查并不阻止生物医药行业的授权许可交易。对于授权许可交易来说，我国的生物医药公司同欧美药企间的交易最为频繁，而这三个法域均采取了严格的出口管制政策以限制特定关键核心技术的对外许可。

以美国为例，美国限制诸如生物技术类的新兴技术和基础技术从美国出口。2018年美国

国会通过了《出口管制改革法案》（the Export Control Reform Act, ECRA）⁸，该法案提出要维护美国在科技、制造等核心技术领域的全球领先地位，美国工业安全局（Bureau of Industry and Security, BIS）在其随后发布的Advanced Notice Of Proposed Rule-Making (ANPRM)⁹中将生物技术列为对于美国国家安全至关重要的新兴技术。此后，BIS不断通过修订商业限制清单和出口管制分类编码的方式控制新兴技术从美国流出。这导致了美国生物医药公司对外的技术许可可能落入受限清单而无法实施。同样的，中国政府也出台了《出口管制法》《技术进出口管理条例》《生物两用品及相关设备和技术出口管制条例》《中国禁止出口限制出口技术目录》等法律法规限制含特定生物医药技术在内的技术进出口的行为，这对于目前正在兴起的中国企业licensing-out的交易也可能造成实质障碍。

鉴于此，授权许可交易中的交易方也需要谨慎评估和分析拟交易的技术产品是否落入相应国家的进出口管制范围进行风险预判，并在交易文件中对于因出口管制造成的合同履行及救济责任进行谈判。

7. 《人类遗传资源管理条例实施细则》<https://www.most.gov.cn/xxgk/xinxifenlei/zc/gz/202306/t20230601186420.html>
8. <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5040/text>
9. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2018-11-19/pdf/2018-25221.pdf>

第三部分\

结语

综上，生物医药类跨境交易涉及商业、财务、法律、技术、知识产权、合规等方方面面的因素的影响，复杂度技术难度较高。本文仅列出了一些有代表性的共性问题进行分析，一项生物医药的跨境交易中面临的问题和挑战可能远超文中所讨论的这几个方面。一般来说，成熟的国际药企在交易中会配备各条线的内外部顾问协助完成一项交易，国内生物医药企业也需要全面深入理解交易中的风险和挑战，知己知彼方可实现共赢。 ☞



殷星
非权益合伙人
私募基金与资管部
北京办公室
+86 10 5780 8343
yinxing@zhonglun.com

轻舟可过万重山：股权回购的实务要点及应对之道

作者：王广巍 冯天玥



股权回购作为股东之间博弈的重要筹码，长期以来在实践中广受关注。根据权利基础的不同，股权回购分为以《公司法》第74条为依据的法定回购，和以股东与公司间协议为依据的约定回购。本文对两类回购的要点进行分析，并对近年典型案例中体现的裁判观点进行梳理，为读者提出稳妥可行的对策建议。

第一部分\ 法定回购

(一) 法定回购的要点分析

法定回购，即“异议股东回购请求权”，是

股东在公司的内部救济体系中重要的退出途径，是指当股东会作出严重影响股东利益的决议时，投反对票的异议股东有权直接依法请求公司购回自己持有的股权，而无需根据公司章程或是协议约定。法定回购的具体要点如下：



1. 公司出现法定的异议事项

根据《公司法》第74条的规定，公司只有出现以下三类情形之一：连续五年盈利不向股东分配利润；公司合并、分立、转让主要财产以及按照公司章程或法律规定公司应解散却不解散的，异议股东才可能有权要求公司回购股权。由于《公司法》第74条并无兜底规定，因此满足上述三类情形之一是触发法定回购的基础条件，即便公司存在其他严重事项，若不在三类情形范围内，股东仍无权要求法定回购。

2. 公司已召开股东会

在公司出现法定异议事项的情况下，股东想主张法定回购还需成为异议股东，即股东需在公司股东会上对相关决议投反对票。若股东明明已参会，却并未投出反对票或明示反对意见，就无法证明其为异议股东。例如(2019)甘民申329号案中，公司就到期不解散的事由召开了股东会，股东主张自己未在股东会决议上签字所以属于异议股东，但甘肃高院认为，未签字属于对权利的放弃和对决议内容的默认，在股东已自认参会的情况下需明确投出反对票才可认定为异议股东。

3. 公司还未召开股东会，异议股东依权召开或发函反对

若公司还未就异议事项召开股东会，则需看股东是否有权召开股东会。根据《公司法》

第40条的规定，代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持股东会。因此，在公司出现异议事项应召开股东会却未召开的情况下，占股10%以上有权召开的股东应当召开股东会讨论，作出决议后投出反对票。否则，股东对未形成股东会决议需承担责任，法院将不予支持其回购请求。(2023)辽01民终5809号案中，持有D公司10%以上股权的股东主张D公司连续五年盈利却不分红，要求回购股权，但D公司并未作出相关内容的股东会决议，股东依法有权召开股东会却未召开，最终沈阳中院对其主张不予认可。

其次，对于占股少于10%无权自行召开股东会的小股东，在公司章程亦未赋予其相关权利的情况下，应当向股东会或董事会提议召开临时股东会，讨论相关事宜，发表反对意见。但司法实践中，即使小股东意欲召开股东会讨论，申请程序也通常并不顺利，尤其公司股东长期存在矛盾的情况下，很可能会受到其他利益相关方阻碍，导致无法形成符合要求的股东会决议。因此，法院一般会考察是否有充分证据证明小股东已明示了自己的反对意见。例如在经典的最高院(2014)民申字第2154号案中，J公司召开股东会将主要资产对外转让，小股东根本未被通知参加，无可能在股东会投出反对票。事后小股东申请召开临时股东会明确反对

资产转让亦被驳回。对此，最高院认为，法定回购权的基本立法精神在于保护异议股东的合法权益，小股东已将反对意见向其他股东明示，故有权主张回购。常州中院亦在(2018)苏04民终1563号案中重申了这一观点，该案中，小股东多年来反复提起包括要求C公司解散以及要求分红在内的各种诉讼，并数次书面发函要求召开股东会，均被大股东拒绝。常州中院认为在各方陷入僵局时，小股东已经提议C公司召开临时股东会，且在C公司的股东之间就此进行了多次交涉，小股东确已用尽股东权利，有权主张法定回购。

由此可见，对于持股比例少于10%的股东，虽不具备召开股东会的法定资格，但若已穷尽公司内部救济手段，已明确申请召开股东会，并通过发函等方式明示了反对意见，法院将认定无法形成股东会决议不可归责于小股东，即使缺少决议其仍有权主张回购。

4. 股东与公司就股权回购方案进行协商

满足前述条件后，股东此时已经享有了异议股东回购请求权，但根据《公司法》第74条规定，自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。而对于股东向法院起诉前是否一定需要先行与公司协商的问题，司法

实践中各地法院观点不一。多数法院认为先行向公司申请回购并协商是股东提起回购诉讼的前提。例如(2018)渝民初14x号案中，重庆高院认为异议股东在股东会决议形成后的六十日内，应当首先在公司内部寻求救济，如果没有先行向公司提出申请，视为放弃向法院提出诉讼的权利，不能与公司达成股权收购协议是股东提起收购诉讼的前提。

但近年来也有部分法院，例如上海二中院认为，股东与公司就股权收购进行协商并非法定强制性前置程序。例如(2021)沪02民终2456号案中，Q公司就延长经营期限召开股东会作出决议，股东虽投出反对票，但并未在决议作出60日内与Q公司协商回购股份。对此，上海二中院认为，股东只要对法定决议事项持异议，即享有法定回购权，强行要求股东与公司先协商是对股东权利的限制。(2020)鲁06民终142号案中，烟台中院亦认为，协商和诉讼只是异议股东行使股份收购请求权的两种方式，即使双方未能协商，仍不应阻碍一方行使法定回购权。

5. 股东起诉时间需在决议作出后90日内

根据前述规定，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。该规定中的90日属于不变期间，不可延长或中断，司法实践基本无争议。对于90日的起算时

点，部分法院认为应严格按照法条规定，按照股东会决议通过的客观时点起算，例如(2023)京02民终4267号案中，股东于2021年9月起诉要求H公司回购股权，但H公司早在2018年就作出延长经营期限的股东会决议，北京二中院认定股东起诉的时间条件不符合法律规定，驳回其诉讼请求。(2019)苏民申8122号案中，J公司于2012年3月通过延长公司期限的股东会决议，股东主张其于2013年4月才知悉决议内容，于2013年5月起诉要求回购，但江苏高院认为决议作出后90日为法定不变期间，法律未规定任何起算时点的例外情形，对其请求不予支持。

部分法院认为，无特殊情形确应以客观时点起算，但若公司未召开股东会，或召开股东会却未通知股东参加，仍应当以股东知晓或应当知晓该异议事实之日的主观时点为起算点。例如(2020)沪02民终274x号案中，A公司对外转让主要资产却未召开股东会，上海二中院认为90日的期间规定应以异议股东参加股东会并提出异议为前提，在A公司应召开而未召开股东会进行表决的情况下，应以股东实际知晓时间起算。

6. 回购价款的认定

在法定回购中，回购价款如何认定？司法实践中可分为以下几种情形：

首先，股东已与公司就回购价款沟通达成一致，法院一般会支持双方达成的股权回购方案，对协商定价的价格法院并无额外限制条件。

其次，也是实践中最多的情况，即双方对于回购价款无法协商一致。此时一方可向法院申请司法审计，或由双方共同委托第三方审计机构对公司财务情况进行评估确定股权价格。若公司对审计不配合，故意不提供财务数据，法院一般会直接依据股东主张的价格进行合理定价，例如在(2020)苏04民终4071号案中，常州中院委托的审计机构证明C公司拒绝提供财务账册、拒绝配合审计，导致审计机构无法作出审计报告，无法评估股权价格，常州中院最终将股东起诉时的诉请金额认定为回购价格。

(二) 对策建议

1. 针对《公司法》74条规定的异议事项，我们建议应注意如下方面：

第一，为了证明公司应分红而不分红，需举证其盈利情况。建议定期要求公司提供财务报表等相关资料，日常关注公司重大动态，了解公司运营情况及盈亏状况，注意财务资料的保存。

第二，若股东难以获取公司财务情况，可发函要求行使知情权，查看公司财务报表。若公司拒绝配合，可考虑提起股东知情权之诉，

维护股东权利。

第三，建议公司章程应对利润分配的条件以及对外转让主要财产的方式予以明确，尽量细化章程规定，包括但不限于利润分配的时间节点、公司主要财产具体包括哪些、对外转让主要财产的内部决议流程等。

2. 针对股东会决议，我们建议应注意如下方面：

第一，若根据法律规定或公司章程约定有权召开股东会，应在异议事项发生之后，尽快召开正式股东会，作出决议并明确投出反对票。

第二，若无召开股东会的权利，可先尝试向股东会申请召开股东会，尽量形成股东会决议；在股东会难以召开的情况下，向股东会发出书面函件，明确表达反对态度，注意保留该函件及后续沟通记录，用于证明已穷尽公司内部治理体系中的所有救济手段进行维权。

3. 针对诉前协商及时限，我们建议应注意如下方面：

第一，鉴于司法实践中对是否必须协商存在争议，我们建议尽量与公司进行协商。在股东会决议作出后尽快向股东会发函，明确申请回购股权，并提出股权回购方案。

第二，若双方难以就股权回购方案达成一致，股东应注意保留相关一切协商记录，用于

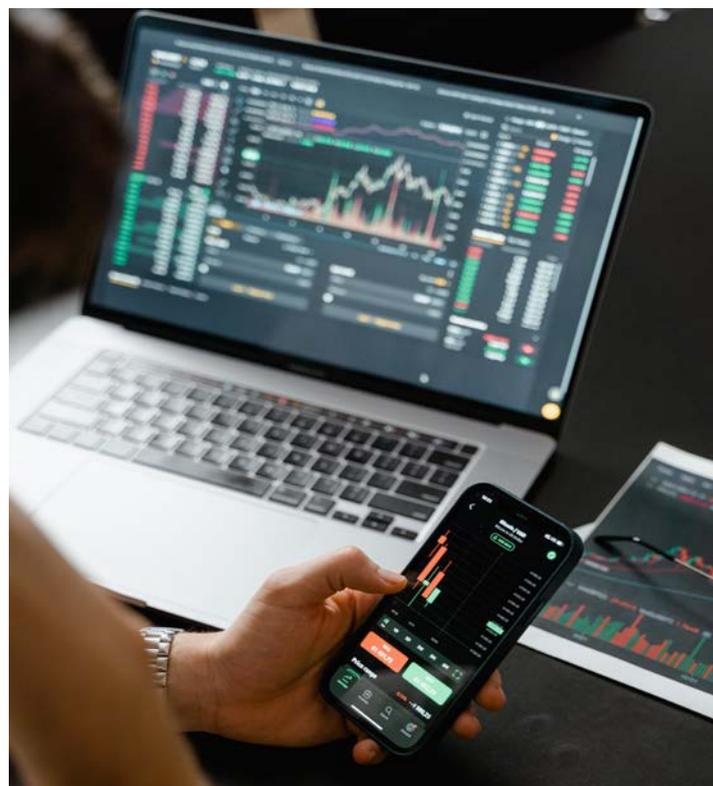
证明已按照法律规定积极及时地进行协商，协商未果不可归咎于股东等。

第三，务必注意起诉时间，建议与公司协商的同时考虑开始起诉。若有特殊情形，例如未召开股东会或非因股东自身原因未能参加股东会，则注意保留相关证据。

4. 针对回购价款，我们建议应注意如下方面：

第一，建议在公司章程或过往股东会决议中提前对股权回购价款进行确定。

第二，起诉后若无法与公司就价款达成一致，及时申请法院对公司进行司法审计确定价款。

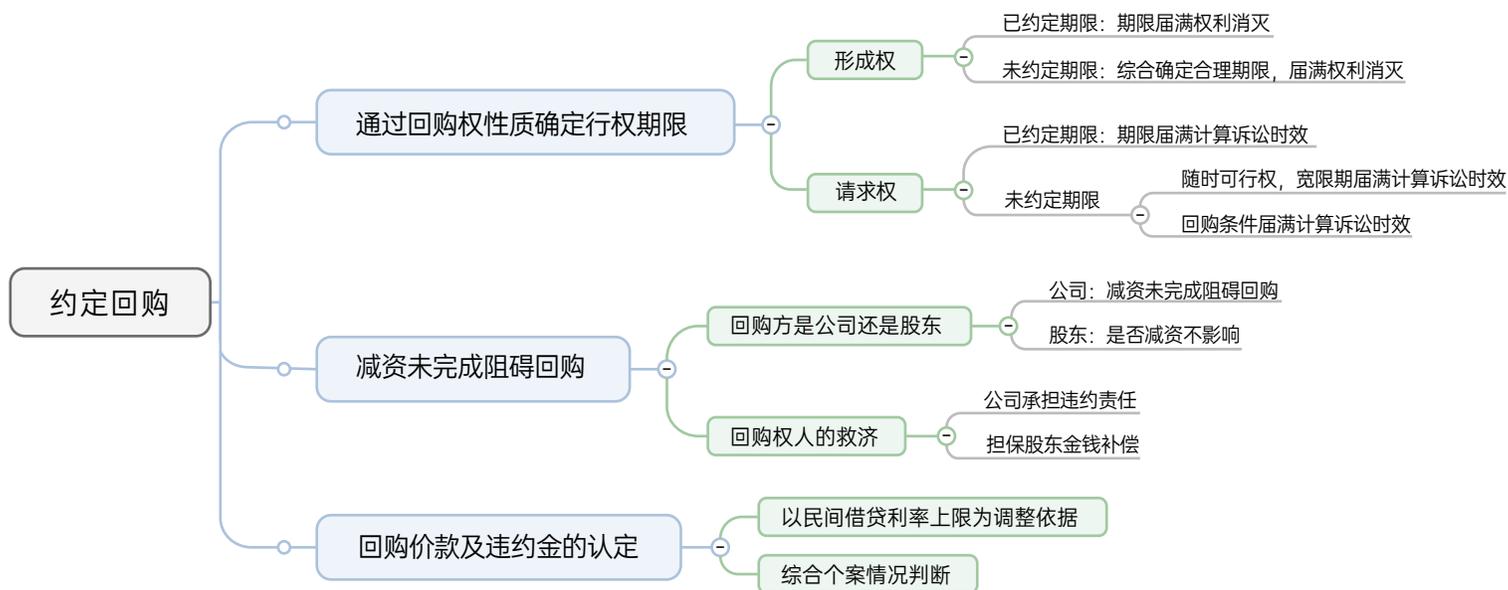


第二部分\ 约定回购

(一)约定回购的要点分析

与前文所述法定回购不同，约定回购并非法律直接赋予股东的救济途径，而是股东与公

司之间双方自愿达成的回购协议，触发回购的条款包括业绩对赌、公司侵犯股东权利、股东退出或公司架构发生变化等等。其效力只要不违反强制性规定原则上均有效，但该类协议的实际履行仍存在诸多裁判疑点。约定回购的具体要点如下：



1.通过回购权性质确定行权期限

约定回购的行权期限是否适用诉讼时效？若协议中约定了行权期限，是否股东超期即失权？若协议中未约定行权期限，是否股东迟迟未履行仍可随时行权？

司法实践中，法院往往通过判断回购权性质来确定行权期限，各地法院的观点有所差

异。多数观点认为约定的回购权属于请求权，适用诉讼时效，若约定行权期限，则期限届满后诉讼时效起算。例如（2019）桂民终655号案中，回购协议约定最后一期2014年2月12日支付回购款5000万，广西高院认为回购请求权的诉讼时效期间则应从最后一期履行期限届满之日起算。

在将回购权认定为请求权的情况下，若未约定行权期限，有的法院认为应自回购条件满足之日起计算诉讼时效。例如(2019)粤03民终3052x号案中，深圳中院认为，回购权属于债权请求权，协议中未约定回购期限，应从回购条件届满时开始计算诉讼时效。也有法院认为回购权人可随时行权，诉讼时效期间从回购人要求回购方履行义务的宽限期届满之日或回购方明确拒绝履行之日起计算。(2020)皖民再21x号案中，回购协议约定若H公司4年内无法成功上市，D公司作为股东有权请求回购股份，安徽高院认为，股份回购属于请求权，只要回购权人未明示放弃，即使满足回购条件后数年之内未行权，回购权利仍未消灭，回购人可随时行权。(2020)京民终54x号案中，回购协议未约定行权期限，在约定的回购条件达成后，回购权人向回购方发函要求见函10日后履行回购义务，回购方并未按期履行，北京高院认为，回购请求权的诉讼时效应从宽限期届满，即回购方收函10日起开始计算。

少数情况下，法院认为回购权应属于形成权，适用除斥期间，若约定行权期限，期限届满权利消灭；若未约定行权期限，需综合确定合理期限，合理期限届满权利即消灭。例如(2020)沪民申1297号案中，回购协议约定标的公司一年半内上市无进展为回购条件，回购方

主张一年半属于约定的行权期限，但上海高院认为，公司一年半内上市无进展仅为回购条件，而非行权期限，协议中并未约定行权期限，回购权人则应在条件达成后的合理期间内行使，又因回购权属于形成权，合理期间属除斥期间，超期权利即消灭。

另外，我们还发现在实践中存在个别案例，法院一方面将回购权定性为请求权，一方面法院为防止回购权人怠于行使权利，又为其设定类似于除斥期间的合理期限。例如(2020)沪民再29号案中，双方约定的回购条件是：若标的公司未在2016年6月30日前于新三板上市，则回购人有权要求回购。上海高院认为，新三板市场股价变化大，投资风险也大，回购人作为专业投资机构应对此明知，并在标的公司未按时上市的情况下及时行使回购请求权，其故意在回购条件达成后公司股价下跌的情况下起诉要求回购，不符合诚信原则。最终认定回购人行权已超过合理期限，不予支持。

2.减资未完成阻碍回购

在约定回购中，若回购人请求标的公司回购股权，法院将依据《公司法》第35条股东不得抽逃出资，以及142条关于股份回购的强制性规定来对减资程序进行审查。标的公司若未完成减资程序，股东是否完全无法主张回购？若公司未能回购，股东是否有其他救济途径？

首先，若回购方为公司股东而非公司，一般不存在减资障碍的问题，回购权人可直接请求回购方出资回购。只有在回购方为标的公司的情况下，出于对资本维持原则的考量，若公司未完成减资程序，法院一般会驳回回购诉请，且一般不会判令公司进行强制减资。例如(2020)最高法民申2957号案中，投资方Y公司与目标公司X公司对赌失败，请求X公司回购股份，但未完成减资程序，最高院最终驳回了Y公司的回购诉请。(2020)最高法民终223号案中，X公司的股东J公司向法院申请判令X公司办理减资手续完成回购，但最高院认为，公司减资属于公司内部自治事项，强制公司减资违背公司自治的原则，法院无权直接干预公司减资。

其次，在减资未完成的情况下，多数法院会支持回购权人主张公司承担履行不能的违约责任，或是支持其他股东按约承担回购义务的连带责任。例如(2020)最高法民申6234号案中，回购协议约定C集团作为L公司的股东，对L公司的回购义务承担连带责任，在L公司未履行减资程序未完成回购的情况下，最高院认为L公司属于履行不能，因此C集团应当承担回购股份的义务。(2021)京民终495号案中，北京高院认为，标的公司未履行减资程序违反了合同附随义务，其应承担迟延履行违约责任，向回购权人支付违约金合理有据，不会导致公

司注册资本的减少。

个别案例中，法院认为连带责任属于担保合同义务，担保合同义务具有从属性，在上述(2020)最高法民申2957号案中，X公司未完成减资无法回购，Y公司主张担保人支付回购价款，但最高院认为X公司未完成减资说明X公司的主合同义务履行条件未成就，所以担保合同义务不应履行。我们认为，此类观点在实践中较为少见，但仍需引起注意。

3.回购价款及违约金的认定

在前述要点顺利满足后，约定回购的案件还往往面临“钱怎么算”的问题，回购款中在除资本金以外约定溢价以及逾期付款违约金是否会得到法院支持，是否会被调整？

司法实践中，各地法院的判断依据存在差别。部分法院参照了民间借贷司法解释的规定，认为收益及逾期付款违约金的总和不应超过利率上限。例如(2018)浙民终629号案中，回购协议约定违约金总额为回购权人投资总额的10%，但由于回购权人已享有17%年化收益，浙江高院认为约定利息和违约金的总额应受同期不超过年利率24%的限制，故将违约金利率下调至7%；(2022)京民终408号案中，回购协议约定回购方迟延履行回购义务按照回购本金加收益的每日千分之一进行补偿，北京高院认为违约金约定显著高于回购权人的损失，

将违约金调整为以出资金为基数，以4倍LPR标准计算。

另有部分案件中法院并不以民间借贷规定中的利率上限为依据，即使收益与违约金的总额超过利率上限，法院仍支持以协议约定为准。例如(2019)最高法民终1642号案中，双方约定的投资溢价率与违约金标准合计为年利率28.25%，一审法院予以支持，最高院二审认为股权纠纷并非民间借贷纠纷，年利率28.25%虽高于利率保护上限，但一审法院未按此调整并非适用法律错误，故予以支持。

也有法院认为收益应当根据企业经营状况判断是否合理，例如(2019)苏民再62号案中，约定的回购款中收益率为8%，江苏高院认为该收益率与同期企业融资成本相比并不明显过高，不存在明显脱离目标公司正常经营下所应负担的经营成本及所能获得的经营业绩，并未违背企业正常经营规律，故予以支持。

(二) 对策建议

1. 针对行权期限，我们建议应注意如下方面：

第一，建议回购协议中如无必要无需约定具体的行权期限，防止法院将该期限认定为除斥期间，过期即失权。可直接约定“有权随时行使回购权利”，且尽量表述为“有权/可以行使回

购权”，避免使用“应当/需行使回购权”等过于绝对的表述。

第二，若约定了行权期限，回购权人应在约定期限内行使回购权，尽快向回购方发出要求回购的通知。如确需延长回购期，则及时确定新的行权期，避免长久拖延。

第三，即使未约定行权期限或是约定了可随时行使回购权，回购权人也不可掉以轻心，建议在回购条件成就后尽快行使，不要超过诉讼时效。

2. 针对减资程序，我们建议应注意如下方面：

第一，在公司股东或公司实际控制人具有回购实力的情况下，建议回购方尽量设定为公司股东或实际控制人，这样在后续行权中无需受到减资阻碍，可直接要求公司股东或实控人回购股权。

第二，若回购方为公司，我们做出如下建议：

首先，在回购协议中约定公司的减资义务及违约责任。将减资步骤约定得越明确仔细越有利于后续的权利主张。

其次，约定公司其他股东有配合完成减资程序的义务，同样设置明确的违约责任，由所有股东共同签署协议或出具承诺函。

再次，约定公司股东需就公司的回购义务承担担保责任。在回购权人后续无法请求公司

实际履行的情况下，向法院请求公司股东承担连带责任。

3. 针对回购价款及违约金，我们建议应注意如下方面：

第一，由于多数法院将“出资款本金+收益+逾期付款违约金”整体视为回购款进行认定，建议在回购协议中谨慎设置各自的高低比例，根据实际情况合理分配。

第二，在约定时考虑到民间借贷保护利率上限的变化，尽量约定合理的违约金计算方式。

第三部分\

结语

法定回购与约定回购赋予了股东行使回购权的不同权利基础，两类回购纠纷在实务中均存在诸多裁判争点。本文对两类案件要点及对应裁判观点进行梳理，并参考不同的裁判尺度给出稳妥详细的应对之道。在上述要点以外，还需特别注意股东的主体资格问题，若存在股权争议可能会导致回购之路困难重重。

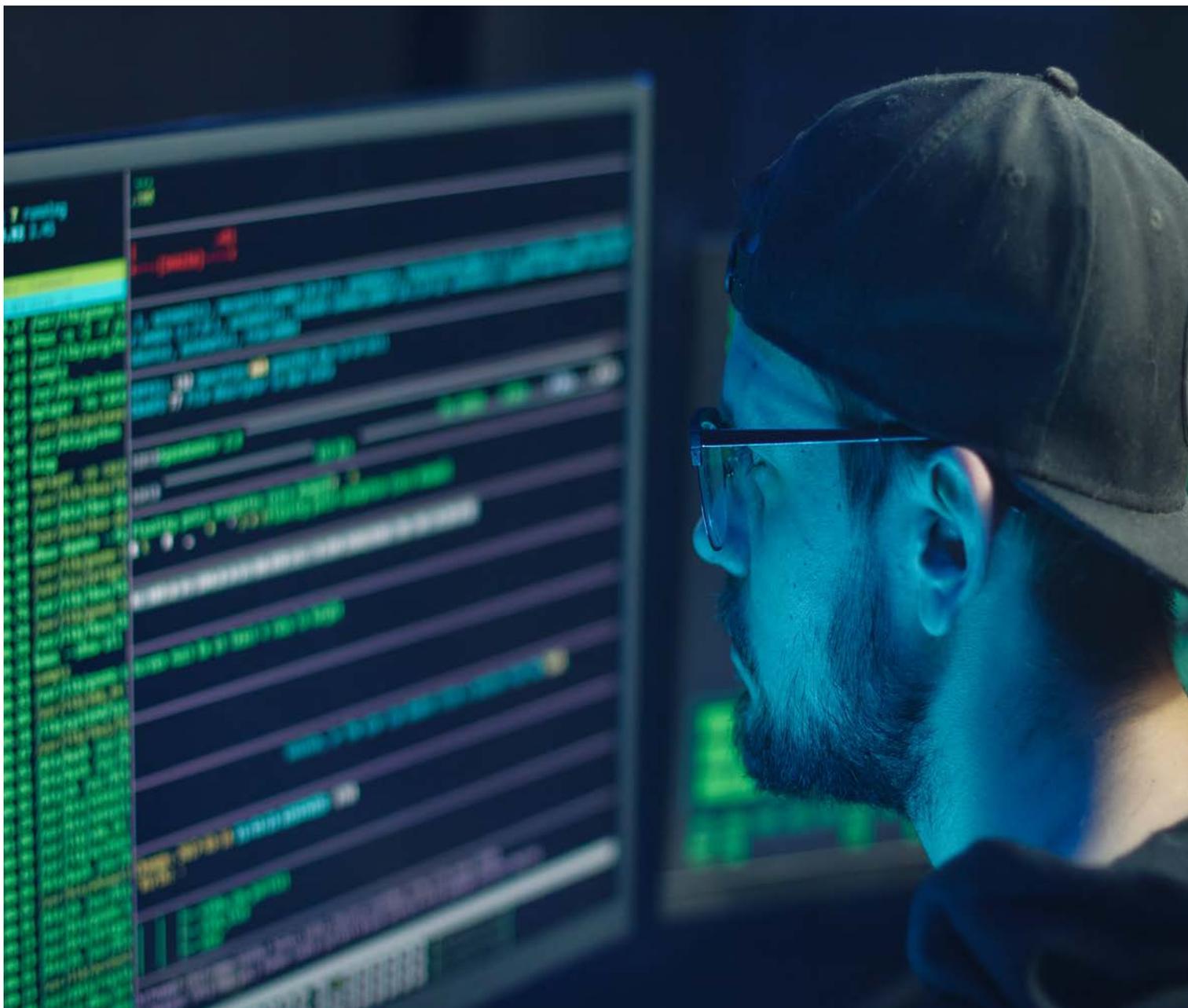
随着股权回购司法实践的增多，以及我国法律法规体系的进一步完善，我们相信对各类要点的司法认定将逐步清晰。此类案件往往具有案情复杂、争议金额较大的特点，我们建议各方尽早准备，审慎面对。 ☞



王广巍
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3662
willwang@zhonglun.com

《生成式人工智能服务管理暂行办法》发布，解析AIGC的数据合规挑战与应对之道

作者：陈际红 吴佳蔚 陈煜煌



2023年7月13日，《生成式人工智能服务管理暂行办法》（以下简称“《办法》”）正式发布，将于8月15日正式施行。生成式人工智能（Generative AI，以下简称“AIGC”）技术，是指具有文本、图片、音频、视频等内容生成能力的模型及相关技术¹。AIGC全生命周期所牵涉的数据合规问题非常复杂，主要阶段包括模型训练、应用运行和模型优化，通常还涉及AIGC开发者、服务提供者、服务使用者等多方主体。本文将由面及点，从整体的视角提出管理AIGC数据合规风险的方法论，并就其中的数据合规焦点问题进行讨论。本文作为作者AIGC系列解读文章全景透视生成式人工智能的法律挑战（二）。

第一部分\

风险识别：三维度的AIGC数据合规风险管理框架

世界各国都在关注和研究人工智能的风险，美国国家标准技术研究院（National Institute of Standards and Technology）于2023年1月发布人工智能风险管理框架（AI Risk Management Framework, AI RMF）²，该框架明确了AI系统的生命周期及各阶段的参与者、关键维度，为人工智能的风险管理提供了系统化的评估路径。我们参考该AI RMF，结合AIGC业务特点提出三维度的数据合规风险管理框架。

AIGC的生命周期大体可包括**模型训练**、**应用运行**和**模型优化**三个阶段，各阶段涉及各方主体的数据处理活动及其风险因素如下：



1. 《生成式人工智能服务管理暂行办法》第二十二条第（一）项。
2. See NIST AI 100-1 Artificial Intelligence Risk Management Framework (AI RMF 1.0).
<https://doi.org/10.6028/NIST.AI.100-1>.

生命周期	模型训练阶段	应用运行阶段	模型优化阶段
主要活动	立项设计, 数据采集 数据清洗, 数据标注 模型训练, 模型验证	2C: AIGC开发者直接向使用者提供服务 2B/2B-2C: 由AIGC服务提供者集成AIGC开发者技术以向使用者提供服务	利用应用运行阶段采集的数据开展模型优化
参与主体 ³	AIGC开发者 ⁴ 数据主体/数据提供方	AIGC开发者 AIGC服务提供者 AIGC服务使用者	AIGC开发者 AIGC服务提供者 AIGC服务使用者
数据合规核心风险要素 ⁵	隐私性 (个人信息、商业秘密) 与合法性 数据质量 可靠性与稳健性	隐私性与合法性 透明性与可解释性 准确性与公平性 应用风险 信息内容监管 信息安全	隐私性与合法性

（一）模型训练阶段

处理活动及典型风险： AIGC的技术本质是通过既有数据寻找规律，并通过适当的泛化能力生成内容。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和标注（tokenization）后用于模型训练和验证。数据清洗、标注及模型训练存在内部性，需要重点关注AIGC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⁶），并根据《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；而数据收集的风险则需关注数据源合法性，《办法》第七条即要求AIGC服务提供者“使用具有合法来源的数据和基础模型”，典型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，具体分析见下；
- ✓ 收集已合法公开的公共数据，例如收集根

3.除本表所列主体外，实践中AIGC开发者/服务提供者还可能引入其他系统/产品供应商，以支撑其模型训练或业务运营的软件/硬件环境、技术支持等。

4.《生成式人工智能服务管理暂行办法》第二十二條第（二）項所定义的“AIGC服务提供者”概念实际上已涵盖了“通过提供可编程接口等方式提供AIGC服务”的主体，为便于区分主体以厘清各方责任，本文针对此等“提供可编程接口的技术开发者”与“服务提供者”并非同一主体时，使用“AIGC开发者”的概念。

5.事实上，AIGC技术的模型训练、应用运行和模型优化等各个阶段涉及的数据合规风险要素包括：隐私性（个人信息、商业秘密）与合法性、可靠性与稳健性、透明性与可解释性、准确性与公平性、应用风险、信息内容监管、信息安全（完整性、机密性、可用性），本表仅列举各阶段所涉及的核心风险要素。

6.《生成式人工智能服务管理暂行办法》第七条第（四）项。

据各地政务数据共享开放条例所合法公开的数据；

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

✓ 间接收集：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。

主体：模型训练阶段的数据合规责任主体主要为AIGC开发者及数据提供方。

（二）应用运行阶段

处理活动及典型风险：将AIGC技术投入部署，包括直接提供2C应用、提供应用接口（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。具体而言：

✓ AIGC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；

✓ 而AIGC生成内容时也可能存在隐私风险及数据泄露等风险；

✓ 就AIGC服务提供者处理、分析数据而言，

可能存在超目的处理、未就数据共享、数据跨境进行充分告知并取得有效同意等风险；

✓ 而就对外提供AIGC服务本身，也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。

主体：应用运行阶段的典型数据保护责任主体是AIGC服务提供者，其中既包括AIGC开发者直接面向AIGC服务使用者提供服务，也包括通过引入第三方AIGC开发者技术能力进而面向AIGC服务使用者提供服务的服务提供者。

（三）模型优化阶段

处理活动及典型风险：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AIGC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AIGC服务使用者并取得有效同意。

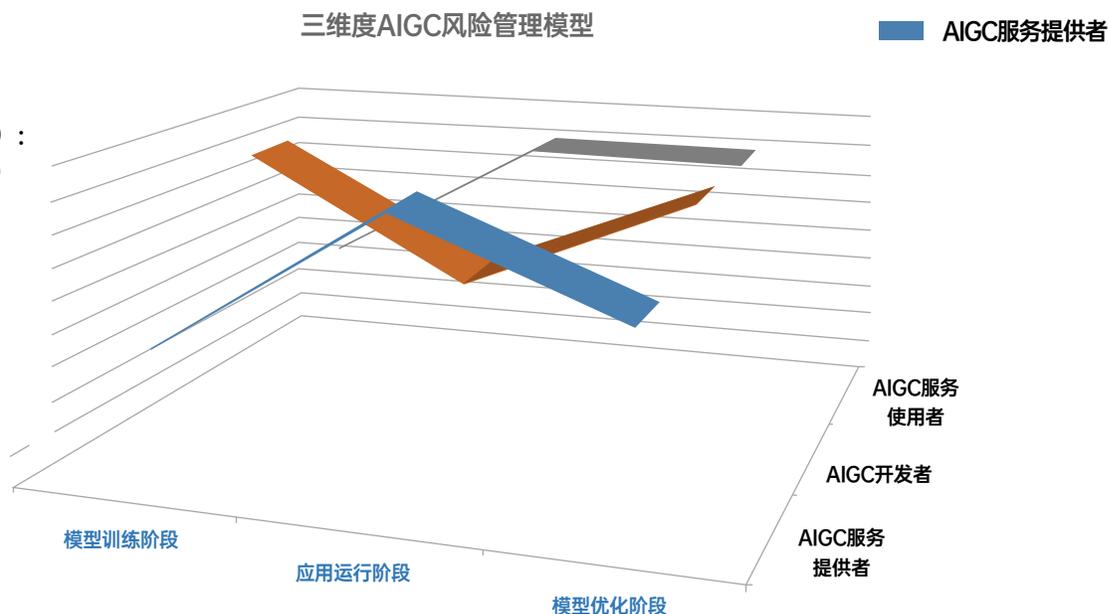
主体：本阶段的典型数据保护责任主体主要是利用人机交互所收集数据开展模型迭代训练的AIGC服务提供者和开发者，其中，在私有化部署及“API-定制化服务”等模式下，集成AIGC技术的服务提供者将可能构成责任主体。

三维度的AIGC合规方法论

AIGC的数据合规挑战与路径

风险因素（核心风险+次级风险）：

- ✓ 隐私性（个人信息、商业秘密）
- ✓ 可靠性与稳健性
- ✓ 准确性与公平性
- ✓ 透明性与可解释性
- ✓ 数据质量
- ✓ 应用风险
- ✓ 信息内容监管
- ✓ 信息安全



注：AIGC服务提供者既可能是集成方，也可能是AIGC开发者直接向用户提供服务。

第二部分\

合规挑战：我国监管框架下的典型数据合规问题

上述三维度合规风险管理框架适用于AIGC 所涉相关主体开展系统化的风险识别、管控及 合规设计。以欧盟和美国为代表的国家和地区 一方面继续在GDPR等现行立法框架下将AI纳 入监管范畴，同时亦在近期出台了一系列针对

人工智能监管的专门立法或标准。

本部分就我国AI法律框架下的五个典型数 据合规问题进行分析。

问题一：如何管理爬取数据的风险

网络爬虫通常是AIGC开发者收集数据并用 于模型训练的常见手段。利用网络爬虫抓取数 据的法律风险包括：

业务环节	法律风险	法律依据
抓取手段	<ul style="list-style-type: none"> - 刑事风险：为越过被爬取网站的反爬虫技术措施而采取反爬虫技术且获取数据，可能构成“非法获取计算机信息系统数据罪”⁷；如果因抓取行为造成被爬网站服务器不能正常运行，可能构成“破坏计算机信息系统罪”； - 不正当竞争：如果违反目标网站Robots协议，或通过IP代理、伪造UA (User-Agent) 等形式，或其他反爬虫措施实施抓取，扰乱被爬网站的正常运营，则可能构成《反不正当竞争法》下的“妨碍、破坏其他经营者、的网络产品或者服务正常运行”⁸的不正当竞争行为； - 著作权保护：如果未经权利人许可，故意避开或者破坏权利人设定的技术措施⁹，以抓取他人享有著作权的作品，可能承担民事侵权责任。 	<p>《刑法》第285、286条 《反不正当竞争法》第12.2条 《著作权法》第49.2、53（6）条</p>
抓取内容	<ul style="list-style-type: none"> - 个人信息保护：如果抓取内容构成个人信息，需满足透明性要求并具备合法性基础，避免爬取未合法公开的个人信息，否则可能构成“违法收集个人信息”； - 著作权保护：如果未经权利人许可，抓取他人享有著作权的作品，则此等抓取作品至自身数据库的行为可能构成侵犯复制权¹⁰。 	<p>《个人信息保护法》第13、17条 《著作权法》第10条</p>
抓取数据的后续使用	<ul style="list-style-type: none"> - 个人信息保护：如果抓取已公开的个人信息并用于后续模型训练，则需确保满足法律关于处理已公开个人信息的要求，例如需在合理范围内处理且在对其权益有重大影响时取得同意¹¹； - 著作权保护：如果未经权利人许可，抓取他人享有著作权的作品，进行分析、处理、演绎，并在后续输出成果中展示，亦可能侵犯他人著作权； - 不正当竞争：如果抓取数据后的模型训练、提供AIGC服务行为被视为“对被爬网站构成实质性替代”¹²，或者“爬取‘衍生数据’构成‘搭便车’”¹³，则可能受到《反不正当竞争法》的规制。 	<p>《个人信息保护法》第27条 《著作权法》第10条 《反不正当竞争法》第2、12条</p>

7.司法实践中，诸如IP代理等行为均可能被认定为侵入性行为，典型案例包括：（2017）京0108刑初2384号、（2017）浙0110刑初664号、（2019）闽08刑终223号、（2016）浙0681刑初1102号、（2016）沪0115刑初2220号、（2016）浙0602刑初1145号。

8.《反不正当竞争法》第十二条第二款规定，利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为，构成不正当竞争。

9.具体而言，技术措施包括两种：1) 访问控制技术措施（又称防止未经许可获得作品的技术措施），该类技术措施是通过设置口令等手段限制他人阅读、欣赏文学艺术作品或者运行计算机软件；2) 保护版权人专有权利的技术措施（又称保护版权专有权利的技术措施），即防止对作品进行非法复制、发行等的技术措施。

10.关于合理使用的讨论，请见此前文章全量透视生成式AI的法律挑战（一）：知识产权挑战与路径。

11.《个人信息保护法》第二十七条 个人信息处理者可以在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息；个人明确拒绝的除外。个人信息处理者处理已公开的个人信息，对个人权益有重大影响的，应当依照本法规定取得个人同意。

12.例如点评诉百度案、点评诉爱帮案，案件具体情况参见（2016）沪73民终242号民事判决书、（2010）海民初字第24463号民事判决书。

13.例如“淘宝诉美景案”，案件具体情况参见（2018）浙01民终7312号民事判决书。

值得注意的是，尽管目前司法实践中大量案件通过《反不正当竞争法》规制网络运营者之间的爬取行为及使用行为，但**《反不正当竞争法》的适用前提是网络运营者之间存在竞争关系**，这就涉及对AIGC所涉及服务性质的认定，并结合二者是否存在相关市场、爬取行为是否可能对被爬网络运营者现实或潜在经济利益造成损害、是否争夺其交易机会或竞争利益（例如用户流量）等因素，具体仍有待于观察司法实践如何认定。

问题二：如何管理数据源风险

《办法》第七条要求AIGC服务提供者（含开发者）“使用合法来源的数据及基础模型”，不仅增加了对于数据的合法性要求，还强调了模型的合法性要求¹⁴。实践中，AIGC开发者可能通过引入第三方（数据提供方）数据以训练自身模型，也可能通过联合建模（但合作方数据不会提供至AIGC开发者）等形式开展。就AIGC开发者向数据提供方间接收集数据以用于模型训练的场景，核心在于确保数据源的合法合规。企业可对此等数据提供方采取的合规管理措施包括：

- 审查数据提供方是否具备提供数据的法律依据（legal basis），如涉及模型合作的，需审查模型是否具备合法来源。针对个人信息，应

审查其是否具备提供个人信息的合法性基础¹⁵；针对非个人信息，应确保所提供的数据不存在权属瑕疵；

- 与数据提供方签署数据处理协议或在业务合同中加入数据保护条款，明确各方权利义务及责任，以协议形式要求该数据提供方承诺数据源的合法合规；

- 针对数据提供方开展合规尽调，就其数据保护层面的安全能力、组织管理、操作规程等进行调查，避免因数据提供方的整体运营及业务模式不合规而影响合作持续开展；

- 要求数据提供方配合定期开展合规审计等。

问题三：AIGC应用运行及模型优化阶段典型个人信息合规问题

OpenAI在其官网公布的ChatGPT隐私政策中披露，其产品运营过程中会收集用户账户信息、对话内容（如含个人信息）、交流信息、社交媒体信息，以及日志信息、使用情况、设备信息、Cookies等个人信息，并表明其可能会利用AIGC服务使用者所提供的数据以开展模型优化和改进¹⁶。《办法》第十一条提出

14.部分域外案例中，Clearview AI 和OpenAI的数据来源以及模型的合法性均受到法律挑战。
15.《个人信息保护法》第十三条规定了处理个人信息的合法性基础，包括取得个人同意、基于履行合同或人力资源管理所必需、基于履行法定义务所必需等。
16. <https://openai.com/policies/privacy-policy>，最后访问日期：2023年5月30日。

AIGC服务提供者的个人信息保护要求，强调“必要性”，以及不得“非法留存”和“非法提供”，在我国法律框架下，AIGC开发者/服务提供者所面临的典型个人信息合规问题包括：

- **透明性及合法性要求。**《个人信息保护法》要求处理个人信息应告知AIGC服务使用者个人信息处理规则（例如通过隐私政策）并具备合法性基础（例如以勾选框等形式取得同意，或系为AIGC服务使用者提供服务所必需）。实践中，通常应当由直接面向AIGC服务使用者提供服务的AIGC服务提供者承担此等义务。

- **个人信息跨境。**无论是境外AIGC开发者直接面向境内AIGC服务使用者提供服务，还是AIGC服务提供者接入境外AIGC技术API接口后向境内AIGC服务使用者提供服务，均可能涉及将AIGC服务使用者个人信息传输至境外。目前《个人信息保护法》《数据出境安全评估办法》《个人信息出境标准办法》均对个人信息出境提出合规要求，相关方应准确识别个人信息出境场景，选择出境合法机制（标准合同/安全评估/认证），开展个人信息保护影响评估（PIA），于隐私政策等文本中披露跨境情形，并具备相应合法性基础。《办法》第四章“监督检查和法律责任”第二十条特别提及来源于境外AIGC服务的场景，可以预见此等涉及跨境的AIGC服务将面临监管的重点关注。

- **将AIGC服务使用者输入数据用于模型优化。**AIGC服务使用者可期待的个人信息处理目的往往并不包括将其数据用于非本次服务以外的目的，例如模型优化，因此将面临更高的用户权益保护风险。目前Open AI的做法是在隐私政策中披露该情况，并就Non-API模式采取默认同意用于模型优化、除非要求退出（opt-out）的机制，就API模式则采取默认拒绝用于模型优化、除非主动提供（opt-in）的机制¹⁷。在《个人信息保护法》的框架下，同意应采取opt-in的同意机制。

问题四：如何处理AIGC数据泄露风险？

据媒体此前报道，韩国某头部科技企业内部发生三起涉及ChatGPT误用与滥用案例，包括两起“设备信息泄露”和一起“会议内容泄露”。报道称，半导体设备测量资料、产品良率等内容或已被存入ChatGPT学习资料库中，随时面临泄露的风险。而出现这些事故的根源，均是因为员工将涉密内容输入到了ChatGPT。¹⁸

AIGC所涉及的数据泄露主要包括两类：

- 一类是基于AIGC自身产品/系统发生数据安全事件而导致的数据泄露，这就要求AIGC开

17. 详情见Open AI: How your data is used to improve model performance, <https://help.openai.com/en/articles/5722486-how-your-data-is-used-to-improve-model-performance>, 最后访问日期：2023年5月31日。

18. https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_22643886, 最后访问日期：2023年5月31日。

发者及服务提供者根据相关规定制定数据安全应急预案，在发生数据安全事件时及时履行上报及通知义务，并对前述第三方系统/产品供应商采取安全层面的合规管理措施。

- 另一类是由于AIGC服务使用者输入数据中含有公司商业秘密或其他敏感数据（个人信息、重要数据等），导致该等数据进入AIGC学习资料库中，进而面临向他人输出内容时泄露此等数据的风险。企业如在内部引入AIGC技术能力时，应对员工的使用规则作出严格限制；而作为向AIGC服务使用者提供服务的AIGC服务提供者，一方面可通过用户协议或其他交互文本提示AIGC服务使用者应避免输入重要数据、他人个人信息等敏感数据，另一方面应采取一定技术手段防止此等因输出内容而导致的数据泄露发生。

问题五：AIGC开发者与服务提供者如何认定数据权属及相关责任

针对由AIGC服务提供者引入第三方AIGC技术（以下称“**集成方**”）以向AIGC服务使用者提供服务的场景，目前合作模式主要有两种，一种是MaaS（Model as a Service，“模型即服务”）模式，集成方通过接入AIGC开发者API从而使用其技术能力，具体包括“API-标准化服务”和可进行模型微调和数据训练的“API-定制化服

务”；另一种是私有化部署，即AIGC开发者将其技术能力私有化部署至集成方¹⁹。由于此种情形下涉及两方主体，进而可能在数据权属、个人信息保护责任及AIGC监管责任等问题上存在潜在争议。

- **数据权属**。私有化部署模式下，AIGC开发者通常无法接触、处理数据，故该模式下数据权属取决于AIGC服务提供者与AIGC服务使用者之间的约定（例如用户协议）；而在MaaS模式下，由于AIGC开发者通常有能力接触和处理由AIGC服务使用者输入至集成方界面的数据，故除需考虑集成方与AIGC服务使用者的约定外，还需考量AIGC开发者与服务提供者之间的协议约定，因此，相关方应提前在协议中对此作出安排，例如AIGC开发者是否有权将AIGC服务使用者输入数据纳入训练数据库用于自身模型优化，避免引发权属争议。

- **个人信息保护**。模型训练阶段的个人信息合规问题集中在AIGC开发者面向个人直接收集数据，此种情形其他合法性基础的论证空间有限，告知同意可能是必选项。而对于应用运行乃至模型优化阶段，争议场景仍聚焦在MaaS模式，此模式下存在多种数据流交互的场景，不同处理目的及各类数据流下各方责任将有所

19.例如，近期开源ChatGLM-6B可以在消费级的显卡上进行本地部署，<https://github.com/THUD-M/ChatGLM-6B>，最后访问日期：2023年5月31日。



差别。目前《个人信息保护法》根据三种数据处理关系进行了责任分配²⁰，因此，服务提供者与AIGC开发者应当对于合作模式（核心为处理目的及数据流）进行清晰界定，例如，如果双方约定基于同一目的共同处理AIGC服务使用者输入的数据，且面向AIGC服务使用者提供服务时同时披露了两方主体，则构成共同处理关系，进而需依法承担连带责任。

– **AIGC监管责任认定。**模型训练阶段由于不涉及服务提供者参与，故该阶段监管责任将直接面向AIGC开发者。在考虑开发者与服务提供者的责任分配时，由于开发者控制训练数据和算法，具有履责的技术优势，而服务提供者会面对用户端，系《办法》所规定的直接监管抓手，但由于其不掌握AIGC底层技术，仅有能力对自身可接触的环节负责（例如对基于API接口的模型开展进一步优化训练），《办法》正

式稿第七条亦将此前征求意见稿中“应当对生成式人工智能产品的预训练数据、优化训练数据来源的合法性负责”调整为“应当依法开展预训练、优化训练等训练数据处理活动”，体现出鼓励技术创新的监管态度。据此，无论是私有化部署还是MaaS模式，均建议开发者和集成方通过签订协议等形式，将此等监管义务在法律允许范围内进行明确分配，对各自合规情况进行审计和核查并留存证明材料，以尽到审慎义务。

第三部分\

合规建议：关注不同主体身份的合规责任

AIGC的数据合规是一个大命题，建议相关方以“点面结合”的方式，一方面按照“三维度的数据合规风险管理框架”对AIGC全生命周期的数据合规风险进行整体识别，采取措施应对AIGC技术的可用性、机密性、完整性等信息安全风险，以及作为算法模型内生的可靠性与稳健性、透明性与可解释性、准确性与公平性等风险；同时重点关注业务开展中的典型数据合规问题。基于此，我们为AIGC相关方提供合规建议如下：

20.例如，在《个人信息保护法》项下，委托处理关系通常由委托方对外承担责任，共同处理关系则由双方承担连带责任，对外提供关系则各自承担责任。

首先，针对AIGC开发者：

1)规范数据收集活动，警惕爬虫风险。企业开展爬虫活动时应：（1）爬取公开的、非保密的前台数据，不应爬取非公开的后台数据；

（2）避免采用破解密码、伪造设备IP绕过服务器身份校验、IP代理、伪造UA等技术手段以绕过或破解网站采取的保护数据的技术措施；

（3）控制爬取的频率、流量等，不得因爬取数据导致被爬网站无法正常响应，甚至瘫痪。

2)提高数据标注及清洗、模型训练阶段的透明性、可解释性及公平性，积极应对监管。模型训练阶段作为AIGC技术开发的开始，企业应采取措施，确保全程可控可见以及可审计和可追溯（透明性），使AIGC所使用的数据、算法、参数和逻辑对输出结果的影响能够被AIGC服务使用者理解（可解释性），保证所利用数据及开展决策时的公正、中立、不引入偏见和歧视因素（公平性）²¹，由此，也可为应对后续应用运行及模型优化阶段的透明性、可解释性及公平性风险提供支撑。

其次，无论是AIGC开发者还是服务提供者，均应关注：

1)加强第三方管理，提升可靠性与稳健性。数据提供方、系统/产品供应商等第三方作为外部实体，相较于内部管理具有不可控性和责任

对立性。建议提前对其系统/产品可靠性与稳健性、合规情况、安全能力展开调查，并通过签订数据处理协议等形式就双方权利义务责任等予以明确，以缓释此等第三方主体的外部合规风险。

2)开展个人信息保护影响评估（PIA），优先整改高风险事项。企业数据合规工作并非一蹴而就，如何在控制成本投入的同时与监管尺度、行业水位拉齐，需要企业做到有的放矢。从近期立法及执法动作来看，透明性、单独同意、个人信息出境、数据处理目的限定以及个人信息主体行权（例如是否可用于模型优化）已然是监管重点。AIGC开发者/服务提供者可对自身个人信息处理活动开展产品维度或业务维度的PIA，并就监管重点关注的高风险事项开展合规自查和整改，之后再逐步推进自身个人信息保护制度建设、操作规程等，建立数据合规的长效机制。

第三，针对AIGC集成方：

如涉及集成AIGC开发者技术，应梳理合作模式，厘清数据权属，明晰各方责任。相较于私有化部署模式，MaaS模式下AIGC开发者与集成方的关系将尤为紧密。建议双方应对业务

21.具体见全国信息安全标准化技术委员会 大数据安全标准特别工作组：《人工智能安全标准化白皮书（2023版）》。

流、目的流、数据流进行清晰界定，并通过签订合作协议，于外部用户协议明确地披露服务提供主体等形式，事先对各方权利义务及责任作出安排，避免潜在争议。

第四，针对AIGC服务提供者：

防止数据泄露。为防止因AIGC技术不可预测风险而引发的AIGC服务使用者输入数据（尤其是含第三方敏感个人信息、重要数据等）对外泄露，AIGC服务提供者应通过用户协议等对AIGC服务使用者的使用规则作出限制，并事先制定数据泄露事件应急预案，以备不患。

最后，针对AIGC使用者：

1)识别高风险应用场景，开展必要性审查并采取针对性措施。鉴于AIGC的应用存在隐私风险及数据泄露风险，建议对使用AIGC应用场景进行必要性审查，以及是否可以采用其他替代方案。此外，针对高敏感场景但有必要采用AIGC的场景，可设计针对性方案，例如采用私有化部署模式，以避免触发数据外泄、跨境传输等风险。

2)规范AIGC使用行为，防止数据泄露。企业如欲在内部引入AIGC工具，建议在员工手册等内部制度中要求其不得输入保密数据等未向外部公开的数据。

3)确保在依据AIGC输出结果采取行动之前进行人工审查。AIGC的技术原理决定其具有准确性和偏见层面的风险，企业应避免依赖AIGC输出结果直接采取行动，而应对其输出结果进行人工审查。

除上述问题外，伴随重要数据界限逐渐明晰、网络安全审查实践等具有中国特色的机制逐次落地，新一轮AIGC技术狂飙或将面临中国本土的监管挑战。尽管如此，我们仍对AIGC在国内发展的前景充满信心，也对中国式治理实践充满期待。 ☒



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



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。