

植德电商物流与贸易委员会年刊

2024

— 植德律师事务所 —

北京 | 上海 | 深圳 | 武汉 | 杭州 | 成都 | 青岛 | 广州 | 海口 | 香港

Beijing | Shanghai | Shenzhen | Wuhan | Hangzhou | Chengdu | Qingdao | Guangzhou | Haikou | Hong Kong

www.meritsandtree.com

目 录

数字税专题 “双支柱”国际税改方案简析及其进展	3
《非银支付条例》发布后，从数据合规角度，	11
电商平台知识产权投诉中的错误通知与恶意通知之识别	16
《非银行支付机构监督管理条例》简评	23
主合同的争议解决条款能否约束主合同非签字方—保证人？	29
约定适用的“中国法律”与 CISG—CISG 在中国的适用困境探析	33
跨境交易中回购担保的适用	37
光船出租人是否要对船上发生的人身损害事件承担责任？	41
平行进口的司法认定及商标侵权风险的防范策略	46

数字税专题 | “双支柱”国际税改方案简析及其进展

张国豪 王艺 许静 林子渊

由于数字经济主要是对传统国际税收体系和规则提出了全面挑战，各国分别实施的单边措施也就无法系统性的解决这一问题，反而重复征税等衍生问题随之产生。因此，建立新的、适应数字经济的国际税收体系及规则，在全球层面系统性地解决与数字经济相关的税基侵蚀、税收利益分配不均等问题，成为摆在大家面前的新课题。经过十年的研究、组织和推进，经济合作与发展组织（OECD）提出的“双支柱”方案初步成型，本文将对“双支柱”方案是如何产生的、其包括哪些规则、进展如何等问题进行简要说明。

一、发展脉络

自 2013 年起，OECD 便开始着手研究数字税征收的多边解决方案，并形成了“应对税基侵蚀和利润转移（BEPS）行动计划”（“BEPS 行动计划”）。BEPS 行动计划的参与国及税收管辖区即为“BEPS 包容性框架成员辖区”（截至本文出具之日，已有 145 个成员国/辖区^[1]）。经过多年谈判与磋商，各 BEPS 包容性框架成员国逐步构建起“双支柱”方案。



[1] <https://www.oecd.org/tax/beeps/about/>，最后访问时间 2023 年 11 月 22 日。

直至 2021 年 7 月 1 日，130 个包容性框架成员辖区的达成“双支柱”方案初步共识。当年 10 月 8 日，BEPS 包容性框架 136 个辖区就国际税收制度重大改革达成共识，发布了《关于应对经济数字化税收挑战“双支柱”方案的声明》（下称“《声明》”）。《声明》所述的“双支柱”方案旨在基于共同利益开展合作，力求在最大程度上照顾各方利益关切，是解决单边主义、保护主义、逆全球化思潮（如本系列《数字税专题|数字税单边方案典例及启示》^[2]所述单边数字税措施，可能造成各国各行其是的局面）的良好方案。总体来看，欧盟较为支持“双支柱”方案落地。由于欧盟等辖区主要是数字经济的消费者，按支柱一，外国公司在大部分欧盟国家所缴纳税款将高于跨国企业就国外利润纳税所流失的税收利益，存在收益空间。欧盟更是支柱二的主要推行者，在 2021 年 12 月、2022 年 12 月便分别发布和达成确保欧盟内跨国集团全球最低税负水平的理事会指令。这样的情形在亚洲等地区也有出现，因为全球大多数发展中国家和发达国家对企业征收高税，仅有少数“税收洼地”税率较低，支柱二的实施符合大多数国家的税收利益。^[3]

《声明》所附实施计划显示，“双支柱”方案拟在 2022 年推进立法，2023 年生效执行。^[4]但 2022 年 5 月，OECD 首次承认，“双支柱”方案实施可能会延迟一年的时间，即实施时间有可能推迟到 2024 年（具体进展见本文第三部分）。^[5]究其原因，主要在于以美国为首的部分国家对“双支柱”方案持迟疑态度：

- 近期数据显示，美国是支柱一金额 A 规则适用范围内跨国企业总部最多的辖区，支柱一金额 A 的实施可能对这类企业造成较大影响。美国认为支柱一金额 A 会导致其税收利益的流失，从而采取保守态度。相应的，加拿大想在本国推行单边方案，在近期也撤回了对支柱一金额 A 的支持（支柱一金额 A 的施行要求废止单边方案）。^[6]
- 关于支柱二，美国财政部对于《支柱二征管指南》的内容表示赞同，但也认为如 UTPR 规则可能使得其他管辖区对跨国公司在美国的低税收入课征补足税，从而侵蚀美国税基，总体态度趋于模棱两可。但与支柱一不同，支柱二的实施并不需要多个辖区签署和批准多边公约（见本文第三部分第一项所述）。美国不实施支柱二可能会减缓支柱二实施进程，但这并不会妨碍其他国家实施支柱二。

[2] 《数字税专题 | 数字税单边方案典例及启示》，北京植德律师事务所，2023 年 11 月 21 日发布。<https://mp.weixin.qq.com/s/6QpLkW47ZrE7ErDW-Nr4mg>

[3] 《朱青等：OECD “双支柱”国际税改方案——落地与应对》，《国际税收》2023 年第 7 期。

[4] 《G20/OECD 包容性框架 136 个辖区就应对经济数字化税收挑战“双支柱”方案达成共识》，国家税务总局办公厅，2021 年 10 月 9 日发布。<https://www.chinatax.gov.cn/chinatax/n810219/n810724/c5169582/content.html>

[5] 《经合组织秘书长：全球数字税收协议的实施或会延后一年》，财联社，2022 年 5 月 25 日发布。<https://www.cls.cn/detail/1024510>

[6] 《138 个成员达成<成果声明>“双支柱”取得新进展》，中国税务报 2023 年 7 月 24 日。

二、 [7]什么是“双支柱”方案

(1) 支柱一

支柱一方案主要由金额 A、金额 B 和税收确定性三部分组成。

➤ 金额 A

金额 A	
目的	解决超大型跨国集团全球利润征税权在各辖区间的重新分配问题
适用范围	暂定适用于全球营业收入大于 200 亿欧元、利润率高于 10% 的超大型跨国企业
适用方式	若适用该规则，企业应将利润率 10% 以上的部分利润作为剩余利润，并拿出剩余利润的一部分（暂定 25%）基于一定分配机制在具有联结度的市场辖区内进行分配
备注	<ul style="list-style-type: none">➤ 相关门槛按平均值计算，部分行业除外（如采掘业和受监管的金融业），预计全球符合条件的企业将在 100 家左右。➤ 跨国企业即使在“使用或消费商品或服务的最终市场辖区”（“市场辖区”）没有应税实体，只要达到前述收入及利润率门槛，即应适用。

显然，金额 A 制度突破了传统税收规则关于“实体存在”联结点的要求，将“市场辖区”作为新的联结点。从长期影响上看，在金额 A 成功实施 7 年后，200 亿欧元门槛在经过届时审议后将可能调整至 100 亿欧元，这将使更多的跨国企业纳入金额 A 的范畴。[8]

➤ 金额 B

金额 B 通过独立交易原则的简化运用，确定跨国企业集团所从事的基本营销和分销活动[9]的利润回报，将目前依据营销商或分销商承担的功能和风险“一户一率”地确定利润水平，改为按公式法“一刀

[7] 《鲁文·S.阿维-约纳，穆罕纳德·塞利姆：GloBE 背景下的美国最低税》，朱晓丹译，《国际税收》，2023 年第 11 期。

[8]

<https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>, 最后访问时间 2023 年 11 月 22 日。

[9] 包括有形货物的批发分销，但拟排除无形产品（例如软件、金融服务和数字产品）和大宗商品交易。

<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-b-2023.pdf>, 最后访问时间 2023 年 11 月 22 日。

切”地计算出应分给市场辖区的利润。[10]因此，其适用于所有跨国企业（不限收入规模或利润率水平）发生的基本分销及营销活动，适用范围较广，可能影响较多企业。

➤ 税收确定性

根据前文所述，金额 A 是对超大型跨国企业集团剩余利润的重新分配，涉及确定各市场辖区是否有资格分配金额 A，各市场辖区可分配的金额 A 份额，以及金额 A 由集团内哪家或哪几家实体支付等问题，需要多国之间进行协调，容易产生税收争议。对此，支柱一专门设计了强制性且具约束力的新型争议预防和解决机制（原则上强制适用），用以处理与金额 A 相关的税收争议。[11]同时也对给特殊情况的发展中国家给予了额外选择。[12]

(2) 支柱二

为防止跨国企业通过低税率辖区避税，OECD 意图设定“全球最低所得税税率”（目前确认为 15%），避免全球税收恶性竞争。支柱二适用于最终母公司财务报表层面合并的跨国企业集团，具体包括所得纳入规则（IIR）、低税支付规则（UTPR）、应税规则（STTR）。其中 IIR 规则和 UTPR 规则合称为“全球防止税基侵蚀规则”（GloBE 规则）。[13]

➤ 全球反税基侵蚀规则（Global Anti-Base Reosion, GloBE）

GloBE 规则	
内容	GloBE 规则包括： <ul style="list-style-type: none"> ● 收入纳入规则（Income Inclusion Rule, IIR）； ● 低税支付规则（Undertaxed Payments Rule, UTPR）
适用范围	最终母公司合并财务报表年收入在之前的 4 个财年中至少有两个财年为 7.5 亿欧元或以上的跨国企业集团 [14]
适用方式 [15]	(1) 确定跨国企业集团是否在 GloBE 规则的适用范

[10] 《朱青：OECD 包容性框架达成协议：如何理解“双支柱”下的国际税收新规则》，《中国税务报》2021 年 7 月 7 日 B1 版。

[11] 《国家税务总局权威解答：数字经济税收“双支柱”问题（中）》，长沙税务，2021 年 12 月 3 日发布。https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_15689657

[12] “推迟 BEPS 第十四项行动计划同行审议且相互协商程序（MAP）争议案件数量为 0 或者较少”的发展中国家，可选择适用有约束力争议解决机制，但仅限于与金额 A 有关事项的争议。且相关辖区选择适用机制的资格，将被定期审议；相关辖区一旦被审议认定为丧失资格，在后续年度将无法恢复。

[13] 《中国人民银行国际司课题组：全球数字税改革及其影响》，《中国金融》2022 年第 2 期。

[14] 指任何在最终母公司所在辖区之外，拥有至少一个实体或常设机构的企业合并财务报告集团。例如，一家企业在海外某辖区有一个常设机构，该企业及其海外常设机构在 GloBE 规则下，即构成跨国企业集团。

[15] 《国家税务总局国际税务司专项研究小组：支柱二 GloBE 规则十五问》，中国税务报 2022 年

GloBE 规则	
	围内，并确定集团内的成员实体及其所属辖区； (2) 确定各成员实体的 GloBE 所得或亏损； (3) 确定各成员实体经调整的有效税额，即归属于成员实体 GloBE 所得的税款； (4) 计算位于同一辖区的所有成员实体的有效税率并确定低税辖区； (5) 计算低税辖区补足税并分配至其成员实体； (6) 依据收入纳入规则（IIR）或低税支付规则（UTPR），按照规定的顺序征收补足税。
备注	豁免部分实体（政府实体、国际组织、非营利组织、养老基金或投资基金、初始国际化企业等）、业务（如国际海运）、辖区（跨国企业集团收入低于 1000 万欧元且利润低于 100 万欧元的辖区）。

虽然适用方式较为复杂，但实质上 IIR 规则是为了让跨国企业集团根据“自上而下”的原则就成员实体的低税所得向自己所在辖区缴纳补足税至 15%。即除特殊情况外，如果低税实体的多层母公司所在辖区均实施 IIR（GloBE 规则由各辖区自愿选择实施），则最终控股母公司所在辖区具有优先实施权。比如，某跨国企业在母公司 H 设立在 A 国，H 公司在 B 国设立 B 公司。A、B 国均实施合格的 IIR，但因 A 国是最终控股母公司所在辖区，A 国可优先 B 国要求 H 公司就其集团低税所得补税。在 A 国按照 A 国 IIR 规定征收补足税后，该跨国集团无需向 B 国以及其他辖区缴纳当年补足税。

UTPR 规则系补充规则，指如果最终（中间）母公司层面未适用 IIR，那么将在实施 UTPR 规则的国家征收补足税。如果一个集团有多个 UTPR 司法管辖区，则根据其有形资产（50%）和员工人数（50%）的相对份额在它们之间分配补足税。[16]

- 合格国内最低补足税规则（Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax, QDMTT）

指在适用 IIR 前，允许先采用 QDMTT 对低税辖区补充征税，而不是由最终（中间）母公司层面管辖区对低税辖区取得的收入征税。究其本质，相当于国内版 GloBE 规则。根据 2023 年 7 月 17 日 OECD 发布的《经济数字化带来的税收挑战—全球反税基侵蚀（GloBE）立法模板征管指南（支柱二）》[17]，QDMTT 规则适用于达到 7.5 亿欧

7 月 6 日。

[16] 《朱青：给复杂规则一个权威解读——读〈支柱二 GloBE 规则十五问〉有感》，中国税务报 2022 年 7 月 21 日。

[17]

<https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy>

元门槛跨国集团的国内成员实体。

➤ 应税规则（STTR）

本规则是支柱二的组成部分，旨在协助发展中辖区对特定关联方跨境支付进行征税。如果关联企业间支付的利息、特许权使用费和其他明确定义的一系列费用，在收款方所在辖区适用的企业所得税名义税率低于 STTR 最低税率 9%，支付国税务机关可拒绝按照税收协定提供优惠税率，并恢复加征预提税，以补足收取国缴纳的税款至 9%。比如，若 A 国和发展中辖区签署有双边协定，该协定给予向 A 国支付的利息的优惠预提所得税税率（优惠后低于 9%），而位于 A 国的借款方根据豁免机制免于缴纳 A 国所得税。此时，STTR 规则允许该发展中辖区补征税款直至 9%。STTR 规则独立适用且优先于 GloBE 规则，它建立在税收协定基础之上。应税规则适用以后，GloBE 规则有可能不再适用，要视具体情况而定。

三、最新进展

（1）支柱一

2023 年 7 月 12 日，BEPS 包容性框架召开第 15 次全体会议，143 个包容性框架成员辖区中的 138 个已签署《关于应对经济数字化带来的税收挑战的“双支柱”解决方案成果声明》（下称“《成果声明》”）^[18]，对“双支柱”方案中的“支柱一”达成协议。《成果声明》明确，金额 A 规则将以多边公约（MLC）的形式实施。

2023 年 10 月 11 日，BEPS 包容性框架发布《实施支柱一金额 A 的多边公约（MLC）》^[19]草案文本、解释性说明、影响评估及《关于支柱一金额 A 确定性适用的谅解》4 份文件及其相关概述。但该 MLC 需要至少 30 个辖区（包括拥有至少 60% 范围内跨国公司总部的辖区）签署并批准该多边公约，然后才能生效。各国仍在努力最终确定 MLC 文本，以供开放签署。^[20]

需注意的是，支柱一中金额 B 的有关规则仍在完善。按照安排，金额 B 规则最终文本预计将于 2023 年年底前完成，并在 2024 年 1 月前由 OECD 批准，随后其主要内容将被纳入《OECD 转让定价指南》。

（2）支柱二

-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.htm，最后访问时间 2023 年 11 月 22 日。

[18]

<https://www.oecd.org/tax/beps/outcome-statement-on-the-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2023.htm>，最后访问时间 2023 年 11 月 22 日。

[19] <https://www.oecd.org/tax/beps/multilateral-convention-to-implement-amount-a-of-pillar-one.htm>，最后访问时间 2023 年 11 月 22 日。

[20] 《思迈特财税国际税收服务团队：【持续关注】双支柱全球最新动态（周更，11 月 20 日）》，转让定价人 2023 年 11 月 20 日。

2022年3月，经济合作与发展组织（OECD）发布了《应对经济数字化税收挑战——支柱二全球反税基侵蚀（GloBE）规则立法模板注释》和案例说明，标志着GloBE规则技术设计基本完成，各国可据此启动国内立法。2023年7月17日，OECD发布了GloBE资讯申请表、新行政指引及应予课税原则（STTR）报告。

具体而言，2024年，第一批实施“支柱二”的辖区将执行IIR和QDMTT。目前有超过50个辖区正依托OECD此前发布的示范规则开展国内立法，部分国家已经完成立法。聚焦亚太区，韩国和日本已正式批准了支柱二规则的国内立法，分别计划于2024年1月1日（韩国）和2024年4月1日（日本）生效实施。日韩两国或将与欧盟成员国一同成为首批实施支柱二最低税规则的国家。^[21]2025年，有IIR和QDMTT实施意向的辖区包括中国香港、新加坡和百慕大。2024年第一批实施IIR的国家将于2025年实施UTPR，但UTPR过渡期安全港^[22]仍在生效中。^[23]

四、 启示

综上所述，“双支柱”方案仍是各国面对数字经济挑战所推出的税改首选措施，且已有极大进展。支柱一的实施会增加部分跨国企业的税负、合规成本和遵从成本，特别是随着适用门槛的降低，会有更多的企业被纳入征收范围。但支柱一的落地具有较大的不确定性，部分内容暂未确定且实施时间也不断推迟。重点关注支柱二，该方案的推进将直接影响跨国企业的税负承担。

一是如全球反税基侵蚀（GloBE）规则规定全球最低有效税率为15%，尽管我国名义税率为25%的企业所得税税率远高于15%，但大量税收优惠政策的存在导致部分企业在计算实际有效税率时可能不足15%。^[24]

二是企业在海外享受的定期减免、税基类优惠和税额类直接减免，将在缴纳补足税后面临东道国享受的优惠政策实际失效的状况。特别是，常见的离岸金融中心辖区（如英属维尔京群岛、开曼群岛等）均为同意“双支柱”方案的BEPS包容性框架成员，且部分辖区（如中国香港地区、新加坡）已经明确要从2025年起实施全球最低税和本地最低税制度。即使我国企业按收入来源地征税原则未在这些辖区纳税，也可能要在最终控股母公司所在辖区缴纳补足税。

[21] 同第3项。

[22] 指OECD设置的UTPR规则过渡机制。该机制豁免最终控股母公司所在辖区在2025年12月31日或之前开始至2026年12月31日之前结束的财年内适用UTPR规则。该机制仅适用于名义税率为20%或以上的UPE辖区。因此，最终控股母公司在美国或中国内地等辖区的集团应该能够受益于此项过渡性规则，而最终控股母公司在中国香港或新加坡等辖区的则无法适用。

援 引 自
<https://www2.deloitte.com/cn/zh/pages/tax/articles/qdmtt-utpr-gir-developments-relevant-to-hk-singapore-mainland-china.html>，最后访问时间2023年11月22日。

[23] 这意味着即使集团在中国的实际有效税率低于15%，相应税款也不会被已实施UTPR的国家征收。援引自<https://mp.weixin.qq.com/s/uJCIgHbjcmuWMhbCAA6IA>，最后访问时间2023年11月22日。

[24] 《中国税务学会课题组：适应数字经济发展的税收制度建设与完善》，《税务研究》2023年第11期。

对此，我们建议各类企业均应通过测算纳税义务、评估投资项目的税收优惠条件与税后收益、优化海外业务布局和股权投资架构、加强过渡期财税管理并逐步建立全球税务管理体系（如按照会计准则做好过渡期支柱二信息披露工作、做好补足税缴税事项的安排等）等方式，逐步建立全球税务管理体系，以期满足“双支柱”方案实施后的新规则要求。[25]

[25] 《吴小强：“走出去”企业面临的关键挑战与应对》，《国际税收》2023年第11期。

《非银支付条例》发布后，从数据合规角度，非银支付机构应关注的五大要点

王艺 王以玮

观点摘要：

1. 《条例》的出台以较大篇幅阐述了非银行支付机构的数据治理内容，重点关注用户合法权益的保护，既是对当前网络安全与数据保护领域的法律法规的延续，也体现了金融行业及非银行支付机构的行业特点；
2. 对于非银支付机构的业务系统，《条例》重点关注其安全性问题，要求实现本地化存储，同时核心业务系统及技术服务不得转包；
3. 支付服务协议的变更要求为《条例》一大创新，在吸纳《网络数据安全条例（征求意见稿）》中的有益条款的同时，要求以数据电文等书面形式实现用户的二次确认同意；
4. 根据《数据跨境新规》，非银支付机构从事“跨境支付”等相关业务时，可以免除开展法定三大数据出境路径合规义务，为一大利好，但仍需非银支付机构关注《数据跨境新规》的后续正式版本的变化，以及“跨境支付”的适用范围；
5. 非银支付机构应着重对其网络设施、信息系统是否属于关键信息技术设施，收集和处理的类型是否属于重要数据作出先行判断，并落实《条例》的相关合规要求。

一、概述

2023年12月17日，国务院正式公布《非银行支付机构监督管理条例》（以下简称《非银支付条例》或《条例》），共6章60条，自2024年5月1日起施行。

《条例》作为针对非银行支付机构监管的首部专门行政法规，旨在促进非银行支付行业规范健康发展，切实保护用户合法权益，更好发挥其服务实体经济、满足用户多样化支付结算需求等作用，体现了我国对非银行支付行业发展和风险防控的高度重视。值得关注的是，《条例》以较大篇幅阐述了非银行支付机构的数据治理内容，要求非银行支付机构切实承担起数据治理的主体责任，关注用户合法权益的保护，与《个人信息保护法》《网络安全法》《信息安全技术 个人信息处理中告知和同意的实施指南》（GB/T 42574-2023）等网络安全与数据保护领域的法律法规实现了良好衔接，并结合金融行业及非银行支付机构的业务特点，做出了数据合规方面的创新性要求。

二、非银行支付机构应关注的五大数据合规重点问题

（一）非银行支付机构支付业务系统需符合相关网络、数据安全要求

非银行支付机构的支付业务系统首要目标是需要具备高度的安全性，包括对用户个人信息和交易资金的保护。通过采用先进的加密技术和身份认证机制，

确保交易过程中的数据安全和防篡改能力，以降低信息泄露和欺诈风险。《条例》第十八条特别强调了非银行支付机构的支付业务系统应符合相关网络、数据安全要求，确保支付业务处理的及时性、准确性和支付业务的连续性、安全性、可溯源性。

第一，在数据存储方面，《条例》对非银行支付机构的业务系统及其备份重申和细化了存放在境内的本地化存储要求。此外，本地化存储的要求还体现在非银行支付机构为境内交易提供支付服务时，即其应当在境内完成交易处理、资金结算和数据存储。

第二，延续了核心业务和技术服务不得外包的要求。《条例》延续了2021年出台的《征求意见稿》对非银行支付机构不得将涉及资金安全、信息安全等的核心业务外包的要求。而在实践中，外包是银行卡收单机构普遍采用的业务模式，也是当前存在数量较多的被举报的典型案件类型之一。部分收单机构出于快速拓展业务等需要，对外包的第三方服务商的准入审查和日常管理不严，甚至违规将核心业务交由外包服务商完成，极易产生资金结算风险，严重扰乱收单市场秩序。个别外包服务商甚至存在挪用商户结算资金，导致大量商户结算资金未到账。因此，《条例》对于非银支付机构提出了核心业务和技术服务不得外包的基础要求，需要严格遵循。

(二) 用户个人信息保护方面的规定，是对《个人信息保护法》等法律法规的要求的延续和提升

《条例》以较大篇幅阐述了非银行支付机构如何合法、合规地处理用户个人信息，在要求上与《个人信息保护法》《网络安全法》《告知同意指南》等法律法规、国家标准有较强的延续性，同时体现了金融行业数据和个人信息处理的特殊性。我们从个人信息处理各环节对《条例》的用户个人信息保护方面的要求进行了梳理，具体见下表。

表 1：《条例》针对个人信息处理要求一览表

环节	《条例》的要求	相关法条
收集	遵循合法、正当、必要和诚信原则，公开用户信息处理规则，明示处理用户信息的目的、方式和范围，并取得用户同意，法律、行政法规另有规定的除外	<ul style="list-style-type: none"> ● 《个人信息保护法》第五条、第六条、第七条、第十三条 ● 《网络安全法》第四十一条 ● 《告知同意指南》第 6.1 条
	不得收集与其提供的服务无关的用户信息	<ul style="list-style-type: none"> ● 《个人信息保护法》第六条 ● 《网络安全法》第四十一条
	不得以用户不同意处理其信息或者撤回同意等为由拒绝提供服务，处理相关信息属于提供服务所必需的除外	<ul style="list-style-type: none"> ● 《个人信息保护法》第十六条

环节	《条例》的要求	相关法条
使用	应当依照法律、行政法规、国家有关规定和双方约定处理用户信息	● 《网络安全法》第四十一条
	不得非法买卖、提供或者公开用户信息。	● 《个人信息保护法》第十条
存储	应当妥善保存用户资料和交易记录。	● 《证券法》《金融机构客户尽职调查和客户身份资料及交易记录保存管理办法》等金融机构相关法律法规中有类似要求
	应当对用户信息严格保密，采取有效措施防止未经授权的访问以及用户信息泄露、篡改、丢失。	● 《个人信息保护法》第九条
向关联公司共享	非银行支付机构与其关联公司共享用户信息的，应当告知用户该关联公司的名称和联系方式，并就信息共享的内容以及信息处理的目的、期限、方式、保护措施等取得用户单独同意。	● 《个人信息保护法》第二十三条
	非银行支付机构还应当与关联公司就上述内容以及双方的权利义务等作出约定，并对关联公司的用户信息处理活动进行监督，确保用户信息处理活动依法合规、风险可控。	
删除	用户发现非银行支付机构违反法律、行政法规、国家有关规定或者双方约定处理其信息的，有权要求非银行支付机构删除其信息并依法承担责任。用户发现其信息不准确或者不完整的，有权要求非银行支付机构更正、补充。	● 《个人信息保护法》第四十七条

（三）支付服务协议的变更采用了《网络数据安全条例（征求意见稿）》的思路，侧重于用户权益的保护

《条例》第二十条明确，非银支付机构应当与用户签订支付服务协议。支付服务协议的具体内容，包括按照公平原则拟定协议条款、应当明确非银行支付机构与用户的权利义务、支付业务流程、电子支付指令传输路径、资金结算、纠纷处理原则以及违约责任等事项。同时，支付服务协议作为格式条款的一种，也需要遵循《民法典》及《民法典合同编通则司法解释》关于格式条款内容的要求，即支付服务协议不得包含排除、限制竞争以及不合理地免除或者减轻非银行支付机构责任、加重用户责任、限制或者排除用户主要权利的内容。

此外，对于非银支付机构在支付服务协议方面需要履行的义务主要包括两项：第一，公示义务。支付服务协议应当在其经营场所、官方网站、移动互联网应用程序等的显著位置予以公示；第二，提示注意义务。非银支付机构应采取合理方式提示用户注意，并按照用户的要求对该条款予以说明。

而支付服务协议的变更是《条例》中一大变更和创新之处。变更的要求与《网络数据安全条例（征求意见稿）》的做法有一定的相似性，即“平台规则、隐私政策制定或者对用户权益有重大影响的修订时，互联网平台运营者应当面向社会公众征求意见，征求意见时长不超过 30 日”；后半部分进一步加重了非银支付机构的义务，要求非银行支付机构以数据电文等书面形式与用户就变更的协议内容达成一致，虽承继了《非银支付机构条例（征求意见稿）》的要求，但在目前生效正式法律法规中为首次出现。对于该条款的理解之一，是**非银支付机构在向以用户发送邮件等形式提出变更请求满 30 日之后，还需要在其 APP 或者网站中向用户发送一个确认同意的界面**；具体有待实践和监管的最终态度。

（四）非银支付机构提供跨境支付服务应遵守数据跨境流动有关规定

《条例》第十九条要求在境内收集和产生的个人信息处理应当在境内进行，如果一定要向境外提供，应当符合数据跨境流通的相关规定，同时要取得用户的单独同意。当前，数据跨境流通的相关规定主要包括《个人信息保护法》《数据出境安全评估办法》《个人信息出境标准合同办法》《粤港澳大湾区（内地、香港）个人信息跨境流动标准合同实施指引》等，以及近期发布的《规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿）》（以下简称《数据跨境新规》），建立了包括但不限于数据出境安全评估、个人信息出境标准合同备案及个人信息保护认证在内的多条合规出境路径。

然而，2023 年 9 月国家网信办发布的《数据跨境新规》对上述三条路径作了例外规定，即第四条明确了三类不需要完成上述三条路径合规工作的数据出境情形。特别值得非银支付机构注意的是，第四条第一款将“跨境购物、跨境汇款”作为“为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，必须向境外提供个人信息的”的法定情形。而跨境汇款通常为非银支付机构的主要境外业务场景，因此，**《数据跨境新规》正式出台和生效后，若继续保留该规定，非银支付机构将无需在开展“跨境支付”相关业务时进行数据出境安全评估、个人信息出境标准合同备案、个人信息保护认证等三项工作**。这将成为非银支付机构的一大利好，很大程度上减轻了非银支付机构在开展跨境支付业务时的数据合规压力。

但是，后续《数据跨境新规》正式出台后，非银支付机构还需要进一步关注“跨境购物、跨境支付”的具体范围的认定，先行判断自身所开展的跨境业务是否能完全纳入其中，若存在疑问需与监管部门保持密切沟通，及时跟踪监管动向。

（五）非银支付机构需关注关键基础设施及重要数据的认定

《条例》第三十三条特别关注了关键基础设施及重要数据的存储及出境问题。这提示我们非银支付机构需首先判断其业务系统是否被纳入关键信息基础设施的范畴、收集和处理的数据类型是否属于重要数据，并做好对应合规动作。

首先，若非银支付机构根据《关键信息基础设施安全保护条例》《网络安全审查办法》等规范，其相关网络设施、信息系统被依法认定为关键信息基础设施（CII），其在境内收集和产生的个人信息的处理应当在境内进行。确需向境外提供的，应当符合法律、行政法规和国家有关规定，并取得用户单独同意。

其次，若非银支付机构收集和处理的属于重要数据，其出境管理将不适用于《规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿）》（如生效）的例外情形，仍需依照《数据出境安全管理暂行办法》完成相应的数据出境安全评估。

三、小结

从我们对各行业近 2-3 年的立法内容来看，个人信息和数据的相关规制条款，越来越多。总体原则是在《个人信息保护法》等法律、行政法规基础上，进行了延伸。但是我们也注意到具体行业，也会在数据收集、数据存储、数据共享、数据出境、数据删除、销毁等全生命周期方面，结合行业特殊场景，提出特殊要求。这些都是数据合规律师需要结合不同企业所属行业，加大对行业数据法的理解和适用，从而满足对应行业监管部门的特殊要求。

电商平台知识产权投诉中的错误通知与恶意通知之识别

马成龙 杨佩峰

引言

国家统计局数据显示，2023 年度全国网上零售额达到 154,264 亿元，比上一年度增长 11.0%。日前，以开工季、三八妇女节为主题的电商购物活动正在如火如荼地进行中。尽管大环境形势复杂严峻，但我国电子商务仍然保持了良好的发展势头。有机遇就有挑战。电商渠道亦是各个品牌维权的难点与痛点。自 2019 年《电子商务法》施行以来，作为电商知识产权治理的核心准则，通知-删除规则从落地到完善已经走过了五个年头。本文将聚焦于投诉中争议较大的错误通知及恶意通知，探析司法审判的观点与态度，以期为经营者的投诉与应对提供实务视角。

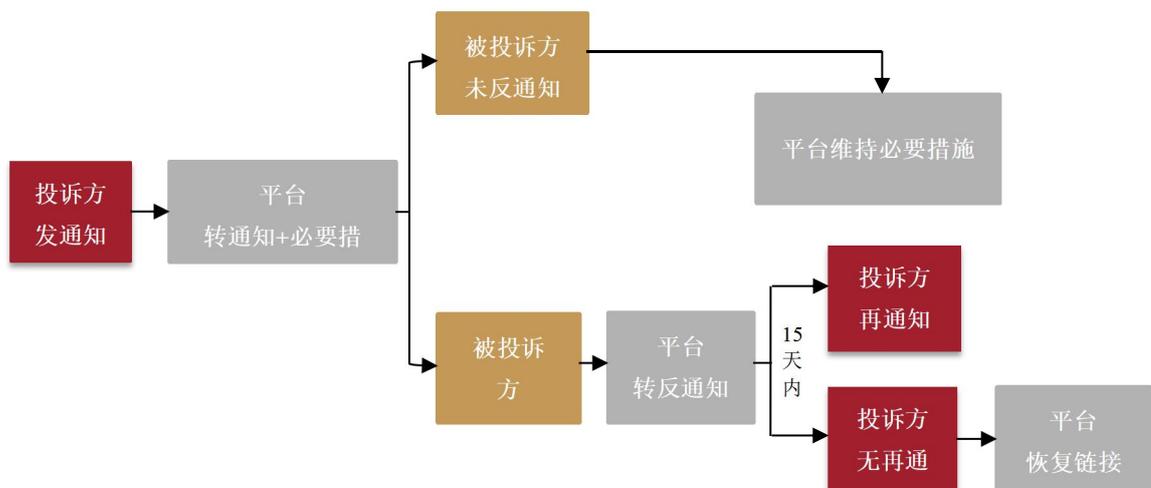
一、什么是通知-删除规则？

1. 基本内容

根据《电子商务法》、《民法典》等法律规定，我国电商领域的通知-删除规则的基本内容是：

知识产权权利人通过平台设立的系统向平台内的经营者发送侵权通知。平台接到合格的通知后需及时将通知转给被投诉方，并同时采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施。被投诉方如抗辩不存在侵权，可以发送不存在侵权的反通知。平台将合格的反通知转给投诉方。此后，若投诉方再次通知已提起行政投诉或者司法诉讼，则平台维持必要措施；若投诉方未再次通知，则平台需恢复被投诉的链接。

基本流程如下：



这一规则的立法目的在于，由平台提供接收-转送通知与反通知的系统，保障并规范投诉方的维权行为，快速制止网络侵权行为的扩大。于平台而言，通知-删除规则下的注意义务程度相对较低，平台建立投诉系统，依法对通知与反通知进行形式上的审核，适时采取/恢复必要措施。于权利人而言，通知-删除规则下的维权成本更低、效率更高。为了防止权利滥用，法律规定了通知的法定要求、错误通知与恶意通知的法律责任。于被投诉方而言，侵权行为应尽快停止，但也不排除合法经营者成为被恶意维权的对象，那么在此情形下的反通知机制、错误通知与恶意通知可能产生的法律责任则为合法经营者提供了一定程度的保障。

2. 通知与反通知的法定要求

在司法实践中，法院对于投诉方与被投诉方的通知与反通知存在法定要求。

根据最高人民法院《关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》（法发〔2020〕32号）以及浙江省高级人民法院民三庭《涉电商平台知识产权案件审理指南》（浙高法民三〔2019〕33号；以下简称“《浙江审理指南》”）相关规定，法院对于投诉方的通知以及被投诉方的反通知存在如下要求：

（1）投诉方的通知

- 知识产权权利人（及委托代理人）的身份资料和联系方式等
- 能够准确定位涉嫌侵权产品、服务或内容的信息或网址
- 构成侵权的初步证据，包括权属证据和侵权成立的证据
- 通知真实性的书面保证

实践中，若投诉方的通知不符合上述要求，则平台无需直接对被投诉信息进行处理。例如在深圳凤凰生活文化传媒广告有限公司、广东邦健医药连锁有限公司等知识产权与竞争纠纷一审判决书中^[1]，原告授权某事务所向平台邮寄的《律师函》仅载明“某官方旗舰店”等182个店铺涉嫌商标侵权及虚假宣传，未提供明确、具体侵权产品链接等信息及构成侵权的初步证明，法院认定不构成有效通知，平台在此情况下未处理侵权链接并无不当。

（2）被投诉方的反通知

- 反通知人的姓名（名称）、联系方式等主体信息
- 要求终止必要措施的产品、服务或内容的网址
- 不构成侵权的初步证据
- 声明真实性的书面保证

二、错误通知的识别

时间与流量是电子商务时代的两大核心要素。在通知-删除规则中，投诉方单方启动了投诉程序，通常能迅速地制止被投诉商品的继续销售。在被投诉方应对时，其产品销售链接已被移除，且因经营者法律意识薄弱、重要证据材料

[1] 案号为（2022）粤1202民初5603号

缺失等诸多因素，很难对失去的商机进行弥补。权利人借助这一规则打击竞争对手的行为引发了各经营主体之间的大量纠纷。如果投诉方发出错误通知或者恶意通知，甚至将因此承担法律责任。

1. 法律规则

- 《民法典》第一千一百九十五条第三款 权利人因错误通知造成网络用户或者网络服务提供者损害的，应当承担侵权责任。法律另有规定的，依照其规定。
- 《电子商务法》第四十二条第三款 因通知错误造成平台内经营者损害的，依法承担民事责任。恶意发出错误通知，造成平台内经营者损失的，加倍承担赔偿责任。
- 《浙江案件审理指南》第二十五条 “错误通知”是指通知人发出的通知错误从而对被通知人造成损害的行为。司法机关或行政机关最终认定被通知人不构成侵权的，应当属于通知人通知错误。

2. 司法实务

“错误通知”是指通知人将不构成侵权的网络信息误认为构成侵权，向网络服务提供者发出的错误删除通知^[2]。根据上述规定，“错误通知”未评价投诉方的主观状态，而是以最终结果为导向，如法院认定被投诉方不存在侵权，则投诉方的通知构成错误通知，应承担相应责任。我们理解，该观点的逻辑在于投诉方只要审慎审查，即能分辨被投诉商品是否为正品，而没有事实和法律依据的错误投诉则反映了其未尽审慎审查的义务。这为被投诉方将来维权减轻了很大的举证责任，因为被投诉方无从获知投诉方的主观状态。

实务中，较多司法案例均采取了上述观点。例如在郭萌、广州臻稚丽企业管理有限公司二审民事判决书中^[3]，法院查明认定原告所售商品为正品，被告对原告的投诉无事实依据，造成原告店铺被平台关闭，应承担民事责任。^[4]

当然，亦有案例是基于错误通知继续评价投诉方的主观过错。例如，在摄氏（北京）饮料有限公司与张家港市杨舍镇池喧电子商务商行等不正当竞争纠纷上诉案中^[5]，一、二审法院均认定，被投诉方证明了所经销的商品属于正品，投诉方的投诉属错误。投诉方只采用肉眼观察的方式判断真伪并多次投诉，未尽到应尽的基本审慎义务，主观上有追求或放任被投诉方遭受损失的故意，客观上利用了第三人投诉机制，实施了阻碍被投诉方正常经营的行为，违背了诚实信用，判决投诉方承担相应的赔偿责任。

这给品牌方的维权投诉敲了警钟。权利人有权对电商平台的侵权售假

[2] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年第 1 版，第 271~272 页

[3] 案号为（2020）粤 01 民终 1040 号

[4] 类似案例还包括（2020）粤 01 民终 1038 号、（2020）粤 01 民终 1039 号、（2020）浙 0110 民初 4220 号、（2022）沪 0116 民初 9430 号、（2019）闽 01 民初 590 号

[5] 案号为（2022）京 73 民终 4168 号

行为发起投诉，但如果试图将此用作管控产品渠道和价格、打击竞争对手等目的，需谨慎再三。投诉应当尽到审慎审查义务，尽量客观真实准确。否则，如破坏竞争秩序，损害他人权益，很可能需承担相应责任。

三、 恶意通知的识别

根据上述《电子商务法》规定，恶意通知比错误通知的责任更甚，投诉方将加倍承担赔偿责任。

1. 法律规则

- 《最高人民法院关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》（法发〔2020〕32号）第六条第一款 人民法院认定通知人是否具有电子商务法第四十二条第三款所称的“恶意”，可以考量下列因素：提交伪造、变造的权利证明；提交虚假侵权对比的鉴定意见、专家意见；明知权利状态不稳定仍发出通知；明知通知错误仍不及时撤回或者更正；反复提交错误通知等。
- 《浙江案件审理指南》第二十七条“恶意通知”是指通知人明知自己无权通知或通知依据不足，仍然发出通知，从而对被通知人造成损害的行为。

第二十八条 认定通知人是否存在恶意，应重点考量是否存在以下情形：（1）伪造、变造权属证明；（2）明知权利状态不稳定或有瑕疵；（3）知道通知错误后不及时撤回；（4）提供虚假鉴定意见；（5）前后同类通知理由冲突。

2. 司法实务

“恶意”体现为投诉方主观上明知自己无权通知或通知依据不足，但仍然发出错误通知。司法实务中，对投诉方是否恶意的举证责任并非全部施加给被投诉方，而是由被投诉方证明其所售商品未侵权且投诉方存在恶意投诉，投诉方证明其投诉合法正当，法院通过查明事实，借助投诉方客观的行为判断其是否主观上存在恶意。我们根据法院考量的不同因素整理了实务中所发生的恶意投诉情形。

考量因素	典型案例	
	案例	具体情节
提交伪造、变造的权利证明	杭州互联网法院发布涉电子商务平台十大典型案例之四：王某诉江某等不正当竞争纠纷案【(2018)浙8601民初868号】	投诉方伪造商标权人的签章，变造权利凭证
	深圳市飘雪兰服饰有限公司与王泽熊、浙江天猫网络有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷一审民事判决书【(2018)浙0192民初5255号】	投诉方非著作权人或获得投诉授权，伪造了投诉材料

考量因素	典型案例	
	案例	具体情节
	最高人民法院发布互联网十大典型案例之八：天津市嘉瑞宝金属制品有限公司诉徐桂珍、邓艳辉、赵振全、天津多维斯地毯有限公司、天津欧豪雅地毯有限公司、第三人浙江天猫网络有限公司不正当竞争纠纷案【(2019)津 0116 民初 5880 号】	投诉方假借他人身份与材料办理了版权登记，利用该作品登记证书投诉
	厦门市益诺妮商贸有限公司与陈爱凤、刘伟不正当竞争纠纷一审民事判决书【(2020)浙 0110 民初 8662 号】	投诉方将他人已发表的作品登记为自己的作品，利用该作品登记证书投诉
提交虚假侵权对比的鉴定意见、专家意见	广州市增城氧菓达农资经营部与广东茂名绿银农化有限公司不正当竞争纠纷一审民事判决书【(2020)浙 0110 民初 9076 号】	商标权人投诉提交的鉴定报告中对正品的外包装陈述了虚假意见
	世科姆作物科技(无锡)有限公司、南京惠农千重浪农业科技有限公司、浙江淘宝网络有限公司知识产权与竞争纠纷二审民事判决书【(2020)浙 01 民终 10825 号】	
	浙江省高级人民法院发布数字经济知识产权保护十大典型案例之九：曹某某与北京众合汇品商贸有限公司、浙江淘宝网络有限公司侵权责任纠纷案【(2021)浙 01 民终 2580 号】	商标权人的投诉材料存在矛盾，无法提交投诉内容是真实的依据
明知权利状态不稳定仍发出通知	何梦瑶与邱发明、浙江淘宝网络有限公司不正当竞争纠纷一审民事判决书【(2020)浙 0110 民初 6382 号】	投诉人恶意抢注被投诉方在先使用的标识并进行投诉
	余梦云、李珍荣等侵权责任纠纷一审民事判决书【(2021)浙 0110 民初 13637 号】	投诉方将被投诉方享有著作权的照片作为自己的原创作品，通过“原创保护平台”发起投诉

考量因素	典型案例	
	案例	具体情节
明知通知错误仍不及时撤回或者更正	上海博友金属制品有限公司、王威等侵权责任纠纷一案一审民事判决书【(2021)浙0110民初18428号】	投诉方的涉案专利权已经失权，失权后怠于撤回投诉
反复提交错误通知	重庆市高级人民法院发布2022年知识产权司法保护十大典型案例之八、重庆市高级人民法院发布十大反不正当竞争司法保护典型案例之一：刘某与武汉金牛经济发展有限公司、杭州务新网络科技有限公司、芜湖汇德知识产权代理有限公司、浙江淘宝网络有限公司不正当竞争纠纷案【(2021)渝民终1083号】	投诉方对被投诉方先后发起八次投诉，有六次为错误通知
其他	浙江某公司与北京某公司网络侵权责任纠纷案【(2019)京0491民初1601号】	投诉方伪造认定被投诉方侵权的司法文书
	江门市植保销售有限公司、沂南县邦得农资有限公司不正当竞争纠纷二审民事判决书【(2020)浙01民终581号】	投诉方对被投诉方前后三次投诉的理由存在矛盾
	江苏省高级人民法院发布2021年度推进知识产权诚信体系建设十件典型案例之五：连云港云本生物科技有限公司诉连云港超威斯国际贸易有限公司、刘苏宁等著作权权属及侵权纠纷案【(2021)苏民终368号】	投诉方明知被投诉方有权使用图片但仍然投诉

四、总结与建议

在电子商务发展的过程中，既要维护权利人的合法权利、制止平台内经营者的侵权行为，又要规制权利人滥用权利的行为，保护经营者的合法利益。通知-删除规则给知识产权权利人提供了便捷维权渠道，效果显著，但权利人也应注意行使权利的正当边界。利用这一机制恶意打压竞争对手、谋取不当利益的行为可能会被反噬。

于权利人而言，投诉行为需尽量客观真实，尊重市场竞争秩序。如发起投诉，建议审慎审查、判断被投诉的商品是否存在侵权，准确选择投诉事由，准备真实的投诉材料，并确保取证和投诉过程留痕，妥善保管投诉材料。

于被投诉方而言，遭受错误投诉乃至恶意投诉的经营者应积极应对，挖掘、组织证据，利用平台的反通知机制提交合格的申诉材料，争取及时恢复链接。

如损失严重，可以考虑对侵权方提起不正当竞争之诉或者侵权之诉。如恰逢大型电商促销时机等情况紧急的情形，还可考虑向法院提起反向行为保全，争取尽快恢复链接。

《非银行支付机构监督管理条例》简评

许静 张劲格格

国务院于 2023 年 12 月 18 日发布了《非银行支付机构监督管理条例》（“《条例》”），《条例》将于 2024 年 5 月 1 日生效。[1]《条例》出台大大提升了我国非银行支付机构（“支付机构”）监管制度的法律层级，顺应了支付业务创新业态的发展趋势。本文拟从支付机构设立与变更、股权管理、业务边界管理以及《条例》对跨境支付业务的监管四个方面进行简评，以供参阅。

一、背景与意义

➤ 发展与规范并行

中国人民银行于 2021 年 1 月就《非银支付机构条例（征求意见稿）》（“《征求意见稿》”）向社会公开征求意见，历经近三年时间《条例》方才落地。近年来，我国数字经济和电子商务等新兴业态蓬勃发展，非银行支付业务得以迅速壮大，在小额便民支付领域发挥着至关重要的作用。目前，支付机构的年交易量已超过 1 万亿笔，交易金额接近 400 万亿元，分别占据了全国电子支付业务总量的约 80% 和 10%，可见非银支付行业为实体经济发展和民生改善做出了积极的贡献。[2]与此同时，我国支付服务市场因创新层出不穷，风险也复杂多变，以往的监管框架当下无法完全发挥效用，《条例》顺延支付行业发展现状，优化了部分违规高发的问题和新兴重点领域的监管细节，在促进和鼓励支付行业发展的基础上坚持规范与行业发展并行。

➤ 非银行支付监管体系的迭代升级

《条例》出台前，我国非银行支付领域的法规以 2010 年 9 月 1 日生效实施的《非金融机构支付服务管理办法》（中国人民银行令〔2010〕第 2 号）为核心，并就支付机构受理终端领域、支付机构反洗钱、反恐怖融资、条码支付、外汇管理等领域出台了一系列部门规章、规范性文件。《条例》将现有监管规定的效力层级上升至行政法规，构建了更为完备的非银行支付业行业合规体系，这也将增强我国非银行支付机构行业的监管效能。

二、《条例》对业内机构的影响

作为我国支付机构监管的首部行政法规，《条例》将对于支付行业各机构而言，《条例》的正式落地将带来何种转变及影响？总体而言：

➤ 顺应支付产业发展趋势，指导支付机构合规运营

《条例》基于业务实质将各类新兴支付渠道及支付方式纳入“储值账户运营”和“支付交易处理”两大业务类型，能够穿透支付业务具体形态

[1] https://www.gov.cn/zhengce/content/202312/content_6920724.htm

[2] https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzdgknr/fdzdgknrjdh/202312/t20231217_491778.html

统一准入条件和监管框架，且更加体现功能监管理念，从而防范监管空白和监管套利。

《条例》出台后，多个支付机构均表示将在《条例》引领下以合规高质量发展为基础梳理公司业务，以促进行业良性竞争和规范健康发展。例如，连连支付在《条例》出台后便发布公告表示，其将认真学习领会《条例》精神，在监管部门的指导下，全面、扎实贯彻《条例》要求，继续坚持以合规为基石、以用户为中心，创新打造贴合用户需求的多样化产品和商业模式，全方位、多渠道、广覆盖、深层次优化支付服务，提升客户支付体验，扩大支付普惠发展。[3]

➤ **助力跨境支付业务高质量发展。**

跨境电子商务发展迅速的背景之下，《条例》指出为境内用户提供跨境支付服务的境外非银行机构应在境内设立非银行支付机构，这或许也意味着在境内未持牌的跨境支付机构需要自行申请牌照或者收购持牌机构满足监管要求。

正如 Airwallex 空中云汇中国区副总裁陈克炎提到，《条例》进一步明确了跨境支付“持牌”等方面的监管要求，这体现了国家在推进金融市场高水平开放的同时，坚守防范风险底线、将各类金融活动全部纳入监管的原则，为守法合规的从业者带来更大信心，有助于行业高质量发展。[4]

➤ **落实消费者权益保护，强化支付机构风险防范。**

《条例》强调了支付机构应当按照公平原则拟定协议条款，保障用户知情权和选择权、加强用户信息保护，明确信息处理、信息保密和信息共享等有关要求，并要求支付机构对所提供的服务明码标价，合理收费，这使得支付监管更加细化，支付行业将走向更加透明的发展道路。

2024年2月21日，中国人民银行四川省分行因现代金融控股（成都）有限公司（“现代支付”）存在未按规定公开披露支付业务的收费项目和收费标准、未按规定备案支付业务收费项目和收费标准等违法行为，针对“明码标价”事宜开出首张罚单[5]。由此可见，监管部门实际上也已经按照《条例》中的相关要求在执行，这也是中国人民银行第一次以这种方式处罚，从侧面说明落实金融消费者权益保护将可能成为监管要点。

《条例》还要求支付机构应当健全业务管理等制度，具备符合要求的业务系统、设施和技术。强化支付账户、备付金和支付指令等管理制度，明确支付机构不得挪用、占用、借用客户备付金，不得伪造、变造支付指

[3] 参见连连国际微信公众号，全面贯彻落实《非银行支付机构监督管理条例》要求，助力支付行业高质量发展，链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/klesCqbQKi05yquJDrp4XA>

[4] 参见 Airwallex 空中云汇微信公众号，贯彻落实《非银行支付机构监督管理条例》助力跨境支付行业高质量发展，链接：https://mp.weixin.qq.com/s/90DJmtMQ0PoQrJoL_MZz7w

[5] 现代金融控股（成都）有限公司存在未按规定公开披露支付业务的收费项目和收费标准、未按规定备案支付业务收费项目和收费标准等违法行为，被处罚款9万元，链接：<http://chengdu.pbc.gov.cn/chengdu/129320/129341/129350/5250646/2024022616030475130.pdf>

令。支付机构亦应当自行完成特约商户尽职调查、持续风险监测等活动，不得为未经依法设立或从事非法经营活动的商户提供服务等。

➤ **强调数据保护，明确信息处理要求。**

在科技金融、数字经济高速发展的背景下，支付行业也加快了数字化转型步伐，《条例》强调了对于支付机构数据保护及信息处理的监管要求，例如禁止非银行支付机构留存银行账户、支付账户敏感信息、明确非银行支付机构违反数据保护相关规定将依照国家有关法律规定进行处罚以及支付业务中的数据跨境需要按照我国的监管规定进行等。对于部分基于支付数据开展金融产品的支付机构而言，数据保护义务亦应是后续合规运营的关注要点。

三、《条例》要点解读

➤ **支付机构全生命阶段的监管**

《条例》覆盖支付机构的设立、变更与终止等，具体而言：

- 支付机构的设立、支付业务许可的获取应当由中国人民银行批准，收到支付业务许可证后，支付机构方可向市场监督管理部门办理工商登记手续，领取营业执照，且支付机构不得无正当理由连续2年以上未开展支付业务，否则将由中国人民银行注销支付业务许可。
- 《条例》强调支付机构的企业名称专用，支付机构的名称需要标明“支付”字样，而除了持有支付业务许可的支付机构之外，其它任何单位和个人均不能在名称和经营范围中使用“支付”字样。支付机构在其支付业务许可被注销后，亦应当将其名称、经营范围中的“支付”字样一并删除。
- 支付机构的注册资本最低限额提高至人民币1亿元，且应当由股东以自有资金实缴出资，控股股东、实际控制人不得通过特定目的载体或者委托他人持股的方式规避监管，上述注册资本最低限额将可能基于非银行支付机构的业务类型、经营地域范围和业务规模等因素而被中国人民银行进一步提高。
- 支付机构拟终止支付业务或者其经营过程中发生重大事项变更的（名称、注册资本、业务类型或经营地域范围、跨省、自治区、直辖市变更住所、主要股东或实际控制人、董监高变更，发生合并或分立），需经中国人民银行批准后方可办理工商变更手续。

➤ **股权管理及风险管控**

《条例》对于主要股东、控股股东以及实际控制人监管要求进行了细化，具体而言：

- 主要股东、控股股东和实际控制人的规制。与原《征求意见稿》相比，《条例》删除了对于非主要股东的限制条件，仅明确规定了支付机构的主要股东、实际控制人资格设置了门槛，并明确支付机构的主要股东和实际控制人发生变化需要经过中国人民银行的批准。

而《条例》对控股股东和实际控制人的约束也略有宽松。原《征求意见稿》中控股股东和实际控制人采用滥用市场支配地位等方式开展不正当竞争、成为控股股东、实控人后3年内转让股份的限制^[6]等禁止行为均没有在《条例》中得以体现，这些内容将可能在后续的配套实施细则中进行逐一澄清。

- 主要股东的股权质押管理规定。根据《条例》规定，支付机构的主要股东在质押其持有的支付机构股权前，必须向中国人民银行进行事前报告，且《条例》限制质押股权不得超过其所持有的支付机构股权总数的50%。
- 股东在外持股限制。《条例》规定，同一股东不得直接或间接持有两个及以上同一业务类型的非银行支付机构10%以上的股权或表决权，且同一股东只能参股或控制一家同一业务类型的支付机构。
- 风险监管下的股东责任。《条例》首次明确了中国人民银行对支付机构采取风险监管措施的权利，包括主要股东履行资本补充承诺、限制重大资产交易以及调整限制董监高及其权利等措施。据此，支付机构的主要股东在日后将极有可能面临签署资本补足承诺函等要求。

➤ 业务边界及管理规则

- 业务类型的改革是本次《条例》出台的一大亮点，《征求意见稿》首次提出了将支付业务分为“储值账户运营”和“支付交易处理”两个类型，《条例》的出台意味着对于这一分类模式的正式确认。在此之前，我国支付业务以支付服务发生的“场景”和“介质”为核心标准，被界定为网络支付、银行卡收单、预付卡发行与受理三大类^[7]，一定程度上呈现了“有什么、管什么”的特征。《条例》以“能否接收付款人预付资金”为界定标准，基于功能主义对支付业务进行划分，以此赋予监管模式更多的灵活性，也更适合于应对条码支付、人脸支付等新型支付场景的出现。
- 《条例》增加了对支付机构经营地域范围的限制，拓宽了支付机构的展业范围。原《征求意见稿》将支付机构开展业务的范围限制在许可证载明的范围之内，据此，即便是某些对于不需要特殊资质的服务支付机构也不得进行展业。《条例》拓宽了这一限制范围，将支付机构的业务限制条件修正为“未经批准不得从事依法需经批准的其他业务”。

[6] 《非银行支付机构条例（征求意见稿）》第十二条：“非银行支付机构的控股股东和实际控制人不得存在以下情形：…（三）采用滥用市场支配地位等方式开展不正当竞争；…（五）成为非银行支付机构的控股股东、实际控制人之日起，3年内转让所持有的非银行支付机构股份…”

[7] 《非金融机构支付服务管理办法》第二条：“本办法所称非金融机构支付服务，是指非金融机构在收付款人之间作为中介机构提供下列部分或全部货币资金转移服务：（一）网络支付；（二）预付卡的发行与受理；（三）银行卡收单；（四）中国人民银行确定的其他支付服务。”

- 《条例》还取消了支付账户开立主体的限制，允许支付机构为 B 端客户提供支付服务。原《征求意见稿》将支付账户定义为“支付账户是指根据自然人（含个体工商户）真实意愿为其开立的”账户，《条例》将这一定义删除，仅提出“非银行支付机构应当以提供小额、便民支付服务为宗旨”，并未对于支付机构为企业单位或大宗交易提供支付服务进行限制。
- 原《征求意见稿》中关于反垄断相关认定的条款大部分被删除。《条例》仅保留了关于反垄断的原则性规定，即“银行支付机构不得实施垄断或者不正当竞争行为，妨害市场公平竞争秩序”。中国人民银行在履行职责中发现非银行支付机构涉嫌垄断或者不正当竞争行为的，应当将相关线索移送有关执法部门，并配合其进行查处。结合此前平台经济得到政策上的认可与支持，以及支付机构行业巨头（如阿里巴巴、蚂蚁集团）的整改结束，《条例》的修改更加符合外界的政策预期。
- 此外，为落实对金融消费者权益保护、有效防范“反洗钱和反恐怖主义融资、反电信网络诈骗、防范和处置非法集资、打击赌博”等重大风险，《条例》要求支付机构明码标价并依法保护用户知情权，并从用户管理、服务协议管理、信息保护以及数据和系统管理多方面的细化了相关业务管理规定。

➤ 跨境支付业务监管原则

跨境支付业务的管理规则一般包括支付监管及数据监管两大方面。

- 支付监管层面，《条例》明确了境外支付机构的持牌要求，境外的非银行机构拟为境内用户提供跨境支付服务的，应当依照《条例》规定在境内设立非银行支付机构。支付机构为境内交易提供服务的，应当在境内完成交易处理、资金结算和数据存储。
- 数据监管层面，《条例》总体而言相较于《征求意见稿》更为严格。《条例》强调了支付机构业务系统的独立性要求及核心业务管理要求，设置多项与《个人信息保护法》、《网络安全法》、《数据安全法》、《关键信息基础设施安全保护条例》相呼应的管理规定，并着重了强调处理用户信息的合法、正当、必要和诚信原则，规定支付机构需公开用户信息处理规则，明示处理用户信息的目的、方式和范围，且原则上应当取得用户同意，体现了监管对于数据安全的重视。

除了上述具体管理规定的细化和完善之外，《条例》亦明确了中国人民银行的主要监管职责和地方人民政府对于风险处置的配合责任，同时全面细化并升级了支付机构违规的行政处罚责任，对前述各监管要求给出了明确的法律后果，使罚则不流于形式。

四、小结

总体而言，《条例》引入了创新的支付机构监管模式，包括但不限于业务模式的二分类界定、对支付机构全生命周期的监管、对股权及控股股东、实控

人管理的宽严并济等等，但是，《条例》并未在正文的条款中做过多的细化和解释，甚至相较于《征求意见稿》做了简化，例如，二分类模式下“储值账户运营”和“支付交易处理”的定义后续将如何界定^[8]、新旧业务分类模式下应当如何渡过衔接期、非主要股东是否仍需满足一定资格条件等。这些问题均为后续配套立法和实施细则留出制度设计空间，有待后续予以完善。

[8] 《非银行支付机构条例（征求意见稿）》第二条：“本条例所称非银行支付机构，是指在中华人民共和国境内依法设立并取得支付业务许可证，从事下列部分或者全部支付业务的有限责任公司或者股份有限公司：（一）储值账户运营；（二）支付交易处理。储值账户运营是指通过开立支付账户或者提供预付价值，根据收款人或者付款人提交的电子支付指令，转移货币资金的行为。法人机构发行且仅在其内部使用的预付价值除外。支付交易处理是指在不开立支付账户或者不提供预付价值的情况下，根据收款人或者付款人提交的电子支付指令，转移货币资金的行为。储值账户运营和支付交易处理两类业务的具体分类方式和规则由中国人民银行另行规定。”但本条中关于储值账户运营、支付交易处理业务的定义在《条例》中被删除。

主合同的争议解决条款能否约束主合同非签字方——保证人？

庞涛 邱博奇

不论是国内贸易还是国际贸易，商事主体经常会利用保证这一增信措施以确保主合同项下义务的履行，保证人和债权人因此订立保证合同，约定当债务人不履行债务或发生当事人约定的情形时，由保证人履行债务或承担责任。保证人并非主合同的当事人，那么当发生保证有关的争议时，保证人在多大程度上受到主合同约束的问题就会产生，而争议解决条款作为合同的“午夜条款”或“香槟条款”^[1]，应不应该约束特定的主合同非签字方——保证人的讨论便也是题中之义。本文将分别从非涉外保证及涉外保证两个方面回答题述问题。

一、非涉外保证的处理方式

保证合同是否约定了争议解决条款、主合同和保证合同的争议解决方式是否相同，这些问题都会影响题述问题的回答。本文先从不具有涉外因素的保证情形讲起。

（一）情形一：主合同约定以诉讼方式解决纠纷、从合同未含仲裁条款

2021年1月1日生效的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（“2021年担保制度解释”）第21条第2款和第3款规定：“债权人一并起诉债务人和担保人的，应当根据主合同确定管辖法院。债权人依法可以单独起诉担保人且仅起诉担保人的，应当根据担保合同确定管辖法院”。根据该规定，在主合同和从合同选择的管辖法院不一致时，主合同确定案件的管辖；在债权人仅起诉承担连带责任的保证人时，保证合同确定案件的管辖。这一管辖权的表述与2000年12月8日发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（“担保法司法解释”）第129条近似。同时，参考最高人民法院（2022）最高法民辖54号民事裁定书，此处提及的“不一致”也包括主合同未约定管辖法院条款，而从合同约定了管辖法院条款的情形。^[2]

（二）情形二：从合同包含仲裁条款

[1] 意指订立合同的主体并不会顾及双方之间潜在的争议，而是希望尽快完成交易并庆祝。See Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, Kluwer Law International, 3rd ed., 2015, p. 279.

[2] 最高人民法院在（2022）最高法民辖54号民事裁定书中认为，港联融资租赁有限公司与胡野双方之间的《融资租赁合同》并未约定发生纠纷时的管辖法院，虽然在《担保协议》约定管辖条款，但是依照2021年担保制度解释第21条的规定，该案的管辖应按照主合同《融资租赁合同》确定。

2021年担保制度解释第21条第1款规定：“主合同或者担保合同约定了仲裁条款的，人民法院对约定仲裁条款的合同当事人之间的纠纷无管辖权。”法院的司法管辖权尊重了当事人选择争议解决方式的自由意思，如果从合同含有仲裁条款，那么主合同的争议解决条款便不能约束从合同。

值得一提的是，2021年7月30日司法部发布的《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》（“征求意见稿”）第24条规定：“纠纷涉及主从合同，主合同与从合同的仲裁协议约定不一致的，以主合同的约定为准。”根据该规定，在纠纷涉及主从合同时，主合同的仲裁条款将约束从合同的保证人。然而，仲裁协议是提起仲裁的基础，当事人之间存在将争议提交仲裁的合意是进行仲裁的必要条件，前述规定在一定程度上忽略了从合同当事人的仲裁意思，因此引发热议。

（三）情形三：主合同约定以仲裁方式解决纠纷，从合同未含争议解决条款

随着经济和社会发展，商事交易逐渐变得复杂，仲裁协议通过不同方式约束非签字方成为了趋势。但是，这种趋势能否同样适用于保证法律关系中还需要具体分析。

1. 法律规定

2021年担保制度解释第21条并未规定主合同仲裁条款能否约束从合同的保证人。2008年12月16日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》（“仲裁法司法解释”）第11条关于援引条款的规定为仲裁协议的主体范围提供了扩张的可能，但是，因为援引和并入条款也有多种情形，可以是并入整个主合同，也可以是特定地明示并入主合同的仲裁条款，哪种并入才可以约束保证人，也会成为争议焦点，较为保守的仲裁庭会要求，保证合同中存在明示且特别约定并入主合同仲裁条款，此时仲裁条款才能约束保证人^[3]。所以并入的标准需留待法院在司法实践中确定。

征求意见稿第24条甚至直接将主合同的仲裁条款作为仲裁机构审理从合同纠纷的依据，规定“从合同没有约定仲裁协议的，主合同的仲裁协议对从合同当事人有效”。

2. 司法实践

我国大部分法院对仲裁是否合意的判断较为严格，认为主从合同情形中，如果从合同没有仲裁条款，就表明从合同双方没有

[3] 例如，ICC仲裁机构在受理中国买方和新加坡卖方的买卖合同纠纷时，担保人提出管辖权异议。仲裁庭大多数意见认为，虽然主从合同关系密切，但是因为担保合同中并没有包含任何明示或特定（explicit and specific）的援引条款、两份合同没有密切到可以认为是同一份合同的程度，同时，主合同义务和担保义务的履行时间不同，所以不能认为担保人受主合同仲裁条款约束。See Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multi-Party, Multi-Contract and Multi-issue*, Kluwer Law International, 2nd ed., 2020, p. 260.

仲裁合意，否则，就会剥夺当事人对争议解决方式的选择权。^[4]至于主合同法律关系对保证纠纷的影响，赞成主合同仲裁条款不能约束保证人的法院，通常如此解释从合同的从属性：主从法律关系只在合同效力上有从属性，而在纠纷解决方式上如果当事人没有约定，则证明从合同当事人不愿受主合同的仲裁条款约束，^[5]即主合同的仲裁条款对保证人没有效力，仲裁问题不具有从属性。^[6]

各级法院也会通过解释方法，结合案件背景做出约束非签字方的尝试，主要的理由有：主合同或从合同有援引条款^[7]、保证人承担了连带保证责任^[8]、保证人没有提出管辖权异议^[9]、主合同与保证合同关系密切^[10]。以湖南省高级人民法院在（2023）湘民他6号复函及刊登于《人民司法》的相关分析为例，保证人在明知主债权债务合同内容的情况下出具的与保证条款内容一致的保证书属于主合同的组成部分，保证人与债权人之间的担保关系亦受到主合同约定的仲裁条款的约束。^[11]

二、涉外保证的特别规则

与非涉外保证目前适用的规则相同，根据《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》（“涉外会议纪要”）第97条第1款的规定，如果当事人在主合同和从合同中分别约定诉讼和仲裁两种不同的争议解决方式，主从合同的纠纷将分别按照主从合同的约定确定争议解决方式。但是，如果主合同约定了争议解决条款而从合同并无约定，或者主合同没有约定争议解决条款但从合同约定了争议解决条款，那么相较于不具备涉外因素的法律关系而言，涉外保证的司法管辖权可能需要适用不同的规则进行处理。

[4] “重庆国阔建筑工程有限公司诉重庆雨霖投资有限公司、刘维梅、重庆渝高科技产业（集团）股份有限公司合同纠纷、仲裁程序案”，重庆市第一中级人民法院（2015）渝一中法民特字第01133号民事裁定书。

[5] 参见最高人民法院[2013]民四他字第9号复函。

[6] 程啸：《保证合同研究》，法律出版社2006年版，第225-226页。

[7] 例如：“申请人刘梅芳与被申请人中国银行股份有限公司深圳罗湖支行申请确认仲裁协议效力纠纷案”，广东省深圳市中级法院（2016）粤03民初1951号民事裁定书。

[8] 孙兆秋：《仲裁条款对合同第三人的效力》，载《北京仲裁》2005年第4期。

[9] 例如：“申请人乐视控股（北京）有限公司与被申请人上海奇成悦名投资合伙企业、贾跃亭申请撤销仲裁裁决案”，北京市第四中级人民法院（2018）京04民特439号民事裁定书。

[10] 例如：“申请人中国海外控股集团有限公司与被申请人周晨申请撤销仲裁裁决案”，北京市第四中级人民法院（2021）京04民特193号民事裁定书；“赵允德诉宿靖海合同纠纷案”，黑龙江省高级人民法院（2018）黑民申3094号民事裁定书。

[11] 罗浪：《担保合同中仲裁条款效力的司法审查》，载《人民司法》2023年23期。

(一) 主合同和担保合同分别约定不同国家或者地区的法院管辖且不违反我国专属管辖的规定时，依据管辖协议的约定分别确定管辖法院。

涉外会议纪要第 4 条的规定：“主合同和担保合同分别约定不同国家或者地区的法院管辖，且约定不违反民事诉讼法专属管辖规定的，应当依据管辖协议的约定分别确定管辖法院。当事人主张根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第二十一条第二款的规定，根据主合同确定管辖法院的，人民法院不予支持。”这一规定尊重了当事人协议选择管辖法院的意思。

(二) 主合同约定以仲裁方式解决纠纷，而从合同没有争议解决条款时，只有在例外情形下才能约束未签字的保证人。

涉外会议纪要第 97 条第 2 款规定：“当事人在主合同中约定争议解决方式为仲裁，从合同未约定争议解决方式的，主合同中的仲裁协议不能约束从合同的当事人，但主从合同当事人相同的除外。”据此，法律仅将主从合同当事人相同的情况作为主合同仲裁条款约束从合同保证人的理由。参考公开案例，法院在大多数情况下还是会延续在非涉外保证情形中的保守态度，如在东迅投资有限公司涉外仲裁一案中，最高人民法院认为：因为保证人玉林市政府提供的担保函中没有包含仲裁条款，且保证人和债权人之间没有就担保纠纷的解决达成仲裁协议，如果仲裁庭根据主合同中的仲裁条款受理担保纠纷，仲裁庭作出的裁决便超出了仲裁协议的范围^[12]。尽管如此，我国一些法院在分析案情后，结合了理论依据，还是做出了约束保证人的尝试。

[13]

三、 总结

根据现行有效的法律规定，在非涉外保证中，保证关系具有从属性和补充性，如果从合同没有约定仲裁条款，那么我国法院会根据主合同的法院选择条款确定地域管辖；在涉外保证中，纠纷可能会涉及不同国家的司法管辖权，如果主合同和担保合同分别约定由不同国家或者地区的法院管辖且该约定不违背我国专属管辖的规定，那么我国法院将尊重当事人的协议选择法院条款。对于仲裁来说，合意是仲裁的必备条件。而要证明当事人之间存在合意，最简单的方式是证明当事人之间签订了书面仲裁协议，但除了签字以外，当事人之间的仲裁合意可能会以其它形式表达，法院和仲裁庭在实践中也逐渐支持某些特定的非签字方受仲裁协议约束，例如主合同或从合同有援引条款、保证人承担了连带保证责任、保证人没有提出管辖权异议、主合同与保证合同关系密切等等。

[12] 参见最高人民法院[2006]民四他字第 24 号复函；最高人民法院[2006]民四他字第 25 号复函。

[13] 例如：“申请人深圳市金利居房地产开发有限公司与被申请人深圳市源昇投资发展有限公司申请撤销仲裁裁决案”，广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法涉外仲字第 114 号民事裁定书。

约定适用的“中国法律”与 CISG - CISG 在中国的适用困境探析

张国豪 张劭格格

《联合国国际货物销售合同公约》(The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) (以下简称“CISG”) 是国际商事法律的核心公约之一, 其旨在统一成员国在国际贸易活动中的法律适用, CISG 的适用需遵循优先适用原则, 而 CISG 第 6 条同时赋予了当事人可以通过协议排除选择 CISG 的适用权利。囿于 CISG 在中国^[1]的法律适用规则空白, 我国在实践中实现 CISG 优先适用的不确定性较强, 当事人协议选择的准据法与 CISG 适用问题的争议也逐渐显现。本文将以此 CISG 在中国适用的主要问题作为引入, 进而分析和阐释导致 CISG 与国内法适用争议的困局, 并针对这一情形提出对策及建议, 以期为外贸企业在从事国际贸易活动中提供指引。

一、一个主要问题: 选择适用“中国法律”是否具有默示排除 CISG 之意

基于中国的国际贸易活动实际情况及涉外民商事司法实践, 我们发现多数当事人均会在合同中约定“本合同适用中国法律管辖”, 当事人不会明确地排除 CISG 的法律适用, 也不会具体的选择某一个部门法作为准据法, 只是笼统地选择了“中国法律”。那么, 在这一情形下, 这样的约定是否等同于默示了选择 CISG 的适用呢? 合同所约定的“中国法律”是否包括了 CISG?

经对于中国的司法实践的检索和梳理, 我们发现最高人民法院 107 号指导案例^[2]中已确定了相关裁判规则, 即仅在合同中约定适用“中国法律”不应被认为是有效地排除了 CISG 的适用, 基于 CISG 的优先适用原则, 在合同仅是选择适用“中国法律”时, CISG 仍然应当优先适用。且多数案例表明, 这一裁判规则已被有效应用, 例如, 在德国某公司、广州某公司国际货物买卖合同纠纷案件中, 案涉《购销合同》双方当事人的营业地所在国家分别为德国、中国, 虽然案涉《购销合同》载明“本合同适用中华人民共和国法律”, 但是并未明确排除适用 CISG, 广东省高级人民法院基于最高人民法院发布的指导案例认为“本案应优先适用《销售公约》进行审理, 对于审理中涉及的问题, 《销售公约》没有规定的, 则适用当事人在《购销合同》中约定的中华人民共和国法律”, 并就一审法院的法律适用不当予以纠正。

理论框架下的分析亦可为上述司法实践中的结论提供支撑。CISG 的立法沿革表明, 在 1980 年维也纳会议上, 大多数国家代表拒绝了“当销售合同中规定本合同由某一特定国家的法律调整时, 就是已认定当事人已经排除适用公约, 即使是这个国家(是缔约国)已经将公约并入其国内法”这一建议, 且这一建

[1] 为本文之目的, 本文所称“中国”或“我国”均不包括香港、澳门特别行政区及台湾地区。

[2] 最高人民法院 107 号指导案例中化国际(新加坡)有限公司诉蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案。

议最终并没有被采纳。^[3]CISG 的序言中也阐明了其立法目的、功能与性质便是统一国际货物贸易活动中的法律适用，是一部照顾到不同社会经济法律制度的调整国际货物销售合同的统一规则，这首先奠定了 CISG 在国际销售合同争议解决中的应有之地位。

此外，从国内法的角度来看，CISG 与国内法的适用实则是国际条约与国内法的法律位阶争论，应当属于一般性的宪法问题，诚然，我国宪法并没有对于国际条约的法律地位做出明确规定。原《民法通则》第 142 条第二款规定“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的”，据此，可以解释为在 CISG 对中国生效后，就当然被纳入中国法，由中国法院予以直接适用，无须另行制定法律将其转化为国内法适用。而在《民法通则》失效之后，现行法律、法规中没有直接、明确的依据表明国际条约是中国法律的一部分。但即便如此，当事人选择适用某一 CISG 缔约国的法律，例如选择适用“中国法律”，并不能认为当事人决定了不选择适用 CISG、不能有效地排除 CISG 的适用。

从国际法的角度来看，CISG 适用的依据来源于“条约必须遵守”的国际法原则，即作为缔约国适用国际条约是一项国际义务，这项义务至少包括两方面内容：第一，缔约国应当按照所参加的条约的规范行事；第二，缔约国必须妥善处理所参加的国际条约与国内法的关系。如果当事人没有排除 CISG 的适用，那么 CISG 就应当优先于国内法规则直接适用。需要明确的是，直接适用并不是指需要通过国际私法的适用路径选择适用哪一个准据法，而是在解决国际贸易相关争议时将 CISG 放在首要位置考虑。据此，在满足既定条件的基础上，各缔约国应将 CISG 的条款作为优先考量，确保其规定得到优先执行，以遵循国际法中“条约必须遵守”的原则，这是作为 CISG 的缔约国需要履行的条约义务。

综上所述，国际条约是否能够作为中国法律的一部分尚存立法空白，因此，我们不能直接得出“约定中国法律的适用就等同于约定了 CISG 的适用”这一结论，但即便如此，适用“中国法律”约定绝不能等同于是排除了 CISG 的适用，在这一情况下，CISG 仍然应当优先适用。

那么，如何约定才能适用 CISG 第 6 条的约定正确地选择国内法作为准据法呢？

能够产生排除 CISG 适用的效果将取决于当事人是否直接、特定地明确了适用该成员国的哪一部国内法。直白地说，如果当事人明确约定相关国际货物销售合同适用中国《民法典》，那么就等于指明了国内法，达到了排除 CISG 适用的效果，否则，只约定适用“中国法”，中国国内法和 CISG 将都是准据法，且 CISG 将优先适用。

二、CISG 在中国的适用困局：国内法依据的缺位

就上述主要问题而言，究其本源，是我国对于涉外民商事争议法律适用之国内法依据的缺位所致，这也对中国司法机关准确认定准据法、履行条约义务产生了负面影响。

[3] 李巍：《联合国国际货物销售合同公约适用评释》，法律出版社，2009 年版，第 31 页。

如上所述 CISG 的国内适用属于宪法问题,但中国宪法对于此问题的规定一直是空白状态。《民法典》生效之前,在国际贸易相关争议中作为主要依据的便是原《民法通则》第 142 条所规定的国际条约的适用原则。

原《民法通则》第 142 条规定:“…中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外…”

不论审判机关在援引该条款或其他关于国际条约优先适用的法律、法规时是否存在说理不明或是否引致争议,《民法通则》的这一条款的确为过往的涉外司法审判中的法律适用问题提供了明确的国内法规定。比如,有些法院直接将该《民法通则》142 条第 2 款作为条款 CISG 优先适用的法律基础,有些法院也将该条款作为桥梁,以《民法通则》第 142 条引入 CISG 的适用^[4]。上述两种适用路径,都是在遵循国内法明确规定的前提下对 CISG 的适用路径。除了《民法通则》之外,2013 年 1 月生效实施的《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(以下简称“《法律适用司法解释(一)》”)第 4 条明确规定,中国法院应依据《民法通则》第 142 条第 2 款优先适用 CISG。然而,最高人民法院在 2020 年对于《法律适用司法解释(一)》进行了修订,删除了这一条款。

而后,2021 年 1 月 1 日《民法典》正式生效并实施,同时,《民法通则》第 142 条被废止。而《民法典》并未延续《民法通则》中对于国际条约优先适用性的规定,也未对 CISG 在中国的适用作出任何其他规定,我国关于国际条约的适用原则自此便出现了立法空白,直接导致了 CISG 的优先适用的不确定性,司法审判实践中也出现了直接援引《法律适用法》第 41 条来认定准据法、而并没有依据 CISG 中的“营业地规则”^[5]确认 CISG 的适用的情况。不过,中国所承担的适用 CISG 的条约义务并未改变,但即便有的法院注意到了对于 CISG 的优先适用义务,其在寻找适用 CISG 的国内法依据时也费尽周折,甚至有的法院的做法是在援引《法律适用法》第 41 条确认准据法后、再援引 1987 年《最高人民法院转发对外经济贸易部的通知》以实现 CISG 进行优先适用。^[6]据此,可以理解为我国司法审判机关对于 CISG 的优先适用义务是有一定认知的,而国内法对于 CISG 适用的法律依据缺位导致了 CISG 的适用困局,引发了 CISG 与国内法的法律适用争议。

三、 建议

基于上述,通过颁布司法解释等相关法律、法规的规定、发布相关指导案例以形成裁判规则等形式,进一步完善我国关于 CISG 及其他国际条约适用问题

[4] 参见贺小勇. 自贸试验区法院适用 CISG 的分歧及对策[J]. 国际商务研究, 2017, 38(01):19-29。

[5] “营业地规则”系指根据营业地判断 CISG 是否适用。根据 CISG 第 1 条之规定,当事人的营业地决定了货物买卖合同是否具有国际性,只有具有国际性这一特征,才能适用公约,而国际性便是指货物买卖合同双方在签订合同时候,其营业地必须处于不同的国家。

[6] 参见山东省高级人民法院,青岛龙泉石墨有限公司与龙珀立德有限公司国际货物买卖合同纠纷案,(2021)鲁民终 337 号判决书。

的法律依据是必要之举。除此之外，作为国际贸易商事主体的外贸企业也应当整体提高对于 CISG 的理解及其适用问题的认知程度。

选择 CISG 作为准据法必然存在一定优势，CISG 依然有 40 余年的发展历史，作为国际货物销售合同的统一规则，其必然能够切实地平衡国际贸易商事主体的利益以降低各方的风险及成本，但对于营业地长期为某一国家的外贸企业，选择其熟悉的当地法律必然是更优选项。据此，为了能够有效实现选择准据法之意图，建议外贸企业在预先制定国际货物买卖合同的规范文本，并在其中明确约定适用某一具体的中国部门法，或明确排除 CISG 的适用。以下条款，可供参考讨论：

- 本合同将由中华人民共和国国内法调整 and 解释，而不包括《联合国国际货物销售合同公约》。

This Contract shall be governed by and construed under the internal Law of the People's Republic of China Not including the CISG.

- 本合同项下的权利与义务由《中华人民共和国民法典》管辖并据其解释。

The rights and the obligations of the parties under the contract shall be governed by and construed under Civil Code of the People's Republic of China.

跨境交易中回购担保的适用

吴琦 何靖雯

回购作为一种非典型担保方式，通常是指债务人与债权人约定将财产转移至债权人名下，在一定期间、条件后再由债务人或者其指定的第三人以交易本金加上溢价款进行回购。相对于抵押、质押、保证等有明确法律规定的典型担保方式，回购担保作为非典型担保方式，近年来逐渐被司法实践所确认。而民法典、担保制度解释等法律、司法解释的出台更标志着回购担保取得“合法通行证”。在跨境交易中，回购担保的结构可能更为复杂、受交易管制规定的限制可能更多，因此在跨境场景下，回购担保所涉及的法律问题更加值得探讨。

一、跨境交易中回购担保适用的场景

实践中，会产生担保需求的交易场景，都可能出现回购担保等非典型担保需求。因此，回购担保所适用的场景集中在贸易、融资、并购等领域。而跨境场景下，权利方、义务方、担保方任何一方都可能在境外。

1. 跨境贸易

(1) 模式一：买卖双方就买卖货物约定的回购

境内贸易中，比较常见的回购出现在生产商（供应商）与销售商之间，在产品销量、市场接受度或产品质量等因素触发约定条件时，回购发生。但依据境内的司法实践，此类纠纷发生后往往以买卖合同（或委托销售合同）的基本原理、法律规定为依据进行审理，很少将其视为非典型担保方式。

跨境贸易中，同样的，买卖双方就货物买卖形成了买卖合同关系。由于买卖合同的法律规定、实践都比较完备和丰富，依据合同自身的约定即可规制各方主体的履行行为。

有鉴于此，无论是出口贸易还是进口贸易，以买卖合同标的（货物）作为担保物形成的回购担保方式并无必要，担保的实现方式也会和退货、赔偿等法定或约定违约后果相互重合。且货物过境又回购后，再次运输的成本较大，即便存在回购约定或触发回购情形，也会采取货物不再过境的方式来完成所有权转移。因此，以买卖货物作为回购标的的担保方式现实可能性较低。

(2) 模式二：出卖方和买受方就买卖货物以外的财物签订回购协议

理论上，出卖方和买受方可以就买卖货物以外的财物签订回购协议，前提是买卖货物等回购标的物已经转让给相对方。但若回购标的物已经完成跨境转移，其同样受到上述成本因素的制约。

(3) 模式三：第三人以自有财物转让给买卖合同中一方主体，并订立回购协议，约定被担保的债权对象并在一定条件下回购原来的自有财物。

2. 跨境融资

(1) 借款/贷款

向银行等金融机构贷款，担保方式一般由金融机构指定。基于金融机构往往不会接受财物的所有权，在跨境模式下，还会受到“外保内贷”等监管性政策的规制，回购担保方式在金融机构中一般会被排除适用。

普通的民间借贷情形下，回购担保模式可以被接受；跨境场景下，如涉及资金的进出境，回购担保需受到外汇监管政策约束，如回购标的需要进出境，则其同样受到贸易模式下相关政策、约定的约束。

(2) 融资租赁

融资租赁模式下非典型担保，在司法解释中已经有体现。由于融资租赁尤其是“售后回租”模式，租赁物的所有权转让给出租人，符合债务人将财产所有权转移给债权人的回购担保特征，采用回购作为担保方式具有天然的优势。但需要注意的是，跨境融资租赁中的回购担保同样受到融资方面的金融监管政策规制。

3. 跨境投资并购

(1) 回购标的为股权的

在股权投资、企业并购等场景中，常见附条件回购股权的约定模式，也就是被讨论、被争议得非常泛滥的“对赌协议”。自“九民纪要”出台后，“对赌协议”的效力、履行可行性等已有定论。虽然其特征非常符合回购担保，但从担保的角度去考虑、判定“对赌协议”的模式已无必要。

(2) 回购标的为实物的

投资并购场景下，有一类投资、收购的标的为目标企业的实物资产，此时当事人约定一定时间、条件下由被收购方或第三人回购该实物资产的，可成立为回购担保。跨境场景下，收购实物资产实质为买卖法律关系，如果涉及该资产出入境，同样涉及成本、进出口政策等因素制约。

二、跨境交易中回购担保法律风险分析建议

1. 非典型担保的实现

回购担保等非典型担保的合法性基础，主要来源于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第六十三条的规定，即“债权人与担保人订立担保合同，约定以法律、行政法规尚未规定可以担保的财产权利设立担保，当事人主张合同无效的，人民法院不予支持。当事人未在法定的登记机构依法进行登记，主张该担保具有物权效力的，人民法院不予支持。”

回购担保所签署的协议虽然通常为《买卖合同》《转让合同》《购买协议》等，但由于实质担保的特征，其属于跨境担保的规制范畴。债权人在接受、设立回购担保方式的时候，应注意其不同于具有物权效力的典型

担保方式，如抵押担保下抵押权人可通过抵押物拍卖、变卖价款受偿。在回购担保模式中，由于尚无“法定的登记机构”可以对回购担保进行登记公示，回购担保主要以回购义务人的“购买责任”作为担保以及被担保债权的最终实现方式。故债权人应更关注回购义务人的自有资产、财务状况、履约能力等信用条件。在跨境场景下，若回购义务人为境外主体，则债权人更应当关注前述方面。

除上述非典型担保应关注的特殊方面外，其也应关注担保关系的成立、有效、被担保债权应明确具体，担保协议为从协议、其有效性受到主协议影响等基本方面。

2. 金融监管政策

我国外汇管制政策要求跨境融资提供担保，这在一定程度上限制了跨境回购担保。

对金融机构而言，国家外汇管理局《跨境担保外汇管理规定》规定了“外汇局对内保外贷和外保内贷实行登记管理”，该等登记管理属于强监管要求，是金融机构慎重采取跨境担保方式的原因。

对企业而言，国家发展和改革委员会《企业中长期外债审核登记管理办法》规定了“企业借用外债，应当按照本办法规定申请办理外债审核登记等手续，报告和披露有关信息，优化外债使用，做好风险管理，配合监督检查。”前述规定同样对企业提出了对外借债需要审核登记的要求。虽然《企业中长期外债审核登记管理办法》属部门规章，对于非金融机构的主体来说，在回购协议有效性判断的时候不应成为协议无效的法定理由，但在实操中，涉及资金出入境（尤其是资金出境）的时候，会面临合同无法履行的风险。

我们建议境内主体事先充分考虑跨境担保情形下的金融监管规制，并提前设计与监管要求相适应的交易结构。

3. 贸易监管政策

在跨境贸易场景下，进行贸易的货物需要经过跨境运输、进出口检验检疫、缴纳进出口税等等流程，且前述流程需要有进出口资质的主体（如货代公司）实施操作。若回购担保的实现需要回购标的跨境转移，则回购标的同样需要以进出口货物的方式履行前述流程。这会产生担保方式的约定与实际履行方式不一致的法律风险，即回购担保实际履行时，不可避免地以新跨境货物买卖方式来进行。同时，新买卖所带来的税费也会成为各方的争议焦点。因此，我们建议在设定回购担保时，尽量选择不跨境转移货物的方式为履行条件。

此外，两用物项（即核污染、生化污染、导弹制造、毒品制造等所涉及的进出口货物、技术和服 务）的出入境也越来越成为跨境贸易监管重点。回购担保应避免以两用物项作为回购标的物。

4. 投资监管政策

在跨境投资、并购的场景下，我国对于境外投资准入处于逐渐放开的状态。而回购担保等模式，与准入政策关联度不大。但需要注意的是，若

投资协议违背了准入政策（如“负面清单”）而无效，回购担保协议作为从协议的效力也会受到影响。

5. 法律适用

跨境交易中，法律适用是交易各方重点关注的问题。由于回购担保为我国境内法律体系认可，其履行后果可以被明确预期，因此，境内主体应力争选择适用中国法。若境内主体无法主导法律适用选择，则我们建议采取其他典型担保模式，或对适用法进行充分尽调了解后做出决策。

6. 争议解决方式及管辖

与法律适用选择的思路相同，由于境内对于回购担保的法律规定存在可预期性，若发生争议，境内法院、仲裁机构的对于争议的处理同样更具可预期性。我们建议通过“密切联系原则”选择境内为争议解决管辖地。至于争议的解决方式，是选择仲裁还是诉讼，我们建议通过研究不同主体所在法域、国家、地区间是否有互相承认判决、仲裁裁决的国际条约、公约、安排等来进行判断，减少争议发生后无法执行的风险。

三、 结论

回购担保模式在跨境交易中为境内主体提供了一种有效的风险管理机制，已被我国法律体系所认可。境内主体在参与此类交易时，应审慎设定协议条款，确保内容详尽且合法合规，同时密切关注监管政策的动态，评估其对协议效力和履行可能性的影响。此外，境内主体需进行全面的风险评估，明确争议解决机制，并在必要时寻求专业法律意见，以保障自身权益。通过这些措施，境内主体可以在遵守法律法规的前提下，有效管理和降低跨境交易中的风险，稳健参与跨境交易。

光船出租人是否要对船上发生的人身损害事件承担责任？

龚文静 沈诗淳

一、问题的引出

2020年，A与其他三人合伙在重庆巫山大宁河口中昂新天地外挡水域打捞沉船。为了合伙事宜，A与B公司签订《驳船出租合同》，约定A光租B公司所有的“B3号”驳船，租期为1个月，自2020年9月11日至2020年10月10日。租赁期内，A负责船舶安全责任。该光租合同没有登记。2020年9月14日，C被雇佣到船上做零工。2020年9月16日，C在爬梯子上驳船的途中发生意外，失足落水溺亡。C的亲属起诉，请求A、B公司等相关人员承担责任，赔偿因C死亡产生的死亡赔偿金，丧葬费，精神损害抚慰金等损失。

A作为雇主，承担赔偿责任没有太大争议，而B公司作为光船出租人，已经将船舶光租给A，并约定租赁期内由A负责船舶安全责任，其是否仍要对船上发生的人身损害事件承担责任？双方对此产生争议。

二、观点的交锋与相关类案

（一）需要

1. 《内河交通安全管理条例》第二条：“在中华人民共和国内河通航水域从事航行、停泊和作业以及与内河交通安全有关的活动，必须遵守本条例。”以及第九十一条：“本条例下列用语的含义：（一）内河通航水域，是指由海事管理机构认定的可供船舶航行的江、河、湖泊、水库、运河等水域。”本案当中，案涉水域为重庆巫山大宁河口中昂新天地外挡水域，属于内河，适用《内河交通安全管理条例》。
2. 《内河交通安全管理条例》第十条：“船舶、浮动设施的所有人或者经营人，应当加强对船舶、浮动设施的安全管理，建立、健全相应的交通安全管理制度，并对船舶、浮动设施的交通安全负责。”B公司作为船舶登记所有人和登记经营人，没有履行法定的安全管理义务，需要承担责任。
3. 《船舶登记条例》第六条：“船舶抵押权、光船租赁权的设定、转移和消灭，应当向船舶登记机关登记；未经登记的，不得对抗第三人。”B公司与A签订的光船租赁合同没有登记，B公司与A的内部合同约定不能对抗第三人。

下列是3个类似案例，以供参考。

序号	案号	案件事实	法院说理	判决结果
1	(2021)浙72民初1671号 (已生效)	“浙海 1156”轮与“浙路渔 81758”轮碰撞，导致“浙海 1156”轮沉没，船上 7 名船员遇难。	虽然方正海与李新平、李辉辉签订《船舶租赁合同》，并约定碰撞事故等由承租人李新平、李辉辉自行负担。但是，该光船租赁因未依据《中华人民共和国渔业船舶登记办法》第二十九条的规定向渔政渔港监督管理机构办理光船租赁登记，故《船舶租赁合同》所作的 内部约定不能对抗被侵权人在内的第三人 。方正海未 尽到船舶经营管理的谨慎注意义务，自身存在重大的主观过错 ，亦应承担相应的赔偿责任。综合以上两点，本院确定方正海对本次碰撞事故承担赔偿责任。	承担赔偿责任
2	(2016)鲁10民终2368号	鲁荣渔 6015 船系周良山从荣喜公司处租赁，由韩孟才、周良山合伙经营。杨显丰随鲁荣渔 6015 船出海作业，并根据船长的安排从事简单体力劳动，在船上吐血身亡。	荣喜水产集团有限公司作为荣渔 6015 船的船东，将该船租赁给韩孟才、周良山经营并收取租金，该公司虽不直接参与该渔船的经营过程， 但该公司作为渔船的所有权人，不能只收取租金却对该船的所有行为均放任不管 。因平时涉案渔船 停靠在该公司的码头 ，事发时该渔船又系在 禁渔期出海作业 ，杨显丰的死亡与该公司未尽相应职责存在间接因果关系。	承担 10% 的责任

序号	案号	案件事实	法院说理	判决结果
3	(2017)鄂民终622号	葛洲坝物流将“葛运998”轮租赁给顺清物流用于货物运输。曹成玉被雇佣到“葛运998”轮上工作，在检修电路时不幸触电身亡。	葛洲坝物流将“葛运998”轮出租给 没有水运资质 的顺清物流自主经营， 未办理登记 ，“葛运998”轮的登记所有权人和登记经营人均为葛洲坝物流。因此，对于曹成玉在“葛运998”轮上触电身亡，葛洲坝物流作为船舶所有人和经营人应根据过错程度承担相应责任。	承担责任

(二) 不需要

1. 光船出租人 B 公司在光船租赁期间没有安全管理船舶的义务，不构成不作为侵权。

B 公司系船舶登记所有人和登记经营人，对船舶安全具有法定责任，然而 B 公司已经将“B3 号”驳船光租给 A 用于沉船打捞平台的搭建，B 公司对“B3 号”驳船的安全管理责任已经转移给承租人 A，B 公司在光船租赁期间没有安全管理船舶的义务，B 公司对 C 不存在侵权行为，对 C 落水溺亡不存在过错，不构成不作为侵权，故 B 公司无需承担赔偿责任。

2. 本案受害人行使的是侵权请求权，与光船租赁权不冲突，不存在登记对抗效力的问题。

光船租赁权的登记，是一种物权公示，是保护第三人基于物权登记而产生的对物权的信赖利益。^[1]光船租赁权的登记对抗效力是相对于与光船租赁权存在权利冲突的情形而言的，对于不存在权利冲突的一般债权，不存在登记对抗效力的问题。^[2]例如，船舶在光租期间发生碰撞造成人员伤亡，受害方要求侵权损害赔偿。受害方主张船舶碰撞导致的损失是基于侵权行为产生的债权请求权，而非基于对船舶物权状态的合理信赖，与承租人行使光船租赁权不发生冲突，不存在登记对抗效力的问题。登记与否对光船出租人是否需要承担侵权责任不产生实质性影响。

下列是 2 个类似案例，以供参考。

[1] 桑罗婷. 船舶碰撞损害赔偿责任主体辨析 [J]. 世界海运, 2021, 44(08): 40-48. DOI:10.16176/j.cnki.21-1284.2021.08.009.

[2] 李伟, 关正义. 光船租赁权登记对抗效力及其效力范围研究 [J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2014, 32(03): 154-159. DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2014.03.016.

序号	案号	案件事实	法院说理	判决结果
4	(2005)琼民再终字第4号	海达公司是“海润”轮的船舶所有人，汇威公司是该轮的光船承租人，该光船租赁未登记。汇威公司与国盛公司形成供油合同关系。国盛公司请求海达公司对（汇威公司所欠）加油款承担连带偿还责任	《船舶登记条例》对光船租赁权的取得、转移和消灭，均作了“应当登记，未经登记不得对抗第三人”的规定。该规定的含义，应当是光船租赁权等物权的取得、转移和消灭，应当登记；未经登记，在物权利属上不得对抗已经登记的第三人。该登记制度，是为了解决光船租赁等行为有多个时，哪一个是受法律承认和优先保护的问题，而非解决因船舶运营中形成的债权债务如何承担的问题。连带责任是一种法定责任，只有在法律有明确规定的情况下才须承担，而《船舶登记条例》既不是法律，也没有规定光船租赁未经登记时船舶所有人应当对承租人光船租赁期间产生的合同之债承担连带责任。	无需承担责任
5	(2020)鲁72民初字第1179号（已生效）	鲁荣渔58190船的登记所有人为鑫发水产公司。据鑫发水产公司称鑫发集团公司租赁该船舶。丛某为该船的渔捞长，丛某在提供劳务过程中遭张文学侵害并导致死亡。	鑫发水产公司不是丛某和张文学的雇主，不承担雇主赔偿责任，与鑫发集团公司承担连带赔偿责任，也没有法律依据。	无需承担责任

三、法官的判决与说理

本案当中，法院最终认定光船出租人 B 公司不用承担赔偿责任。

说理：一、调查报告中虽然认定 B 公司应当负有现场安全管理责任，该认定系基于船舶登记所有人和经营人对船舶安全的法定责任的认定，然 B 公司将“B3 号”驳船租赁给 A 用于沉船打捞平台的搭建，“B3 号”驳船的现场安全已经由 A 作为船舶的实际使用人负责，再要求 B 就 A 使用船舶承担安全管理责任，显失公平。二、“B3 号”驳船虽没有办理船舶租赁相关登记，但鉴于租赁时间短暂且在 C 溺亡事件中 B 公司对“B3 号”驳船的安全管理责任已经转移给承租人 A，B 公司对 C 不存在侵权行为，对 C 落水溺亡也不存在过错，C 溺亡结果的发生与没有办理租赁登记不存在法律上的因果关系，因此，根据《中华人民共和国侵权责任法》第六条规定，对原告要求 B 公司承担连带赔偿责任的主张，本院不予支持。

四、总结与反思

在光船租赁下，光船出租人完成交付船舶的义务后，就不再参与到船舶的经营管理活动，不负责安排船员、物料、备件，也不安排运输活动，光船出租人将船舶的占有权、指挥权和航行权全面交给承租人，船舶安全管理也由承租人负责。对于光船租赁期间发生的人身损害事件光船出租人是否要承担责任，笔者认为在分析问题时代，要立足于侵权行为的本质，明确船舶的实际经营状况以及光船出租人、光船承租人对侵权行为的发生是否存在过错，据此认定相关的责任主体。若光船出租人对人身损害事件的发生没有过错，则无需承担责任。若光船出租人存在过错，比如提供的船舶不适航造成人身损害事件，则光船出租人需要承担责任。至于船舶光租是否办理登记，对侵权责任主体的认定并无实质性影响。

根据以上分析，过错情况是法官认定侵权责任的重要因素，光船出租人要注意以下几点，以减少过错情况，规避相关法律风险。

1. 合同主体：签订租赁合同时要注意核验承租人的资质，避免将船舶光租给没有相关资质的承租人。（案例 3）
2. 合同内容：合同中要明确船舶用途，出租人切记不可把内河货船光租给承租人用于海上航行。此外，出租人要在合同中尽可能详尽地列明自己在光船租赁中的权利和承租人的义务，以及出租人在因承租人的原因遭受利益损失时的权利救济途径，在必要时可以在合同中约定责任保险的内容。
3. 合同履行：出租人要及时交付船舶，并确保船舶适于合同约定的用途。
4. 其他：出租人即使已经将船舶出租，仍应尽到合理的谨慎注意和监督义务，例如渔船停靠在出租人的码头，承租人驾驶该渔船在禁渔期出海作业。此时出租人有义务及时采取相应措施制止承租人的违法行为。（案例 2）

平行进口的司法认定及商标侵权风险的防范策略

庞涛 张劲格格

随着跨境电商的蓬勃发展，跨境电商领域存在的知识产权侵权问题日益增多，其中，涉及平行进口商品的商标侵权问题尤为突出。目前，我国商标法、反不正当竞争法等相关法律法规尚未对平行进口问题作出针对性规定，相关立法亟待完善。本文对于平行进口的概念进行了初步梳理，并通过分析司法案例就平行进口在我国的合法性地位及其司法认定要点进行了探讨，旨在为从事平行进口贸易的跨境电商及其他进口商企业预防、规避商标侵权风险提供参考。

一、什么是平行进口？

基于鼓励自由贸易、建立正常自由竞争秩序的原则，我国司法实践中基本已达成一致观点，即平行进口商品不构成商标侵权，正如北京市高级人民法院在《当前知识产权审判中需要注意的若干法律问题（商标篇）》中对“关于平行进口是否构成侵犯商标权的问题”作出的明确答复：“‘平行进口’应被司法所接受，不认定构成侵害商标权”。

但平行进口的概念为何，目前尚无统一定论。国际商标协会的解读^[1]以及我国理论界均认为“灰色市场”一词可以指代平行进口^[2]，平行进口（灰色市场）即第三方没有经过商标权利人的批准在国际商品贸易中进口和销售带有相同商标的商品的行为，我国司法实践中也存在相同理解，并在此基础之上对平行进口的含义作了更为详尽的解释，总结而言，我们认为，平行进口一般指该商品上的商标在两个或两个以上的国家/地区均受到合法保护，他人未经进口国商标权利人同意，从进口国以外的地域（出口国）进口与进口国商标权人为同一主体或存在利益上的关联关系的主体所生产的商品、进而在进口国市场予以销售商业模式。基于上述，平行进口的基本构成要件包括：（1）平行进口商品在出口国和进口国都享有合法的商标权利；（2）平行进口商品进入进口国未经商标权人同意；（3）商标权人具有同一性，即进口国与出口国商标权人实质是同一主体或存在利益上的关联关系；（4）平行进口商品为正品而非假冒品；以及（5）平行进口商品的进口途径应当合法。

二、司法实践中对平行进口的认定

在“平行进口”商标侵权案件中，进口商就上述第（1）项要件的举证难度相对较小，就第（2）项要件而言，进口商往往无需单独举证，司法实践中，法院通常会重点审查上述第（3）至（5）项要件进而判断进口商的平行进口抗辩是否成立。

[1] “What Are Parallel Imports / Gray Market Goods?” : <https://www.inta.org/topics/parallel-imports/>, 最后访问时间为 2024 年 12 月 18 日。

[2] 王迁著：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 2021 年版，第 246 页。

1. **商标权人的同一性。**进口国商标权人应与该平行进口商品出口国的商标权人应是同一主体，或者二者之间存在管理上、经济上的控制关系或利益关系，且司法实践中普遍认为二者的商标利益实质上应具有同一性。

➤ 如北京市高级人民法院在（2021）京民再 80 号案件中认为，平行进口的侧重点在于本国的商标权人与本国以外地域商品的生产者之间为同一主体或存在关联关系。若二者并非同一主体或主体之间不存在关联关系，即便在商品来源上具有同一性，由于权利主体的差异，相关商品不能构成一般意义上的平行进口商品。北京市高级人民法院在再审中认为：“...麦乐购公司从国外进口销售的涉案产品与童年时光公司在国内销售的带有“红心”图形商标的产品在产品来源上虽具有同一性，但由于涉案商品的生产者与“红心”图形商标的商标权人归属于不同主体，二者亦不存在关联关系，涉案商品不能构成一般意义上的平行进口商品，麦乐购公司提出的平行进口抗辩不能成立。”

此外，实践中市场环境变化和各主体的商业安排极有可能导致两个主体之间的关联关系或利益关系的状态发生改变，但**司法实践中，法院在判断商标权人是否具有同一性时将会基于侵权行为发生的状态来判断。**

➤ 如浙江省杭州市余杭区人民法院在（2019）浙 0110 民初 11696 号案件中认为：“...虽然涉案商标与韩国 Fila 商标最初源自同一权利人，但在不同的利益安排下，Fila 在中国的商标权利与 Fila 在其他国家的权利已然分属不同主体，虽然双方基于利益考量仍然存在经济上的合作，但不因此否定商标权利及由此产生的商标利益归属于不同主体的事实。韩国斐乐公司基于韩国的商标权利而在韩国投放的斐乐产品进入中国市场，不能构成满景 IP 公司或斐乐公司涉案商标权利的用尽，不属于平行进口。”

2. **平行进口商为正品，未损害商标基本功能。**商标法旨在保护商标的基本公司，即保护其识别商品来源的功能，以及在识别性基础上衍生出的质量保证功能和承载商誉功能，因此在平行进口模式下，亦需要将商品所附着商标的功能不受损害作为认定是否构成侵权的依据之一。

➤ 如上海知识产权法院在（2022）沪 73 民终 759 号案件中认为：“...被诉侵权商品系正品，与上诉人进口销售的“富璐达”商品质量相同且均合法来源于古田 XX 会社。而古田 XX 会社系上诉人的控股股东，上诉人与古田 XX 会社之间具有紧密的关联关系。其次，虽然涉案商标“富璐达”的商标权人是上诉人，但经过上诉人的使用，“富璐达”商标与古田 XX 会社的“Furuta”商标已经形成一一对应的关系，上诉人亦确认该种对应关系，故涉案商标起到的识别功能为商品与生产商古田 XX 会社之间唯一、确定的指向关系，而被上诉人在被诉侵权商品上标注“富璐达”，起到的功能亦为识别商品与生产商古田 XX 会社之间确定的指向关系，不会导致相关公众混淆，且被诉侵权商品质量与正品亦不存在实质性差异，不会对涉案商标的质量保证和承载商誉功能造成损害，亦不会损害消费者权益。”

但在实践中，难免存在进口商对进口产品作出一定“改动”的情况，这便可能会影响到商标的基本功能。对此，司法实践中通常认为平行进口商品的产品性状、质量未发生改变，一般不损害涉案商标识别功能、进而不会构成商标金钱^[3]但是，若进口商更换、遮盖了产品商标、改变了产品的质量或不正当地抢夺了他人的商业机会，则参考（2019）粤 73 民终 6975 号判决，审判机关将严格依照《商标法》及《反不正当竞争法》予以规制。

3. **平行进口商品为合法进入到国内。**平行进口商品应当是进口商在境外市场合法购买并履行进口国海关合法进口法律手续并依法缴纳关税，符合海关对进口商品的法律监管。

➤ 如最高人民法院在（2021）最高法民申 3051 号案中认为，涉案进口商法蔻公司提供了进货合同等相关证据证明该批产品的货源及供货方授权情况，同时其提供的海关进口货物报关单、海关进口增值税专用缴款书等证据能够证明其履行了正当报关手续，进口过程合法，据此，应当认定法蔻公司销售的涉案商品系通过平行进口方式获取的正品，法蔻公司在本案中的此项行为不构成对案涉商标的商标专用权的侵害。

三、平行进口商标侵权风险防范策略

当前中国司法实践中已有限地接受了平行进口商品的合法性，但从事平行进口贸易的跨境电商以及其他进口商企业在经营过程中均需保持警觉，防范平行进口模式可能引发的商标侵权风险，对此，我们提出如下几点建议供参考、讨论：

1. **注意甄别采购渠道，确保产品合法来源。**企业在境外采购商品时应通过正规的渠道采购产品，并注意甄别产品是否是从商标权人或其授权经销商处合法采购的，以预先明确产品合法来源，降低采购假冒产品的风险。
2. **核实进口国与出口国的商标权人的同一性。**在进口商品前，企业应详细核查进口国与出口国商标权人的信息，若进口国与出口国商标权人不相同或不存在任何管理、控制及利益关系，企业应评估潜在的法律风险、谨慎采购进口，否则，一旦发生商标侵权纠纷，企业将难以援引平行进口事由进行抗辩。
3. **尽量“保持原状”。**企业在销售平行进口商品时，应尽最大努力保持商品原有的标识、包装及识别码等信息，避免对商品进行过度修改或重新包装，以免割裂商标与商品来源的对应关系，造成消费者混淆或影响商标功能。
4. **履行海关监管程序。**企业应当按照我国相关法律法规规定，完成海关、税务等相关手续，确保进口通关手续合法合规。

最后，从事平行进口贸易的企业需要注意留存好与上述构成要件相关的全部凭证，如商品来源合法的证明、相关的进口合同、海关报关单及纳税凭证等，这些相应文件不仅是企业进行内部合规检查的重要依据，有助于企业持续优化其供应链管理和风险控制流程，也能够相关纠纷发生时作为平行进口商标侵权纠纷的初步证据，以

[3] 参见（2019）粤 73 民终 6944 号欧宝电气（深圳）有限公司与广东施富电气实业有限公司侵害商标权纠纷一案民事二审判决书，广州知识产权法院。

便企业有效提出平行进口这一抗辩事由，保障平行进口商品的正常销售，维护企业的商业运作和声誉。