



植德电商物流与贸易行业委员会特刊

2021 – 2025

— 植 德 律 师 事 务 所 —

北京 | 上海 | 深圳 | 杭州 | 成都 | 青岛 | 广州 | 香港

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

目 录

关务税务

“普通化学品”绝非出口管制盲区	1
假自营真代理的税务及法律风险分析	5
以案说法 向境外支付违约金要交税吗	9
国际贸易税务之特许权使用费	14
跨境电商之税收政策	18

海商海事

海运提单在大宗商品交易中的地位与作用	23
融资性贸易“名实不符”的判断规则	31
国际海运 LOI 保函的运用及审查要点	39

知识产权与品牌管理

电商平台知识产权投诉中的错误通知与恶意通知之识别	45
电商行业中窜货管理和价格管理的风险防范	52
知识产权跨境交易中不可忽视的审查环节	58

政府监管与合规

2025 年国际贸易行业发展与合规综述	63
2025 年电商行业发展及合规综述	68
一文读懂《国家网络安全事件报告管理办法》	75
互联网药品销售合规要点—兼解读《药品网络销售监督管理办法》	81
做电商，你的牌照拿全了么？—互联网业务主要牌照解析	86
一文汇总进口医疗器械注册上市流程	102
跨境电商零售进口模式下货权所有人合规指引	117

投融资并购及 IPO

乘风破浪亦需行稳致远—现代物流行业 IPO 主要法律关注问题总结 ...	123
中国跨境出口电商企业之架构选择及 ODI 手续办理	132
电商行业 IPO 过程中的关注问题	142

争议解决

网络交易中商家标错价格的民事责任分析	160
代理进口真的比货物买卖风险小吗	168
以案说法之海关监管货物保全	174

植德电商物流与贸易法律服务手册



关务税务

“普通化学品”绝非出口管制盲区

许静

一、“防火涂料”如何触发《出口管制法》与海关稽查

2023年7月，某高新技术企业（以下简称“A公司”）以一般贸易方式向巴西出口“室外膨胀型钢结构防火涂料”14.7吨，货值数百万。2025年5月，上海海关依托易制毒化工品、危化品归类智能化布控模型，对历史出口报关单开展回溯核查，发现该批涂料含有甲基磷酸（CAS号：993-13-5），属于《两用物项和技术进出口许可证管理目录》第七类所列“第二类监控化学品”。因A公司未申领《两用物项和技术出口许可证》，案件被移送缉私部门，面临顶格处罚逾千万元的风险。经本所协助，A公司最终仅被处以不足10万元罚款。

看似普通的防火涂料，为何在出口近两年后被认定为管制物项？究其根源，在于企业在成分识别、供应链准入审查、许可证事前申办等环节存在系统性合规漏洞：未深度核查配方成分、忽视管制目录动态更新、长期误判“非危化品=非管制物项”，导致“普通化学品”在监管视角下悄然“变身”为高风险管制物项。

二、本案核心法律规范及其适用逻辑

本案涉及《出口管制法》《监控化学品管理条例》《行政处罚法》及《两用物项和技术进出口许可证管理办法》等多部法规，其适用逻辑可概括为：

1. 许可前置义务：列入管制清单的两用物项及第二类监控化学品，须事先取得商务或工信部门批准，未经许可不得出口。
2. 主体责任不可转移：出口经营者为法定申报义务人，委托第三方代理不豁免其合规责任。
3. 程序法定化：两用物项出口实行“一证一关、一批一证”，严禁“先报关、后补证”。
4. 监控化学品双重审批：第二类监控化学品出口需由工信部指定单位代理，并提交进口国出具的最终用户和用途保证，经工信部批准后方可申领出口许可证。
5. 责任阶梯化：无证出口可被没收违法所得、处以高额罚款；情节严重者，吊销资质；构成犯罪的，依法追究刑责。

三、监管新态势：跨部门数据协同与“事后穿透式”执法

当前，海关总署依托国家出口管制信息平台，以化学品CAS号为核心标识，对2022年1月1日以来已结关报关单实施滚动回溯审查。一旦发现

未持证出口两用物项，即依《出口管制法》第三十四条启动处罚程序，并可追缴相关税款。

商务部、工信部的许可审批系统已与海关 H2020 通关系统实现全量数据对接，对未获核准的报关单自动锁单，有效阻断非法出口通道。

此外，税务、外汇管理等部门将出口管制违法记录纳入出口退税审核与外汇核销重点核查范围，可触发暂缓退税、限制收汇等联动惩戒，显著提升执法威慑力。

四、违反《出口管制法》的法律后果：行政与刑事责任的法律分析

出口经营者若未依法履行出口许可义务、规避国家出口管制监管，或与被列入管控名单的境外实体进行交易，将可能触发行政处罚甚至刑事追责。在行政责任方面，违法行为一经查实，主管部门可责令立即停止相关行为，并没收全部违法所得。针对不同性质的违规行为，设定了阶梯式罚款标准：对无证出口管制物项的，根据违法经营额是否达到 50 万元，分别适用 5 至 10 倍罚款或 50 万至 500 万元的固定罚额；对与管控名单主体交易的，处罚更为严厉，最高可处 20 倍罚款；对明知违法仍提供代理、报关、物流或金融等协助服务的第三方，亦将被追责并处以相应倍数或额度的罚款。情节严重的，可依法责令停业整顿乃至吊销出口经营资质。此外，违法信息将被纳入国家信用信息系统，涉事企业五年内不得申请出口许可，相关责任人员亦面临五年从业禁止；若构成犯罪，则终身禁业。在刑事责任层面，若违法行为达到刑法追诉标准，可能构成走私国家禁止进出口的货物、物品罪或非法经营罪。前者适用于未经许可出口国家限制或禁止出口的管制物项且情节严重的情形；后者则可能适用于未取得法定专营资质而从事敏感物项出口、严重扰乱出口管理秩序的行为。单位犯罪实行“双罚制”，既处罚单位，也追究直接负责的主管人员和其他责任人员的刑事责任。司法实践中，是否启动刑事程序，不仅需形式上符合犯罪构成要件，还需实质审查行为人的主观故意、行为目的及实际危害后果。

值得注意的是，自《两用物项出口管制条例》于 2024 年 12 月施行以来，执法机关普遍优先适用《出口管制法》处理相关案件，导致处罚力度显著提高。即便未达刑事立案门槛，高额罚款、资格剥夺与信用惩戒等行政后果，亦足以对企业持续经营造成实质性冲击。因此，合规出口已不仅是程序要求，更是企业风险防控的核心环节。

五、企业合规出口两用物项的法律指引

1. 履行成分穿透核查义务

出口经营者须对其产品成分、最终用途及用户进行实质性核查。凡含《两用物项目录》或《监控化学品名录》所列物质（以 CAS 号为

准），无论 HS 编码是否标注管制，均须取得完整配方并比对目录，不得以“HS 未涉证”免责。

2. 严守“一证一关、一批一证”原则

出口许可证须在报关前取得，并与报关单逐票对应。建议在合同签订前完成许可申请，避免因证照缺失导致滞港、退运或违约。

3. 代理出口不豁免主体责任

委托第三方代理不影响出口经营者作为法定申报义务人的责任承担。

4. 供应链合规管理

根据《监控化学品管理条例》第七条、第十八条，第二类监控化学品的生产须取得工业和信息化部核发的《监控化学品生产特别许可证》，出口须由指定单位代理。企业应将供应商是否具备上述资质纳入合格供方评审体系；对无法提供有效资质证明的原料供应商，应立即终止合作或更换合规替代品。并且在采购合同中明确，在供应商向出口方销售的产品中含有或可能含有受《中华人民共和国出口管制法》《监控化学品管理条例》等法律法规管制的成分（包括但不限于列入《两用物项和技术进出口许可证管理目录》的物质）时，有义务在出口方提出合理要求后，及时、完整、真实地提供与该产品相关的技术资料、成分说明（含 CAS 号）、安全数据表（SDS）、生产资质证明及其他必要文件，并积极配合出口方向海关、商务、工信等主管部门履行出口合规申报、核查或调查所需的配合义务。因供应商未履行上述义务导致出口方遭受行政处罚、经济损失或声誉损害的，供应商应承担相应赔偿责任。

5. 善用预裁定与积极争取行政裁量空间

对首次出口或成分复杂的产品，可向海关申请“是否属管制物项”预裁定，或向工信部监控化学品登记中心书面咨询，相关答复可作为已尽合理注意义务的证据。在已经收到海关调查通知的情形下，企业应立即自查评估是否符合“首违不罚”或“无危害不罚”情形；同步，积极与海关沟通处理，采取补办许可、安排退运等补救措施，并固定证据，争取从轻处理。

6. 健全文件留痕与内部审计机制

建立“成分分析—许可证申领—出口单证”三位一体电子档案，保存不少于三年；定期开展合规审计，发现问题及时向海关主动披露，体现合规诚意。

7. 精准核算涉案货值

出口管制违法案件中，违法经营额（即涉案货值）是行政处罚金额的关键依据，直接决定了罚款金额与幅度，也是企业抗辩与争取从

轻处罚的核心数据。以下为实操中常见的货值认定规则与应对策略：

- 一般原则：以报关单上申报的 FOB 价（离岸价）为准。若存在关联交易、价格异常或低报情形，海关有权依据《海关审定进出口货物完税价格办法》进行价格调整。货值通常不包括出口退税、国内增值税及国际运费、保险费等附加费用，但需注意部分地方执法实践中也有可能将 CIF 价作为参考。
- 自用/样品例外：若能证明出口物项系无偿赠送、科研样品或非商业用途，且价值显著低于 50 万元，可主张适用“情节轻微”条款。
- 举证责任倒置：一旦海关初步认定涉嫌违法，企业需主动提供真实交易合同、发票、付款凭证、成本构成等材料，证明申报价格公允、无主观故意，以避免货值被高估。
- 专业评估介入：对于成分较为复杂的化工品，可委托第三方机构出具独立估值报告或成分占比分析，用于证明实际含管制物项的比例，从而主张按比例折算涉案货值。本案中，A 公司即通过提供管制成分占比报告及上游采购成本，成功降低涉案金额认定。

六、案件总结

本案典型反映了当前出口管制执法的三大特征：事后穿透式监管、跨部门数据协同、行刑衔接强化。即便以“普通化学品”名义申报，监管部门仍可通过 CAS 号溯源，穿透表象识别受控物质。

出口管制已从传统的“通关合规”事项，升级为企业治理层面的核心合规议题。在执法日益精准、追溯周期延长的背景下，任何对成分信息的疏忽、对目录更新的漠视或对许可程序的侥幸，都可能在数年后被追责，引发高额罚款乃至刑事责任。

唯有将合规要求前置至业务评估、供应商管理与目的国准入环节，构建覆盖全链条、全周期的出口管制合规体系，企业方能在全球供应链重构与地缘政治风险加剧的时代，实现稳健、可持续的国际化运营。

（2025 年 12 月）

假自营真代理的税务及法律风险分析

张国豪

一、案情简介

2015年8月，Y公司与T进出口公司签订《代理出口协议》，约定由Y公司为T公司的货物出口提供报关、收汇、退税、垫资等外贸综合服务，并约定：

1、T公司应保证其境内供应商（H公司）按照Y公司的要求，与Y公司签署购销协议；

2、如需Y公司垫付出口退税的，Y公司将在出口报关完毕、收到全额外汇货款、收到合格的增值税专用发票后，将退税金额的96%支付给T公司，剩余4%作为Y公司垫付出口退税的服务费。

随后，T公司基于真实交易，与境外买家签订出口贸易合同，同时与供应商H公司签订购销协议，并将交易货物交由Y公司以Y公司自营名义报关出口。根据T公司的指示，H公司与Y公司就每批出口货物签订与购销协议相对应的供货合同，并向Y公司开具相应增值税专用发票，由Y公司用于办理出口退税事宜。

后因H公司未收到货款，提起诉讼。

二、为什么要“假自营真代理”

在上述案例中，Y公司明明是代理T公司办理出口，为什么要以自营名义呢？一笔交易，为什么要签好几份协议呢？这与我国现行的出口退税监管要求有关。

（一）“四自、三不见”

为了严格监管出口退税、有效防范出口骗税，代理出口一直是出口退税的监管重点，出口企业被要求实质参与出口交易活动，确保出口业务的真实性，基于实质性参与出口交易活动的强制要求，国家税务总局、对外贸易经济合作部《关于规范出口贸易和退税程序防范打击骗取出口退税行为的通知》（国税发〔1998〕84号）明确要求出口企业杜绝，“四自、三不见”（“客商”或中间人自带客户、自带货源、自带汇票、自行报关和出口企业不见出口产品、不见供货货主、不见外商）的“买单”业务。

对出口代理的严格限制与获取出口退税的利益冲动相互作用，造就了“假自营真代理”现象，一方面通过“真”出口代理协议规避相关法律风险，一方面利用“假”购销合同申报退税成了很多出口企业的常规操作。

（二）哪些企业会“假自营真代理”

进出口权从行政许可转为备案制以后，企业理论上都可以通过进行对外贸易经营者备案登记获得自营出口权，为什么还要假自营真代理呢？

一种情况仍然跟行政许可有关，比如某些商品出口仍然需要行政许可，而有出口销售渠道的企业无法获得许可，或者没有做对外贸易经营者备案的企业有偶发性的出口需求，只能从有许可权的企业出口，同时为了出口退税，会采用假自营真代理模式。

另一种情况是自营本身具有无法退税的其他情形，企业试图通过假自营真代理，从形式上掩盖无法退税的情形，比如实际出口方是小规模纳税人、简易征收的生产企业，这种情况自营出口按照规定是无法退税的，出口方于是借用代理方资质实现退税。

三、假自营真代理的税务风险

（一）认定标准

针对实务中的假自营真代理现象，国家税务总局、商务部《关于进一步规范外贸出口经营秩序切实加强出口货物退（免）税管理的通知》（国税发〔2006〕24号）明确了有操作性的认定标准。根据文件规定，凡自营或委托出口业务具有以下情况之一者，出口企业不得将该业务向税务机关申报办理出口货物退（免）税：

（1）出口企业将空白的出口货物报关单、出口收汇核销单等出口退（免）税单证交由除签有委托合同的货代公司、报关行，或由国外进口方指定的货代公司（提供合同约定或者其他相关证明）以外的其他单位或个人使用的；

（2）出口企业以自营名义出口，其出口业务实质上是由本企业及其投资的企业以外的其他经营者（或企业、个体经营者及其他个人）假借该出口企业名义操作完成的；

（3）出口企业以自营名义出口，其出口的同一批货物既签订购货合同，又签订代理出口合同（或协议）的；

（4）出口货物在海关验放后，出口企业自己或委托货代承运人对该笔货物的海运提单（其他运输方式的，以承运人交给发货人的运输单据为准，下同）上的品名、规格等进行修改，造成出口货物报关单与海运提单有关内容不符的；

（5）出口企业以自营名义出口，但不承担出口货物的质量、结汇或退税风险的，即出口货物发生质量问题不承担外方的索赔责任（合同中有约定质量责任承担者除外）；不承担未按期结汇导致不能核销的责任（合同中有约定结汇责任承担者除外）；不承担因申报出口退税的资料、单证等出现问题造成不退税责任的；

(6) 出口企业未实质参与出口经营活动、接受并从事由中间人介绍的其他出口业务，但仍以自营名义出口的；

(7) 其他违反国家有关出口退税法律法规的行为。

本文所涉案件即为文件所列的第三种情形。

（二）相关税务风险

根据国税发〔2006〕24号文，出口企业凡从事文件规定业务之一并申报退（免）税的，一经发现，该业务已退（免）税款予以追回，未退（免）税款不再办理。骗取出口退税款的，由税务机关追缴其骗取的退税款，并处骗取退税款一倍以上五倍以下罚款；并由省级以上（含省级）税务机关批准，停止其半年以上出口退税权。在停止出口退税权期间，对该企业自营、委托或代理出口的货物，一律不予办理出口退（免）税。涉嫌构成犯罪的，移送司法机关依法追究刑事责任。

财政部、国家税务总局《关于出口货物劳务增值税和消费税政策的通知》（财税〔2012〕39号）进一步明确，前述出口货物劳务，不适用增值税退（免）税和免税政策，按规定及视同内销货物征税的其他规定征收增值税（以下称增值税征税）。

因此，不符合监管要求的出口代理不但可能退不了税，还存在视同内销缴税、行政处罚、停止退税权甚至涉嫌刑事犯罪等多重风险。

四、假自营真代理的法律性质

正如本文所涉案例，假自营真代理的模式，客观证据上有多份合同对同一行为进行约定，且法律性质上存在本质区别，司法实务中对此如何认定呢？

本文所涉案例的一审法院认为，H公司与Y公司签订的购销合同系Y公司为办理出口退税而与H公司所签订，属于以合法形式掩盖非法目的的合同，应认定无效，对H公司、Y公司均无法律约束力。

二审法院则认为，Y公司与H公司签订的购销合同，不违反法律禁止性规定，应认定为有效。虽然与国外买家签订外贸合同的T公司并非生产企业，这与国税总局13号公告的要求不符，但是，国税总局13号公告不属于法律和行政法规，而是一份管理性文件，违反该管理性文件的规定，国税部门可以对违反者进行相应的行政处罚，但并不导致所签订的合同无效。况且，T公司与国外买家之间的外贸合同真实发生，在Y公司代为办理出口退税过程中，并不构成骗取国家出口退税的情形。因此，Y公司与H公司的购销合同有效。

本案二审认定意见与北京博创英诺威科技有限公司与保利民爆科技集团股份有限公司合同纠纷案（[2013]民提字第73号）中最高院的意见基本

一致，最高院认为，如果民爆公司与博创公司的行为违反了税法规定，是否以及如何进行行政处罚，是主管部门的行政职责，并非该案审理的范围，而该案所涉外贸代理合同约定了出口退税款由外贸代理人支付给委托人的条款，该条款是当事人关于出口退税款再分配的约定，系当事人基于真实意思的有权处分，该合同不应因此被认定为达到骗取国家出口退税款这一非法目的而签订的合同，不应因此被认定无效。

因此，在民事法律关系中，主流观点倾向于认为“假自营真代理”并不必然影响合同效力，如果没有其他无效情形，当事人仍然要受合同约束。换言之，一个处理不当的“假自营真代理”交易，交易方可能同时面临税务和法律两方面的潜在风险。

五、出口代理合规要素

出口代理只是受到严格监管，并非全面禁止，符合条件的出口代理完全可以正常申请出口退税。根据《关于调整完善外贸综合服务企业办理出口货物退（免）税有关事项的公告》（国家税务总局公告[2017]35号）及相关规定：

（一）委托方合规

代理出口的委托方必须是生产企业，出口货物为生产企业的自产货物或视同自产货物，生产企业为增值税一般纳税人并已按规定办理出口退（免）税备案。

（二）代理方合规

代理方必须是符合商务部等部门规定的外贸综合服务企业并向主管税务机关备案，企业内部已建立较为完善的代办退税内部风险管理并已向主管税务机关备案。

（三）其他合规要求

- (1) 生产企业已与境外单位或个人签订出口合同。
- (2) 生产企业已与外贸综合服务企业签订外贸综合服务合同（协议），约定由综服企业提供包括报关报检、物流、代办退税、结算等在内的综合服务，并明确相关法律责任。
- (3) 生产企业向主管税务机关提供代办退税的开户银行和账号（以下简称代办退税账户）。
- (4) 生产企业应当办理委托代办退税备案。
- (5) 综服企业应当办理代办退税备案。

（2021年11月）

以案说法 | 向境外支付违约金要交税吗

许静

国际贸易合同履约中常有违约情况发生，违约方需要根据法律规定及合同约定支付损害赔偿或违约金，这些损害赔偿或违约金的收付可能受到哪些监管？需要交税吗？本文将通过案例分析对此进行探讨。

【案例】

上海 M 公司与美国 C 公司签订了批量定制零配件进口框架合同，并约定双方针对每个单笔交易另行签订订单。顺利进口几单后，由于突发的市场变化原因，M 公司无法继续履行合同，此时尚有一笔订单已经生效尚未履行，且已经完成的订单进口配件数量没有达到框架合同约定的最低采购数量。

双方经过协商，签署补充协议约定：

- 1、正式解除双方订立的框架合同及尚未履行的订单；
- 2、M 公司就未履行订单的违约行为向 C 公司支付 3 万美元违约金；
- 3、M 公司就未达到框架合同约定最低采购数量的违约行为向 C 公司支付 5 万美元。

【分析】

一、支付违约金的外汇监管要求

《服务贸易外汇管理指引实施细则》第六条第八项规定：办理单笔等值 5 万美元以上的服务贸易外汇收支业务，金融机构应按以下规定审查并留存交易单证。目前实操中对外支付违约金一般遵循服务贸易外汇收支的规定，向外支付国际贸易赔偿款项下需要提供以下文件：原始交易合同、赔款协议（赔款条款）和整个赔偿过程的相关说明或证明材料；或者仅审核法院判决书或仲裁机构出具的仲裁书或有权调解机构出具的调解书等。

另外需要注意的是，根据国家税务总局、国家外汇管理局公告 2013 年第 40 号文的规定，境外机构从境内取得的赔偿款收入由境内机构办理支付时，单笔等值 5 万美元以上的赔偿款支付需要在当地主管税务机关备案。即便是 5 万美元以下的赔偿款支付，支付企业仍要留存好相关合同协议等交易单据以备相关部门核查。

本案例中，M 公司要向境外支付合计 8 万美元的违约金，须按照以上规定提交材料。除了对以上文件真实性、一致性的要求，必要时，M 公司还需向外管局书面说明其支付违约金的具体理由以及违约金金额的合理性。

二、违约金是否要缴纳增值税

(一) 相关规定

根据《增值税暂行条例》规定，纳税人发生应税销售行为，按照销售额和条例规定的税率计算收取的增值税额，为销项税额。销售额为纳税人销售货物或者应税劳务向购买方收取的全部价款和价外费用。按照《增值税暂行条例实施细则》的规定，价外费用包括价外向购买方收取的手续费、补贴、基金、集资费、返还利润、奖励费、违约金、滞纳金、延期付款利息、赔偿金、代收款项、代垫款项、包装费、包装物租金、储备费、优质费、运输装卸费以及其他各种性质的价外收费。但不包括：

- 1、受托加工应征消费税的消费品所代收代缴的消费税；
- 2、同时符合以下条件的代垫运输费用：
 - (1) 承运部门的运输费用发票开具给购买方的；
 - (2) 纳税人将该项发票转交给购买方的。
- 3、同时符合以下条件代为收取的政府性基金或者行政事业性收费：
 - (1) 由国务院或者财政部批准设立的政府性基金，由国务院或者省级人民政府及其财政、价格主管部门批准设立的行政事业性收费；
 - (2) 收取时开具省级以上财政部门印制的财政票据；
 - (3) 所收款项全额上缴财政。
- 4、销售货物的同时代办保险等而向购买方收取的保险费，以及向购买方收取的代购买方缴纳的车辆购置税、车辆牌照费。

(二) 规定解析

《增值税暂行条例》的规定有两个关键词，“向购买方收取”和“价外”：

- 1、出卖方向购买方收取的价外费用计入销售额，换言之，购买方向出卖方收取的违约金是不计入销售额的。
- 2、相对于对“向购买方收取”的理解，“价外”的定义稍微有些模糊，以广义相关的维度理解，所有合同约定的费用都与核心交易、合同标的的相关，都可以解释为“价外费用”；但从狭义的维度上，首先要有实际交易行为、价款收付义务产生，才有发生“价外费用”的可能，皮之不存，毛将安附？目前实务中通常从狭义维度上理解“价外”的概念，也就是交易实际发生后产生的违约金为应税收入，交易没有实际发生的情况下产生的违约金则不属于增值税的征税范围。

(三) 案例分析

本案例中：

- 1、两笔违约金均为出卖方 C 公司向购买方 M 公司收取；

2、M公司就未履行订单向C公司支付的3万美元违约金，对应的实际交易行为并没有发生，因而实务中通常认为不属于增值税的征税范围；

3、M公司就未达到框架合同约定最低采购数量的违约行为向C公司支付的5万美元违约金，其实际交易行为已经发生，因而我们倾向于认定其属于应税收入，应当缴纳增值税。

三、违约金是否要缴纳关税

（一）相关规定

根据《完税价格办法》，进口货物的成交价格，是指卖方向中华人民共和国境内销售该货物时买方为进口该货物向卖方实付、应付的，并且按照规定调整后的价款总额，包括直接支付的价款和间接支付的价款。进口货物的价格不得受到使该货物成交价格无法确定的条件或者因素的影响。

有下列情形之一的，应当视为进口货物的价格受到了使该货物成交价格无法确定的条件或者因素的影响：

1、进口货物的价格是以买方向卖方购买一定数量的其他货物为条件而确定的；

2、进口货物的价格是以买方向卖方销售其他货物为条件而确定的；

3、其他经海关审查，认定货物的价格受到使该货物成交价格无法确定的条件或者因素影响的。

海关对申报价格的真实性、准确性有疑问时，或者认为买卖双方之间的特殊关系影响成交价格时，应当制发《中华人民共和国海关价格质疑通知书》，将质疑的理由书面告知纳税义务人或者其代理人，纳税义务人或者其代理人应当自收到《价格质疑通知书》之日起5个工作日内，以书面形式提供相关资料或者其他证据，证明其申报价格真实、准确或者双方之间的特殊关系未影响成交价格。

海关制发《价格质疑通知书》后，有下列情形之一的，海关与纳税义务人进行价格磋商后，按照规定方法审查确定进出口货物的完税价格：

1、纳税义务人或者其代理人在海关规定期限内，未能提供进一步说明的；

2、纳税义务人或者其代理人提供有关资料、证据后，海关经审核其所提供的资料、证据，仍然有理由怀疑申报价格的真实性、准确性的；

3、纳税义务人或者其代理人提供有关资料、证据后，海关经审核其所提供的资料、证据，仍然有理由认为买卖双方之间的特殊关系影响成交价格的。

海关经对与货物销售有关的情况进行审查，认为符合一般商业惯例的，可以确定特殊关系未对进口货物的成交价格产生影响。

(二) 规定解析

《完税价格办法》没有明确违约金是否应当作为并入成交价格，其关注点在于是否使货物价格受到影响，以及是否构成货物价格的确定条件，没有对货物价格产生影响的违约金，不并入成交价格计税。

(三) 案例分析

本案例中：

1、M公司就未履行订单向C公司支付的3万美元违约金，对应的实际交易行为并没有发生，谈不上对完税价格构成影响，因而不应并入成交价格计税；

2、M公司就未达到框架合同约定最低采购数量的违约行为向C公司支付的5万美元违约金，其合同价格属于“以买方向卖方购买一定数量的其他货物为条件而确定的”，即对完税价格构成影响，因而一般应当并入成交价格计税。

如海关对合理价格产生质疑，M公司可以提供相应合同、邮件、市场情况证明等材料，与海关充分沟通，争取对企业有利的结果。

本案例中的违约金是否要缴纳增值税和是否要缴纳关税的结论基本一致，由于得出两者结论的依据并不相同，这个结论并不具有普适性。比如购买方支付的逾期付款违约金按照《增值税暂行条例》及其实施细则的规定，就是应该交税的，但只要能够证明没有对完税价格构成影响，逾期付款违约金是不用并入成交价格计税的。

四、向境外支付的违约金应否代扣代缴企业所得税

(一) 相关规定

根据《企业所得税法》，非居民企业在中国境内设立机构、场所的，应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得，以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得，缴纳企业所得税。

《企业所得税法实施细则》规定对来源于中国境内、境外的所得，按照以下原则确定：

1、销售货物所得，按照交易活动发生地确定；

2、提供劳务所得，按照劳务发生地确定；

.....

6、其他所得，由国务院财政、税务主管部门确定。

根据《企业所得税法实施条例释义》的解读：

1、交易活动发生地，主要指销售货物行为发生的场所，通常是销售企业的营业机构，在送货上门的情况下为购货单位或个人的所在地，还可以是买卖双方约定的其他地点；

2、劳务行为既包括部分工业生产活动，也包括商业服务行为，其所得以劳务行为发生地确定是来源于境内还是境外。比如，境外机构为中国境内居民提供金融保险服务，向境内居民收取保险费，则应认定为来源于中国境内的所得。

（二）规定解析

判断违约金应否代扣代缴所得税，首先是对违约金所得性质的判断。如果为销售货物所得，则按照交易活动发生地原则确认来源；如为其他所得，则需要更为细致的考证，还需要特别关注与境外的相关税收协定。

与外汇管理维度违约金按照服务贸易收付汇的规定不同，税务维度大多倾向于按照主交易的性质定义违约金的所得性质，对国际贸易中产生的违约金按照销售货物所得确定所得的来源地及应否代扣代缴企业所得税。

（三）案例分析

基于上述分析，本案例中上海 M 公司向美国 C 公司支付的合同违约金，在不考虑关联关系、是否构成税基侵蚀、税收协定等特殊因素的前提下，一般倾向于按照销售货物所得处理，其交易活动发生地通常认定为销售企业即 C 公司营业机构所在地，支付方无需代扣代缴企业所得税。

以上可见，国际贸易中的损害赔偿之约并不仅限于两个贸易主体之间的约定，它受到外汇、税务、海关等多重监管。无论是货物贸易还是服务贸易，广大进出口企业须依法合规经营，严格按照监管要求，做好国际贸易风险防控。

（2021 年 8 月）

国际贸易税务之特许权使用费

张国豪、许静

近年来，随着贸易全球化的迅猛发展，货物贸易、技术与服务贸易的深入融合，特许权使用费成为海关与税务部门共同关注的焦点，然而税务与海关对特许权使用费的界定并不一致，同一笔特许权使用费可能会被海关和税务重复征税。究竟海关和税务的特许权使用费有什么不同？特许权使用费应当如何纳税？如何进行特许权使用费的海关申报？什么是海关主动披露制度？

一、特许权使用费的海关认定

根据《中华人民共和国海关审定进出口货物完税价格办法》（中华人民共和国海关总署令第 213 号，“213 号令”），特许权使用费是指进口货物的买方为取得知识产权权利人及权利人有效授权人关于专利权、商标权、专有技术、著作权、分销权或销售权的许可或转让而支付的费用。根据该定义，海关定义的特许权既包括使用权，也包括所有权；既包括知识产权特许权，也包括经营特许权。

213 号令规定，除非特许权使用费与该货物无关，或特许权使用费的支付不构成该货物向中华人民共和国境内销售的条件，否则未包括在该货物实付、应付价格中的特许权使用费应当计入完税价格，向海关申报并缴纳关税和进口增值税等。该规定有效阻断了通过单独支付特许权使用费逃避入关税费的企图。

买方不支付特许权使用费则不能购得进口货物，或者买方不支付特许权使用费则该货物不能以合同议定的条件成交的，应当视为特许权使用费的支付构成进口货物向中华人民共和国境内销售的条件。至于如何认定特许权使用费与该货物有关，213 号令按照不同的权利类型，分别列举了四种条件。

1. 用于支付专利权或者专有技术使用权，且进口货物属于下列情形之一的：
 - (1) 含有专利或者专有技术的；
 - (2) 用专利方法或者专有技术生产的；
 - (3) 为实施专利或者专有技术而专门设计或者制造的。

例如：境内汽车生产工厂 A 为了生产某个零部件，需向境外生产商 B 进口专用生产设备，此零部件的制造工艺目前在 B 的专利保护期内，B 要求 A 在进口生产设备的同时向 B 支付专利权使用费，否则就不销售此设备。由

于该进口专用设备是为实施专利或者专有技术而专门设计或者制造的，且特许权使用费的支付构成该货物向中华人民共和国境内销售的条件，虽然特许权使用费没有包括在双方约定的货物价格中，仍然需要计入海关完税价格计税。

2. 用于支付商标权，且进口货物属于下列情形之一的：
 - (1) 附有商标的；
 - (2) 进口后附上商标即可直接销售的；
 - (3) 进口时已含有商标权，经过轻度加工后附上商标即可销售的。
3. 用于支付著作权，且进口货物属于下列情形之一的：
 - (1) 含有软件、文字、乐曲、图片、图像或者其他类似内容的进口货物，包括磁带、磁盘、光盘或者其他类似载体的形式；
 - (2) 含有其他享有著作权内容的进口货物。
4. 用于支付分销权、销售权或者其他类似权利，且进口货物属于下列情形之一的：
 - (1) 进口后可以直接销售的；
 - (2) 经过轻度加工即可以销售的。

二、特许权使用费的税务认定

根据《企业所得税法实施条例》，特许权使用费收入，是指企业提供专利权、非专利技术、商标权、著作权以及其他特许权的使用权取得的收入。在一些税收协定中，使用设备的租金也归属于特许权使用费。不难看出，与海关定义的特许权不同，税务上的特许权仅指使用权而不包括所有权，范围上基本只限定在知识产权范畴，而不涉及经营特许权。

税务机关为了防止跨国企业通过支付特许权使用费转移利润，还特别制定了《特别纳税调查调整及相互协商程序管理办法》（国家税务总局公告2017年第6号），规定“企业与其关联方转让或者受让无形资产使用权而收取或者支付的特许权使用费，应当与无形资产为企业或者其关联方带来的经济利益相匹配。与经济利益不匹配而减少企业或者其关联方应纳税收入或者所得额的，税务机关可以实施特别纳税调整。未带来经济利益，且不符合独立交易原则的，税务机关可以按照已税前扣除的金额全额实施特别纳税调整。企业向仅拥有无形资产所有权而未对其价值创造做出贡献的关联方支付特许权使用费，不符合独立交易原则的，税务机关可以按照已税前扣除的金额全额实施特别纳税调整。”

假设境外S公司拥有专有技术，但该技术是其境内关联公司T公司研发、维护的，T公司向S公司购买其含有专有技术的零部件且向S公司另行支付专有技术使用费。在海关环节，该部分专有技术使用费按规定应当并入完税价格缴纳关税、增值税等；但在税务机关角度，由于S公司从未对

此技术进行研发和维护，T公司向S公司支付专有技术使用费不具有合理性，应当进行特别纳税调整，相应调增应纳税所得额。这就让企业面临了海关和税务的双重风险，最终该部分专有技术使用费作为货款的一部分缴纳了税费，在计征企业所得税时却无法作为成本、费用进行抵扣，给企业造成了额外的损失。

实践中亦有境内外公司合作开发技术的例子，关键点在于开发费用作为特许权使用费的合理分摊。分摊应以客观量化的标准进行，并由境内企业向海关和税务部门提供相应依据。

三、海关与税务的计税差异与重复征税

海关对符合条件的与进口货物有关的特许权使用费，无论是于货物进口时与货款一同支付，还是单独支付，均作为进口货物完税价格的一部分，征收进口环节的关税、增值税和消费税。

与海关不同，从税务机关角度，境内企业向境内未设立机构、场所的境外企业支付的特许权使用费作为应税服务的一种，按照6%的税率计征增值税，符合条件的专利权和专有技术可以享受免税。同时，境外企业需要按照10%预提所得税率或税收协定中的协定税率缴纳企业所得税。境内企业为境外企业上述税款的代扣代缴义务人。

因此，与一般的一次货物或服务交易行为仅需缴纳一次税收不同，一笔独立于货款支付的特许权使用费，可能在进口环节被并入货物完税价格计征关税、增值税、和消费税，之后在税务机关又被作为应税服务再次课税。虽然理论上纳税义务人有境内企业和境外企业的区别，实际上则构成了对同一笔交易的重复征税。

联系海关与税务对特许权使用费界定的差异，避免重复征税通常有三种途径，一是在没有必要单独定价的情况下全部或部分直接并入货物价格，如与货物销量直接相关的特许权使用费；二是尽量通过合同约定使单独收取的特许权使用费与货物销售相区别，或明确特许权使用费的支付不构成该货物向中华人民共和国境内销售的条件；三是可能的情况下，授权、转让标的以所有权替代使用权。

四、特许权使用费的海关申报与主动披露

特许权使用费一般有两种方式申报：

1. 与进口货物一起申报。这种申报相对简单，在货物进口时同时申报特许权使用费，以货物税则号向海关申报纳税。根据《海关总署关于特许权使用费申报纳税手续有关问题的公告》（公告〔2019〕58号，“58号文”），在填制报关单时，应当在“支付特许权使用费确认”栏目填报“是”，并以进口货物当日适用的税率、计征汇率申报纳税。

2. 与进口货物分别申报，后续纳税。当特许权存储在某种介质上进口时，按照存储介质的税则号申报纳税；如无存储介质，则按与其有关的进口货物的税则号申报。在填制报关单时，同样应当在“支付特许权使用费确认”栏目填报“是”，但须在“监管方式”一栏中选择“9500”并填写特许权费用后续征税，并且在支付特许权使用费后的 30 日内向海关申报。

根据 58 号文，纳税义务人如未按规定申报特许权使用费或未按照规定在支付应税特许权使用费后 30 天内向海关办理特许权使用费申报纳税手续，造成少征或者漏征税款的，须补缴税款并加征滞纳金。符合下列情形之一的，海关可以依法减免税款滞纳金：

- (1) 纳税义务人确因经营困难，自海关填发税款缴款书之日起在规定期限内难以缴纳税款，但在规定期限届满后 3 个月内补缴税款的；
- (2) 因不可抗力或者国家政策调整原因导致纳税义务人自海关填发税款缴款书之日起在规定期限内无法缴纳税款，但在相关情形解除后 3 个月内补缴税款的；
- (3) 货物放行后，纳税义务人通过自查发现少缴或漏缴税款并主动补缴的；
- (4) 经海关总署认可的其他特殊情形。

“自查发现”，仅指符合《〈中华人民共和国海关稽查条例〉实施办法》（海关总署令第 230 号，“230 号令”）第四章有关主动披露的规定，并按照海关规定程序办理的情形。230 号令仅对主动披露作出了原则性规定，2019 年《海关总署关于处理主动披露涉税违规行为有关事项的公告》（海关总署公告 2019 年第 161 号）对此加以明确，进出口企业、单位在涉税违规行为发生之日起三个月内向海关主动披露，主动消除危害后果的；或者在涉税违规行为发生之日起三个月后向海关主动披露，漏缴、少缴税款占应缴纳税款比例 10% 以下，或者漏缴、少缴税款在人民币 50 万元以下，且主动消除危害后果的，不予行政处罚。进出口企业、单位主动披露且被海关处以警告或者 50 万元以下罚款行政处罚的行为，不列入海关认定企业信用状况的记录。

企业应当按规定向海关进行特许权使用费的申报，对于已经发生、尚未被海关发现的违规行为，建议充分利用主动披露制度及时修正，积极消除危害后果，也避免或减少企业的法律风险。

（2021 年 3 月）

跨境电商之税收政策

张国豪

根据海关总署统计，2020 年我国跨境电商进出口 1.69 万亿元，增长了 31.1%，其中出口 1.12 万亿元，增长 40.1%，进口 0.57 万亿元，增长 16.5%。即使在疫情肆虐经济低迷的 2020 年，跨境电子商务业务也逆势蓬勃发展。近年来多部委陆续出台一系列的税收政策，体现了国家对跨境电商商业规范发展的鼓励与重视。我们对与跨境电商相关的税收政策进行了分类梳理，供读者参考。

一、税收政策

1. 政策

财政部、国家税务总局于 2013 年发布《关于跨境电子商务零售出口税收政策的通知》（财税〔2013〕96 号），规定自 2014 年 1 月 1 日起，全国范围内的电子商务出口企业出口货物（财政部、国家税务总局明确不予出口退（免）税或免税的货物除外），同时符合下列条件的，分别适用增值税、消费税退（免）税和免税政策：

	适用退（免）税政策	适用免税政策
电子商务出口企业	属于增值税一般纳税人并已向主管税务机关办理出口退（免）税资格认定	已办理税务登记
出口货物	1、取得海关出口货物报关单（出口退税专用），且与海关出口货物报关单电子信息一致 2、出口货物在退（免）税申报期截止之日起收汇	取得海关签发的出口货物报关单
购进货物凭证	电子商务出口企业属于外贸企业的，购进出口货物取得相应的增值税专用发票、消费税专用缴款书（分割单）或海关进口增值税、消费税专用缴款书，且上述凭证有关内容与出口货物报关单（出口退税专用）有关内容相匹配	购进出口货物取得合法有效的进货凭证

电子商务出口企业，是指自建跨境电子商务销售平台的电子商务出口企业和利用第三方跨境电子商务平台开展电子商务出口的企业。为电子商务出口企业提供交易服务的跨境电子商务第三方平台，不适用上述退（免）

税、免税政策。

2. 综试区政策

综试区即经国务院批准的跨境电子商务综合试验区，是中国设立的跨境电子商务综合性质的先行先试的城市区域。2015年3月，国务院正式设立中国（杭州）跨境电子商务综合试验区，财政部、国家税务总局为杭州综试区专门发布《关于中国（杭州）跨境电子商务综合试验区出口货物有关税收政策的通知》（财税〔2015〕143号），规定对在中国（杭州）跨境电子商务综合试验区“单一窗口”平台登记备案且注册在杭州市的企业，出口未取得合法有效进货凭证的货物，同时符合下列条件的，在2016年12月31日前试行增值税免税政策：

- (1) 出口货物纳入中国（杭州）跨境电子商务综合试验区“单一窗口”平台监管；
- (2) 出口企业在“单一窗口”平台如实登记其购进货物的销售方名称和纳税人识别号、销售日期、货物名称、计量单位、数量、单价、总金额等进货信息。

截至2018年，国务院共批准包括北京、上海、深圳海口在内的3批共35个综试区，财政部、税务总局、商务部、海关总署联合发布适用于所有综试区的《关于跨境电子商务综合试验区零售出口货物税收政策的通知》（财税〔2018〕103号），规定自2018年10月1日起（以出口商品申报清单注明的出口日期为准），对经国务院批准的跨境电子商务综合试验区（综试区）电子商务出口企业出口未取得有效进货凭证的货物，同时符合规定条件的，试行增值税、消费税免税政策。相较于全国适用的免税政策，综试区政策细化了对企业的平台登记要求，但对于出口货物和购进货物凭证的要求大幅放宽。

全国适用免税政策		综试区适用免税政策
电子商务出口企业	已办理税务登记	在综试区注册，并在注册地跨境电子商务线上综合服务平台登记出口日期、货物名称、计量单位、数量、单价、金额
出口货物	取得海关签发的出口货物报关单	1、通过综试区所在地海关办理电子商务出口申报手续 2、不属于财政部和税务总局根据国务院决定明确取消出口退（免）税的货物
购进货物凭证	购进出口货物取得合法有效的进货凭证	未取得有效进货凭证

截至目前，国务院已经批准包括芜湖、福州、雄安新区、安庆、延安、乌鲁木齐在内的 5 批共计 105 个综试区。

随着对跨境电商扶持政策的不断加码，国家税务总局于 2019 年发布《关于跨境电子商务综合试验区零售出口企业所得税核定征收有关问题的公告》（国家税务总局公告 2019 年第 36 号），规定自 2020 年 1 月 1 日起，综试区内的跨境电子商务零售出口企业，同时符合下列条件的，试行核定征收企业所得税办法，企业应准确核算收入总额，采用应税所得率方式核定征收企业所得税，应税所得率统一按照 4% 确定：

- (1) 在综试区注册，并在注册地跨境电子商务线上综合服务平台登记出口货物日期、名称、计量单位、数量、单价、金额的；
- (2) 出口货物通过综试区所在地海关办理电子商务出口申报手续的；
- (3) 出口货物未取得有效进货凭证，其增值税、消费税享受免税政策的。

36 号公告同时规定，综试区内实行核定征收的跨境电商企业符合小型微利企业优惠政策条件的，可享受小型微利企业所得税优惠政策；其取得的收入属于《中华人民共和国企业所得税法》第二十六条规定免征收入的，可享受免征收入优惠政策。

根据上述规定，假设某符合条件的跨境电商企业，2020 年应税收入总额为 2000 万，按照 4% 的应税所得率核定的应税所得就是 80 万，根据规定符合小型微利企业优惠政策条件的，对其年应纳税所得额不超过 100 万元的部分，减按 25% 计入应纳税所得额，按 20% 的税率缴纳企业所得税，则其实际承担的所得税为 4 万元，实际所得税税负率仅为 2‰。

二、跨境进口税收政策

财政部、海关总署、国家税务总局于 2016 年发布《关于跨境电子商务零售进口税收政策的通知》（财关税〔2016〕18 号），规定：

1、自 2016 年 4 月 8 日起，以跨境电子商务零售（企业对消费者，即 B2C）方式从其他国家或地区进口的、《跨境电子商务零售进口商品清单》范围内的以下商品，单次交易限值为人民币 2000 元，个人年度交易限值为人民币 20000 元。在限值以内进口的跨境电子商务零售进口商品，关税税率暂设为 0%；进口环节增值税、消费税取消免征税额，暂按法定应纳税额的 70% 征收：

- (1) 所有通过与海关联网的电子商务交易平台交易，能够实现交易、支付、物流电子信息“三单”比对的跨境电子商务零售进口商品；
- (2) 未通过与海关联网的电子商务交易平台交易，但快递、邮政企业能够统一提供交易、支付、物流等电子信息，并承诺承担相应法律责任进境的跨境电子商务零售进口商品。

超过单次限值、累加后超过个人年度限值的单次交易，以及完税价格超过 2000 元限值的单个不可分割商品，均按照一般贸易方式全额征税。不属于跨境电子商务零售进口的个人物品以及无法提供交易、支付、物流等电子信息的跨境电子商务零售进口商品，按现行规定执行。

2、跨境电子商务零售进口商品自海关放行之日起 30 日内退货的，可申请退税，并相应调整个人年度交易总额。

3、跨境电子商务零售进口商品购买人（订购人）的身份信息应进行认证；未进行认证的，购买人（订购人）身份信息应与付款人一致。

4、跨境电子商务零售进口商品按照货物征收关税和进口环节增值税、消费税，购买跨境电子商务零售进口商品的个人作为纳税义务人，实际交易价格（包括货物零售价格、运费和保险费）作为完税价格，电子商务企业、电子商务交易平台企业或物流企业可作为代收代缴义务人。

2018 年，财政部、海关总署、国家税务总局发布《关于完善跨境电子商务零售进口税收政策的通知》（财关税〔2018〕49 号），规定自 2019 年 1 月 1 日起，单次交易限值从人民币 2000 元提高至 5000 元，个人年度交易限值从人民币 20000 元提高至 26000 元。完税价格超过 5000 元单次交易限值但低于 26000 元年度交易限值，且订单下仅一件商品时，可以自跨境电商零售渠道进口，按照货物税率全额征收关税和进口环节增值税、消费税，交易额计入年度交易总额，但年度交易总额超过年度交易限值的，应按一般贸易管理。

三、行邮税

行邮税即进境物品进口税，是对进境物品关税和进口环节海关代征税的合并。这并非是针对跨境电商的新政策，因跨境电商实务中常有以行邮方式处理跨境商品，在此一并介绍。

行邮税的纳税义务人为携带物品进境的入境人员、进境邮递物品的收件人以及以其他方式进口物品的收件人，纳税义务人可以自行办理纳税手续，也可以委托他人办理纳税手续。

海关应当按照《进境物品进口税税率表》及海关总署制定的《中华人民共和国进境物品归类表》、《中华人民共和国进境物品完税价格表》对进境物品进行归类、确定完税价格和确定适用税率，进口税税额=完税价格×进口税税率。实际购买价格是《完税价格表》列明完税价格的 2 倍及以上，或是《完税价格表》列明完税价格的 1/2 及以下的物品，进境物品所有人应向海关提供销售方依法开具的真实交易的购物发票或收据，并承担相关责任。

2019 年 4 月 8 日，国务院关税税则委员会发布通知，自 4 月 9 日起，调降对个人携带进境的行李和邮递物品征收的行邮税税率，对食品、药品

等的税率由 15% 调降为 13%，并将税目 1 “药品”的注释修改为“对国家规定减按 3% 征收进口环节增值税的进口药品（目前包括抗癌药和罕见病药）”，按照货物税率征税；对纺织品、电器等由 25% 降为 20%，对第三档贵重物品税率保持 50% 不变。

行邮税的免税和适用政策按照个人邮寄进境和进境携带进行区分。根据 2010 年第 43 号海关总署公告，个人邮寄进境物品，应征进口税税额在人民币 50 元（含 50 元）以下的，海关予以免征。个人寄自或寄往港、澳、台地区的物品，每次限值为 800 元人民币；寄自或寄往其它国家和地区的物品，每次限值为 1000 元人民币。个人邮寄进出境物品超出规定限值的，应办理退运手续或者按照货物规定办理通关手续。但邮包内仅有一件物品且不可分割的，虽超出规定限值，经海关审核确属个人自用的，可以按照个人物品规定办理通关手续。

根据 2010 年第 54 号海关总署公告，进境居民旅客携带在境外获取的个人自用进境物品，总值在 5000 元人民币以内（含 5000 元）的；非居民旅客携带拟留在中国境内的个人自用进境物品，总值在 2000 元人民币以内（含 2000 元）的，海关予以免税放行，单一品种限自用、合理数量，但烟草制品、酒精制品以及国家规定应当征税的 20 种商品等另按有关规定办理。进境居民旅客携带超出 5000 元人民币的个人自用进境物品，经海关审核确属自用的；进境非居民旅客携带拟留在中国境内的个人自用进境物品，超出人民币 2000 元的，海关仅对超出部分的个人自用进境物品征税，对不可分割的单件物品，全额征税。

进境旅客持进出境有效证件和搭乘公共运输交通工具的凭证，未搭乘公共运输交通工具的进境旅客持进出境有效证件在口岸进境免税店购物，在维持居民旅客进境物品 5000 元人民币免税限额不变基础上，允许其在口岸进境免税店增加一定数量的免税购物额，连同境外免税购物额总计不超过 8000 元人民币。

2020 年 8 月 5 日，财政部、海关总署、税务总局联合发布《关于不再执行 20 种商品停止减免税规定的公告》（2020 年第 36 号），自该日起，进境旅客携带 20 种商品范围内的物品进境，也可以在规定的限值内予以免税了。

由于行邮税是海关针对个人进出境物品实施的监管政策，跨境电商在采用该种方式的时候需要对其违规风险予以充分关注。

（2021 年 3 月）



海商海事

海运提单在大宗商品交易中的地位与作用

马帅、田子宜、王美欣

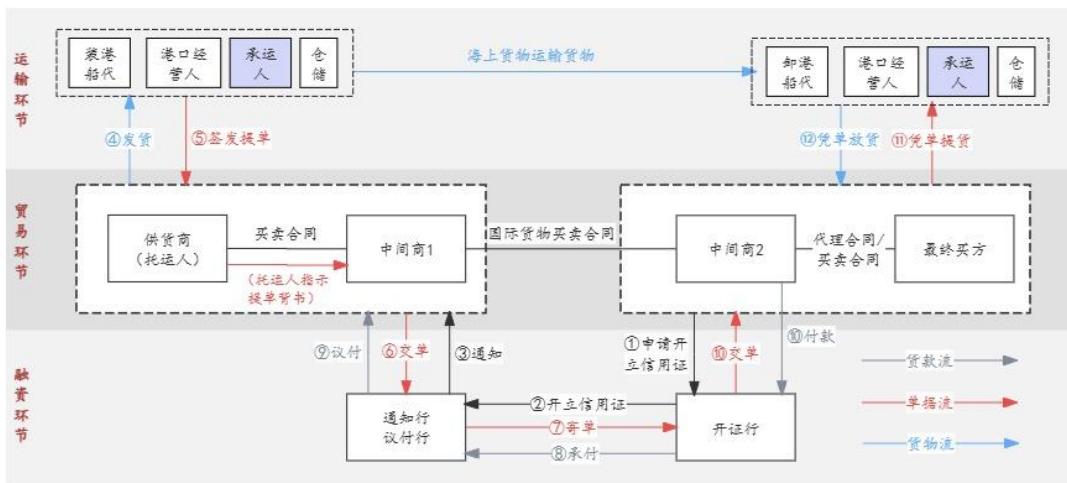
中国目前已经是许多大宗商品的最大进口国和消费国，却迟迟未能掌握大宗商品的定价权和规则制定权，中国企业在国际大宗商品交易领域中的风险防范与应对能力也有待加强。本文以实践中常见的跟单信用证结算方式为分析对象，在区分大宗商品贸易、物流与融资三个基础环节的基础上，结合中国最新立法动态与司法观点辨析提单的功能与作用，以期为大宗商品交易的参与主体提供风险应对与防范的初步建议。

一、大宗商品交易中的三个基础环节

大宗商品贸易具有标的额高、价格敏感、参与主体多的特点，并时常伴随融资属性和衍生品交易。因此，这类贸易的交易风险频发且来源广泛，使得交易各方在风险控制和应对方面面临较大挑战。实践中，大多数国际大宗商品贸易通过海运完成，其中以信用证作为支付方式的交易模式日益普遍。在此类交易中，海运提单联结着贸易、运输与付款的各个环节，成为交易风险爆发的集中点。

大宗商品贸易以国际货物买卖为核心展开，法律关系以买卖合同为基础而构建，并由此衍生出各种类型的交易结构和模式。但万变不离其宗，无论交易结构如何变化，大宗商品贸易法律关系仍应以货物买卖为本质。一旦偏离货物买卖的底层逻辑，可能致使法律关系异化。例如，在中国的裁判实践中，某些融资性贸易可能会被认定为借贷法律关系。

以跟单信用证付款模式下的大宗商品贸易为例，我们以下图简单地概括



大宗商品交易的参与主体，并展示单据、货物和货款的主要流向。

图 1：跟单信用证支付模式下单据、货物、货款的流动

大宗商品交易可以划分为三个基础环节，即贸易环节（买卖合同链）、运输或物流环节以及货款支付或融资环节，每个环节的参与主体以及所涉及的权利义务各有不同，分别对应着买卖合同法律关系、运输合同法律关系以及信用证或融资法律关系。贸易是运输及付款（融资）启动的原因，也是交易的核心，该环节通常存在多个买卖合同的贸易链，主要体现买方与卖方之间的权利义务关系，并决定着货物所有权的流向与归属，以货物所有权的转移为最终目的。运输仓储为贸易而生，通常由贸易链中的某一方来负责安排，主要体现贸易链中的某一方与承运人（或仓储人等物流参与方）之间的权利义务，以实现货物物理空间的转移与占有变更为目的。支付或融资环节是完成贸易的必要手段，主要涉及贸易合同中的某一方与银行或者资金提供方之间的权利义务，以完成资金融通与流转为目的，常以货物的担保权能为基础展开。当然，整个大宗商品交易除了上述三个环节之外，还涉及众多其他事项，比如货物保险、装卸货、货物检验、进出口报关、期货交易等，由于这些环节与本文主题关系不大，我们在此不再赘述。

结合上图还可以看出，提单首先是在运输环节中签发的，而后流转于贸易和融资领域，是贯穿于三个环节的核心单证。所以，通说认为，提单具有多重属性，既是运输单证，也是贸易单证和支付（融资）单证。

二、提单的多重属性及其功能定位

（一）提单作为海上货物运输单证

1、提单的三大功能

提单首先是一份运输单证。我国现行《海商法》第四章“海上货物运输合同”第四节“运输单证”对此进行了明确规定。根据我国《海商法》第七十一条，提单，是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。据此，提单作为运输单证所具有的三大功能为：（1）海上货物运输合同的证明；（2）货物已经由承运人接收或装船；以及（3）承运人据以交付货物的凭证。

运输单证是提单的法定属性、基础属性，是提单发挥贸易单证以及融资单证功能的前提和基础。因此，从运输单证的视角去认识提单的功能和定位，是我们正确理解提单规则的重要基础。我国现行《海商法》从运输单证的视角对提单进行了全面的规定，包括提单签发、提单类型、提单内容、提单功能以及转让规则等。作为运输单证的提单，涉及运输合同关系、收货人及提单持有人权利义务的确定、提单对于货物表面状况描述效力等问题。运输单证视域下的提单法律关系区别于海上货物运输合同关系，实

质上是一种相对复合的、以承运人（或船舶）为核心展开的法律关系。

2、提单与海上货物运输合同

提单不同于海上货物运输合同，在不同的运输参与主体之间所发挥的功能是不同的。我国《海商法》第四十一条规定，海上货物运输合同的主体仅包括托运人和承运人。在托运人与承运人之间，提单发挥着海上货物运输合同证明的作用，而非运输合同本身，二者之间的权利义务关系，需要结合二者之间签署的运输合同具体确定。在托运人以外，提单是确定承运人与收货人、提单持有人之间权利义务关系的依据。在中国法下，收货人、提单持有人并不当然地成为海上货物运输合同的当事人，其所享有的权利、承担的义务与托运人存在区别。因此，除非提单中明确规定或者引用了相应约定，承运人无法依据海上货物运输合同向托运人之外的收货人或者提单持有人主张承担法律责任。

在实践中，合同主体的识别往往是海上货物运输合同纠纷的争议焦点。以托运人识别为例，实践中，存在着契约托运人、实际托运人以及提单托运人等情形，不同类型的托运人是否构成“海上货物运输合同”的当事人、权利义务的承担方式等均存在较大差异。比如，承运人是否有权向实际托运人索赔运费以及滞箱费等费用，各地法院此前的裁判观点不一。在近期发布的指导性案例 230 号“新某航运有限公司诉中国机某国际合作股份有限公司海上货物运输合同纠纷案”中，法院认为，根据合同相对性原则，因目的港无人提货而产生的费用和风险由作为海上货物运输合同缔约方的契约托运人承担，实际托运人对此不承担赔偿责任。

《海商法》中并未规定提单的物权功能。国际上倾向于将海上货物运输合同下承运人的权利义务与货物的物权脱钩。很多学者认为，法律之所以这样规定，是因为当提单作为货物运输单证在运输领域流转时，提单不具有物权性，而提单作为贸易单证或者质押单证时，其物权性才会显现出来。

（二）提单作为贸易单证

国际贸易主要是单证贸易，其中最为关键的单证之一就是提单。作为贸易单证，提单系以其所代表的货物权利作为法律关系的构建基石，主要涉及提单与货权关系、转让提单效果等法律问题。

1、提单与货权

“货权”并非法定概念，在实践中使用时也缺乏统一指向。在学理及司法实践中，该词通常指货物的所有权，有时也会指向对货物的占有、控制、提取货物或优先受偿等某一项权利。货权所对应的英文翻译也多样，有 title、property、ownership 等不同表述。从实务角度出发，我们建议不要仅基于字面理解对货权赋予固定的解释，而要结合具体交易背景作具

体分析，结合权利取得的原因、方式以及公示方法去判断此“货权”实际对应何种法律关系。

提单所代表的权利究竟属于物权还是债权，即提单是物权凭证还是债权凭证，现行规范没有做出规定，学界和实务界一直存在不同的观点。而最高法院对此问题的态度前后也发生多次变化。在 1990 年公报案例“兴利公司、广澳公司与印度国贸公司、马来西亚巴拉普尔公司、库帕克公司、纳林公司货物所有权争议上诉案”中，最高法院认为：“提单是一种物权凭证，提单的持有人就是提单项下货物的所有权人。当提单项下货物被他人占有时，提单的持有人有权对占有人提起确认货物所有权和返还货物之诉”。在这个阶段，提单被视为是一种物权凭证，持有提单即享有货物所有权。依据最高法院在 2009 年发布的《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第三条，因无正本提单交付货物造成损失的，正本提单持有人可以主张承担违约责任，也可以主张承担侵权责任——这也体现了提单具有物权属性的观点。

在 2019 年发布的指导案例 111 号“中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行诉广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷案”中，最高法院对提单所代表的权利属性进行了相对全面的界定。最高法院认为，“提单具有债权凭证和所有权凭证的双重属性，但并不意味着谁持有提单谁就当然对提单项下货物享有所有权。对于提单持有人而言，其能否取得物权以及取得何种类型的物权，取决于当事人之间的合同约定”。据此，最高法院在该案中所持有的基本立场是提单持有人是否取得提单项下货物的物权以及何种物权，取决于取得提单的具体原因（即取得提单所依据的合同的具体约定）。

2、提单转让的法律效果

从 111 号指导案例来看，转让提单并不意味着转让货物所有权，二者之间并不存在必然的联系。总结下来，提单转让在贸易环节中具体会产生什么样的法律效果，需要从两个层面进行判断：

首先，提单转让需要遵守法定转让规则。《海商法》第七十九条规定，记名提单不得转让，指示提单需经过记名背书或者空白背书转让，不记名提单则无需背书即可转让。因此，仅当依照上述法定规则进行转让时，才能实现提单权利转让的法律效果，提单受让人才能取得提单持有人的权利。比如，指示提单依法需要经过提单记载的 shipper 背书转让；对于无 shipper 背书的指示提单，我国法院通常会认定该提单受让人并未取得提单持有人的身份。

其次，提单转让须基于转让所有权的约定，才能实现货物所有权的转让。我国法律并不承认物权无因性，物权变动需要基于合法有效的债权行为（合约），加上交付或登记等公示程序。因此，提单持有人如欲转让提单

项下的货物，需要有明确的货权转让的意思表示，如果没有明确规定，单纯转让提单也只能产生作为运输单证的权利转让的法律效果，即实现的是《海商法》下法定权能（主要是请求权）的转让，并不必然实现物权变动的效果。因此，贸易合同项下货物所有权转让的时间和条件，依然需要回归买卖合同的具体约定来判断，不能仅从提单转让来判断货物所有权的转让。

（三）提单作为融资/付款单证

提单作为融资单证主要涉及提单与信用证以及银行持有提单的法律效力等问题，相关法律关系主要围绕提单项下货物的担保权利而展开。

1、提单与信用证

信用证（Letter of Credit, L/C）在国际贸易中扮演至关重要的角色，不仅为贸易双方提供了信用基础，也为资金需求方提供了资金融通的便利。目前，信用证没有统一的标准格式，其本质是银行出具的在满足特定条件下承诺付款的银行信用保证。

根据《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定（2020修正）》第二条及第六条规定，法院在审理信用证纠纷案件时，尤其是在涉及单证审查的情形下，应当依据当事人约定适用的相关国际惯例或者其他规定进行；当事人没有约定的，应当按照国际商会《跟单信用证统一惯例》以及国际商会确定的相关标准，认定单据与信用证条款、单据与单据之间是否在表面上相符。所以，国内法院审查信用证项下相符提示的主要规则依据是国际商会的《跟单信用证统一惯例》及国际商会确定的相关标准。目前最新版的《跟单信用证统一惯例》是国际商会2007年修订的国际商会第600号出版物，简称“UCP600”。在此基础上，国际商会银行委员会还编制了《关于审核UCP600下单据的国际标准银行实务》（ISBP），汇编了审核跟单信用证项下单据的实务操作指引。前述规则既是UCP600的重要补充，也是国际信用证下审核提单的重要惯例，该文件的最新版本是国际商会于2023年通过的文件，简称“ISBP 821”。目前，UCP 600及ISBP 821均是我国法院认可的信用证项下单据审查的国际惯例，已经成为我国法院审理信用证纠纷案件的重要规则依据。

在使用信用证结算的贸易中，信用证条款构成贸易合同的重要组成部分，尤其是卖方向银行提示交单的类型、期限及具体要求等内容。此类交易项下开具的提单必须与信用证的要求相符。此外，信用证与作为其开立基础的贸易合同或其他合同是相互独立的交易，即使信用证中提及该合同，银行也不受基础贸易合同的约束。对于银行而言，其处理的是单据，而不是单据所涉及的货物、服务或者其他行为。因此，银行仅需审查受益人提交的单据是否与信用证的要求相符。只要规定的单据提交给指定银行或开

证行，并且构成相符提示的，则开证行必须承付。除非存在信用证欺诈情形，当事人以开证申请人与受益人之间的基础交易提出抗辩的，法院一般不予支持。

UCP 600 规则项下列明了两类提单：一类是 UCP 600 第 20 条规定的提单（未注明提单受租约约束），另一类是 UCP 600 第 22 条规定的租约提单（注明提单受租约约束）。ISBP 821 对两类提单的审查规则均作出进一步细化。UCP 600 及 ISBP 821 对这两类提单的签发、承运人识别、装船批注、装运日期、装卸港、货物描述、运费批注、收货人、通知方、托运人等信息的审查都进行了说明，这些规则构成银行判断提单是否与信用证要求相符的重要依据，同时也是国内法院判断银行是否履行合理审单义务、是否构成善意议付或付款的依据。

以提单中收货人的记载为例，根据 ISBP 821 第 E13 条 a 项规定，如提单收货人为“凭指示”(to order) 或者“凭托运人指示”(to order of the shipper)，则该提单必须由托运人背书。第 G12 条 a 项也存在有关租约提单的类似规定。如果受益人提交的指示提单中并没有托运人或其代理人签字背书的，银行有权拒付，如果银行在未获得开证申请人对此不符点豁免的情况下进行了承兑或议付，将来可能面临开证申请人拒绝付款或承担赔偿责任的风险。例如，最高法院在（2020）最高法民申 2937 号案件中就认为，指示提单必须经托运人背书是一项长期存在的银行业惯例，受益人提交的提单没有托运人或托运人代理人的背书，不符合案涉信用证的要求，系“单证不相符”，银行的议付不属于善意议付行为。

综上，作为跟单信用证项下的常见单据，提单是否符合信用证要求是银行判断是否构成“相符提示”、是否保兑或议付的核心，同时也是判断银行是否履行了合理审单义务的关键标准。

2、银行基于信用证法律关系持有提单的法律效果

银行基于信用证法律关系持有提单的法律效果，在实务中曾长期处于不确定性状态。在 111 号指导案例中，最高法院最终确认，银行基于信用证法律关系取得提单并享有提单质权。最高法院在该案中认为，由于当事人之间没有转移货物所有权的意思表示，不能认定开证行取得提单即等同于取得提单项下货物的所有权。结合开证行与申请人之间合同的整体解释以及信用证交易特点，当事人的真实意思表示是通过提单的流转而设立提单质押，并认为本案符合权利质押设立所须具备的书面质押合同和物权公示两项要件，开证行作为提单持有人，享有提单权利质权。最高法院在该案中还进一步认为，开证行行使提单质权的方式与行使提单项下货物动产质权的方式相同，即对提单项下货物折价、变卖、拍卖后所得价款享有优先受偿权。

《民法典》颁布后，最高法院出台《关于适用〈中华人民共和国民法

典》有关担保制度的解释》(下称“《担保制度解释》”), 其中第六十条再次明确和固化了 111 号指导案例的观点。根据该条规定, 在跟单信用证交易中, 开证行与开证申请人之间约定以提单作为担保的, 法院应当依照《民法典》关于质权的有关规定处理。在跟单信用证交易中, 开证行依据其与开证申请人之间的约定或者跟单信用证的惯例持有提单, 开证申请人未按照约定付款赎单, 开证行主张对提单项下货物优先受偿的, 法院应予支持; 开证行主张对提单项下货物享有所有权的, 法院不予支持; 开证行依据其与开证申请人之间的约定或者跟单信用证惯例, 通过转让提单或者提单项下货物取得价款, 开证申请人请求返还超出债权部分的, 法院应予支持。前三款规定不影响合法持有提单的开证行以提单持有人的身份主张运输合同项下的权利。

综合上述观点, 我们可以总结出银行基于信用证法律关系持有正本提单的法律效果:

- (1) 在无转移货物所有权意思表示的情况下, 开证行取得正本提单并不享有提单项下货物的所有权, 仅取得提单质押的权利;
- (2) 享有提单质权的开证行对提单项下货物享有优先受偿权, 超出债权的部分应当返还给开证申请人;
- (3) 合法持有提单的开证行依法享有提单作为运输单证的各项权能, 可以凭借提单持有人身份主张运输合同项下的权利。

三、小结与建议

在大宗商品贸易中, 提单扮演着至关重要的角色, 具有运输单证、贸易单证以及融资单证的多重属性, 贯穿于海上货物运输关系、买卖合同关系以及信用证法律关系, 是货物与货款的重要连接点和“转化器”。

提单在不同环节所发挥的功能和作用是不同的。作为运输单证, 提单具有我国《海商法》规定的运输合同证明、货物收据以及据以交付货物的保证等三大基础功能; 而作为贸易单证, 提单的转让并不等同于货物所有权的转让, 提单转让需结合法定转让规则及贸易合同的具体约定才能实现货物所有权转让的法律效果, 货物所有权的转移状况则需要基于贸易合同的具体约定进行判断; 作为融资单证, 提单发挥物权凭证的功能, 具体体现为担保物权, 银行基于信用证法律关系合法持有提单, 取得提单质权的法律效果, 可以直接主张对提单项下货物的优先受偿权, 同时银行可以凭提单持有人的身份行使提单项下的各项权利。

从现有的立法及司法观点来看, 提单作为运输单证和贸易单证的各项功能并未体现出提单物权凭证的属性, 而唯一能够体现物权属性的只有银行在按照信用证惯例取得提单的情况下所享有的提单质权, 提单持有人此时可以直接主张对提单项下的货物优先受偿。严格来讲, 提单质押应该是

一种权利质押，质权人所享有的应该是对相应权利的优先受偿权，而《担保制度司法解释》直接赋予了提单质权人对提单项下货物的优先受偿权，体现了提单的物权属性。

大宗商品贸易的参与主体需要意识到提单功能的多样性及性质的复合性，区分提单作为权利凭证在不同的交易环节中分别承载的不同的功能、呈现的不同属性。更重要的是，提单并非绝对的物权凭证。至少在现有的立法下，提单只是在例外情形下才具备一定的物权属性。在实务中，我们要审慎把握提单与货物所有权之间的法律关系，持有提单不等同于控制了货物，更不意味着享有货物所有权。在信用证交易结构中，进口方在处理信用证交易时，应当严格审查提单背书的连续性及合规性，一旦发现单据不符，应当及时通知开证行止付，并采取相应的法律措施，避免陷入“钱货两空”的境地。银行必须审慎履行审单义务，确保交单相符，避免因提单不符点而蒙受损失。

(2025年3月)

融资性贸易“名实不符”的判断规则

马帅、邢晨

在民商事审判中，具有融资功能的贸易的法律性质及合同效力一直缺乏定论，常在买卖合同与借款合同之间摇摆不定，“类案不同判”的现象时有发生。本文在区分国资监管语境与民商事审判语境的基础上，从“名实不符”的分析路径出发探究民商事审判中对不同类型的融资性贸易的裁判规则及完善建议。

一、国资监管：从“严控”到“严禁”

“融资性贸易”并非严格的法律概念，而是行业实践中的习惯用语。2012年，钢贸危机爆发后，国资委在《关于加强中央企业资金管理有关事项的补充通知》中提出“融资性贸易”这一概念，国资委表示，国企应当“依法合规筹集和使用资金，确保资金安全”，“要加强融资性贸易业务管理，适度压缩融资性贸易规模，全面清理‘预付加赊销’业务，减少资金占用，不得以各种形式变相出借资金”。在该通知中，国务院国资委用“加强管理”“适度压缩规模”等词语表面对融资性贸易加强监管的态度，但此时“融资性贸易”具体内涵依然不清晰。

随着融资性贸易交易实践的愈发活跃，融资性贸易开始出现异化，贸易属性不断削减，而贸易外壳下的融资活动占据主导，甚至脱离“融物”属性而进行空转融资，资金风险也不断凸显。因贸易融资的高风险特性，易诱发连锁违约、甚至道德风险，再加上脱实向虚的融资行为存在规避管制从事金融活动、滋生金融系统性风险、造成国有资产流失等多种弊端，国资委对国企从事融资性贸易活动的态度也从保守监管逐渐转变为明令禁止。

近年来，国资委有关“融资性贸易”的规定梳理如下表：

发布时间	文件名称	相关规定	备注
2013年	《关于进一步加强中央企业大宗商品经营业务风险防范有关事项的紧急通知》	“ 严控 融资性贸易业务， 严禁 开展无商品实物、无货权流转或原地转库的融资性业务。”	
2015年	《国资委关于做好2015年度〈企业年度工作报告〉填报工作的通知》	“ 详细披露 融资性贸易、信托担保、金融衍生、带资建设等重点业务事项。”	

发布时间	文件名称	相关规定	备注
2015 年	《关于做好 2015 年度中央企业财务决算管理及报表编制工作的通知》	“高度关注特殊业务风险，继续开展大宗商品贸易业务风险排查，进一步加大融资性贸易和垫资建设等业务的风险管控力度，及时追偿到期款项，防止发生损失。”	
2017 年	《关于进一步排查中央企业融资性贸易业务风险的通知》	对融资性贸易明确定义：“以贸易业务为名，实为出借资金、无商业实质的违规业务”，并进一步明确“空转”“走单”类贸易业务无实物流或资金流，已完全脱离贸易实质，属于虚假贸易业务。	国务院国资委的监管性文件中首次对融资性贸易作出明确定义。
2018 年	《中央企业违规经营投资责任追究实施办法（试行）》	“第九条 购销管理方面的责任追究情形： （三）违反规定开展 融资性贸易业务 或‘空转’‘走单’等虚假贸易业务。”	国资委对禁止国企从事融资性贸易的态度基本明朗。
2021 年	《关于加强地方国有企业债务风险管理工作的指导意见》	“严控低毛利贸易、金融衍生、PPP 等高风险业务， 严禁融资性贸易和‘空转’‘走单’等虚假贸易业务 ，管住生产经营重大风险点”	对融资性贸易的“严禁”已在监管文件的正文中出现。
2021 年	《关于做好 2021 年度中央企业财务决算管理及报表编制工作的通知》	“ 全面清理 融资性贸易、‘空转’、‘走单’等风险业务，清查融资担保业务，加强经营困难企业、高负债企业、资金链紧张企业的债务风险评估，全面梳理境外单位风险，突出问题导向，研究制定风险防控措施，完善相关内控制度，切实做好各类风险防范化解工作。”	

发布时间	文件名称	相关规定	备注
2022 年	《关于推动中央企业加快司库体系建设进一步加强资金管理的意见》	“要基于供应链真实业务背景，灵活运用各类金融产品依法合规盘活存量资金。要严控供应链金融业务范围，严禁提供融资担保， 严禁开展融资性贸易业务和虚假贸易业务。 ”	
2023 年	回答“融资性贸易的具体界定标准是什么？”的咨询（非监管性文件）	“融资性贸易业务是以贸易业务为名，实为出借资金、无商业实质的违规业务。其表现形式多样，具有一定的隐蔽性，主要特征有：一是 虚构贸易背景，或人为增加交易环节；二是上游供应商和下游客户均为同一实际控制人控制，或上下游之间存在特定利益关系；三是贸易标的由对方实质控制；四是直接提供资金或通过结算票据、办理保理、增信支持等方式变相提供资金。 ”	国务院国资委对融资性贸易的概念进一步明确，并提供了相应的判断标准。

小结：从“融资性贸易”的国资监管变迁可以看出，监管层面对国有企业参与融资性贸易基本持全盘否定态度。国资委对融资性贸易的界定本身就带有禁止与否定的态度，将融资性贸易定性为“违规业务”，而且将融资性贸易与“空转”“走单”等虚假贸易业务并列，从国资委近期明确的融资性贸易具体表现形式来看，其范围相当宽泛，值得国有企业相关从业人员的注意。

二、司法审判语境下的“融资性贸易”

（一）“名实不符”的三种形态

与国资监管对融资性贸易持全盘否定性评价的态度不同，在司法审判中，法院对融资性贸易的定性及效力判断，通常会坚持以法律为依据，结合具体情况具体分析，更加侧重尊重当事人的真实意思表示。若要对买卖合同作出否定性评价，法院通常会以“名为买卖，实为借贷”为分析路径，对融资性贸易的法律性质和效力进行认定。在法律依据上，在《民法总则》出台前，法院主要依据《合同法》第 52 条第 1 款第 3 项“以合法形式掩盖非法目的”对买卖合同作出否定性评价；而在《民法总则》出台后，法院则依据《民法总则》第 146 条（同《民法典》第 146 条）有关“虚假意思

表示”的规定否定买卖合同的效力。

无论是“以合法形式掩盖非法目的”还是“虚假意思表示”，都涉及到合同“名实不符”的问题。当然，“名实不符”并非对合同的否定性评价，仅凭“名实不符”尚不足以否定融资性贸易中买卖合同的性质或者效力，尚需要进行具体判断。在实践中，融资性贸易中的“名实不符”通常存在以下三种形式：

1、合同内容与合同名称不符

内容与名称不符，即合同的内容不能体现出名称显示的合同所应具备的特征。例如，当事人签订名为合作开发的协议，但在合同中约定出资方并不承担亏损，仅收取一定金额的货币——这实际上是一个借款合同。此种情形下，当事人之间法律关系的性质应依法律行为全部内容而不是当事人所使用的称呼为判断。虽然当事人的内心意思与外部表示并不完全一致，但由于当事人在事实上希望该行为发生法律效果，因此并不存在虚假意思表示。事实上，这种情况下只有一个法律行为，该法律行为也仅具有一种性质，不存在表面行为和实质行为的区分；当事人也没有通谋、掩盖的故意，所以这是一个意思表示的解释问题，即对合同性质认定的问题，不涉及到名义上合同无效的问题，与虚假意思表示无关。

《最高法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》也明确了法律关系的认定思路。该征求意见稿第15条第1款规定：“人民法院认定当事人之间的权利义务关系不应拘泥于合同使用的名称，而应当根据合同约定的内容。当事人主张的权利义务关系与根据合同内容确立的权利义务关系不一致的，人民法院应当结合缔约背景、交易目的、交易结构、履行行为以及当事人是否存在虚构交易标的等事实认定当事人之间真实的法律关系，并据此认定合同效力。……”

笔者在办案中注意到，融资性贸易中合同有关货物交付、瑕疵担保责任等相关规定，往往会影响到法院对该合同性质的判断。如果卖方在买卖合同项下，不承担货物的瑕疵担保责任、不承担实际交货义务，而是在上下游合同之间赚取稳定的差价，部分法院也倾向于将此类合同定性为“借款合同”，而非买卖合同。

2、合同内容与当事人实际履行情况不符

合同虽然从文本上看与一般的买卖合同无异，但纵观整个交易过程，会发现这完全是一个虚构的交易，当事人实际上是利用买卖合同的外壳完成了借款合同的签订和履行，当事人并不想按照合同约定履行买卖合同中的标的物给付义务或者标的物根本不存在，此种行为是典型的虚假意思表示。当事人之间存在虚假意思表示的通谋，按照《民法典》第146条之规定，其虚假意思表示（即名义上的买卖合同）无效，而要根据其隐藏的法律行为的相关规定判断其效力。

就此类交易的隐藏行为而言，其可能独立于买卖合同之外，也有可能嵌套在买卖合同之中，买卖合同文本本身可能也是借款合同的载体。例如，此类交易除了没有实际货物的移转之外，买卖合同约定的支付“价金”的义务均得以履行，而这里所谓的“价金”实际上就是借款。融资性贸易中的循环贸易与虚构标的物贸易，即为此种类型。

3、经济目的与法律效果不符

经济目的与法律效果不符，是指合同的内容与合同名称虽然是一致，当事人也意图按照合同约定履行合同，但当事人欲实现的经济目的却与该合同法律效果的通常目的不一致。在《民法典》出台前，非典型担保合同（例如让与担保、有追索权的保理等）就是此形式的典型例证：合同名义上、内容上、履行上均一致，但在目的上却是为了设立担保性权利，这超出了其依附的有名合同的一般目的。于此情形，当事人显然是希望该有名合同发生效力的，这说明该合同并非虚假合同，而恰恰是出于真正的效果意思而为的表示，故不应认定为通谋虚伪行为，而应按照其合同约定履行。

综上，合同内容与名称不符仅仅是一个意思表示解释问题，合同内容若过度偏离于买卖合同的特征而趋于借款合同的特征，虽然不涉及虚假意思表示的问题，但法院有可能在定性上直接认定为“借款合同”；行为的经济目的与法律效果不符则并非“通谋虚伪的意思表示”的范畴，应作为无名合同按照当事人约定履行；只有双方的真意不是按照合同约定履行合同时，才能认定名义上的法律行为是“通谋虚伪的意思表示”从而归于无效。

（二）融资性贸易中的典型类型分析

1、虚构标的物

标的物真实是买卖合意真实的前提，如果双方合意虚构贸易标的物，其名义上的买卖合同实际上属于《民法典》第146条之规定的虚假意思表示，将被认定为无效，法院应根据其隐藏的法律行为（借款行为）进行判断。针对此类情形，司法实践中的裁判规则相对统一。

还有一种情形是，虽然标的物不真实，但买卖合同一方当事人存在善意，且已经采取合理措施对货物真实性已经尽到合理审查义务的，此种情形下，“买卖合同”的性质及效力应该如何认定呢？

笔者认为，双方当事人在此种情形下并不存在虚假意思表示的通谋，《民法典》第146条并不适用，在不存在其他理由影响合同性质的情况下，双方之间买卖合同的性质应当得到支持；对于此类合同效力而言，可能会涉及当事人或者第三人欺诈的问题，属于可撤销的合同，若善意的一方并不行使撤销权，则有权依据买卖合同主张相应的权利和救济。

如（2019）沪74民终294号案件中，上海金融法院认为，“在大众公司通过税网系统查询发票为真实的情况下，其有理由善意地信赖众海公司

与发票开具方存在真实的交易关系并取得了对应设备的所有权，不应苛求其再对发票所载具体项目和金额进行逐一审核。……在未有证据显示大众公司参与或明知众海公司涉嫌虚构租赁物之行为的前提下，本院依据现有证据认为大众公司已尽到审核义务，不存在主观恶意或重大过失，其主张《融资租赁合同》有效于法有据，应予支持。”笔者认为，在买卖合同项下，该案的裁判规则依然适用，买卖合同的标的物即使不真实存在，若无证据证明双方当事人存在通谋，且善意一方已经采取合理审查措施的，不影响买卖合同的性质和效力。

2、循环贸易

无论标的物是否真实存在，如果整个交易构成循环贸易的，即贸易链条中的终端卖方与终端买方系同一主体或关联方的，法院在实践中通常也会认定为借款合同，而非买卖合同。如在(2018)最高法民再318号裁定书中，最高法院认为，“六家公司分别兼具出卖人和买受人的身份，交易价款存在高买低卖或者基本平价交易的情形，最终在参与交易各方之间形成循环闭合。其交易模式不符合买卖合同的基本特征和交易常理；案涉各交易主体间的交易方式，已构成无实物交易的闭合融资性买卖关系。”

此类情形的难点在于，由于循环贸易涉及多个主体、交易链条较长，在民事诉讼中，当事人往往只能就其所处的环节提起诉讼，难以全面审查整个交易链条的情况，因此，当事人是否能够在此类诉讼中主动申请追加整个链条上的相关当事人存在不确定性。《最高法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》第15条第2款对此进行了明确，如果法院在审理案件过程中发现当事人之间的合同仅是交易链条中的一个环节，且离开整个交易链条无法查明案件事实并难以对当事人之间真实的法律关系及其效力作出认定的，应当告知原告将参与交易的其他当事人追加为共同被告。原告拒绝追加的，人民法院应当驳回诉讼请求，但是不影响其另行提起诉讼。该规定明确了法院应当主动告知追加的情形，但是实践中，法院往往很少追加不同法律关系或主体进行共同审理，即使原告主动申请，法院同意的可能性也比较小。因此，该条虽然体现了最高法院希望法院对融资性贸易审查时进行综合审查的考虑，但是实际执行情况有待进一步验证。

在此种类型中同样会面临的一个问题是，在循环贸易的某一个环节的参与主体，该主体并不知道整个交易链条是循环贸易，且采取了合理的审查措施的，那么该善意主体与上下游之间的买卖合同是否也应该认定为借款合同呢？

笔者认为，此问题同样可以适用上文有关“名实不符”的分析路径，即该善意主体与其他主体并不存在虚假意思表示的通谋，其参与的买卖合同并不适用《民法典》第146条，除非存在合同内容与名称不符的情形，否

则不宜直接否定该善意主体所参与的买卖合同的性质和效力。该善意主体可以依据欺诈或者第三人欺诈的有关规定，决定是否申请撤销相应买卖合同。

3、托盘贸易

托盘贸易，是指托盘方向卖方购买货物并预付货款，再赊销给买方，卖方按照托盘方的指示向买方交货，买方取得货物后再向托盘方支付货款（含融资利息）的交易结构。托盘贸易的表现形式多样，包含赊销、代买、委托采购等。在交易过程中，垫资的托盘方一般不承担出卖人的瑕疵担保义务，而是将自己作为前手买受人的买卖合同权利转让给后手买受人，在保障最终买受人权益的同时，免于承担瑕疵担保责任。

近年来，各级人民法院倾向于认定托盘贸易中托盘方的买卖合同是通谋虚伪行为，认定买卖合同无效。如在（2021）鲁11民终848号一案中，法院认为案涉交易属于垫资型托盘交易，实为资金借贷，同时进一步认为，托盘方未经国务院金融监督管理机关批准，擅自从事金融业务活动，违反《中华人民共和国银行业监督管理办法》第十九条规定，故法院认定相应借贷协议也无效。又如在一起同样具备一定托盘贸易特征的（2018）最高法民终122号案件中，最高法院则认为案涉购销协议是当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，合同合法有效。

通过分析现有案例可以看出，融资性贸易的形式变化多样，并没有一个统一的标准形式，司法实践中，法院通常会结合标的物是否真实存在、是否存在循环贸易、货物交付状态、价格和付款节点的合理性、风险划分和交付方式是否符合贸易实践等因素综合判断，而不单单局限于合同名称或者内容的约定，而且受到金融监管和金融审判理念的影响，法院对贸易性融资的态度最近也体现出“穿透式”审判的倾向。然而，商品贸易本身很难完全摆脱融资属性，尤其是大宗商品贸易过程中融资属性更强，考虑到当前国资委态度和法院审判趋势，我们建议相关从业者应尽可能回归贸易本质，在交易过程中以货物真实流转为基础开展相应业务。

参考文献：

- [1] 刘贵祥：《关于金融民商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题》，载《法律适用》2023年第1期。
- [2] 张忠民：《国有大中型企业开展融资性贸易应注意的问题》，载《经营与管理》2012年第5期。
- [3] 吕冰心：《融资性贸易的实证研究及裁判建议》，载《人民司法》2020年第31期。
- [4] 都星羽、王富博：《钢贸危机及钢贸案件相关问题研究》，载《法律适用》2014年第11期。

- [5] 田韶华：《论通谋虚伪行为规则的司法适用》，载《北方法学》2019年第4期。
- [6] 付荣：《“名实不符”合同的规范解构与裁判回应》，载《清华法学》2023年第5期。

(2023年11月)

国际海运 LOI 保函的运用及审查要点

马帅

在国际海运实践中，承运人接受 LOI 保函（letter of Indemnity）而从事某些租船合同义务之外的事项，是一种非常常见的操作。然而常见不代表没有风险，此类保函涉及的法律问题极其复杂，一旦运用不当，保函受益人往往面临巨大的法律风险。本文结合国际海运操作实践，就国际海运中 LOI 保函运用的主要场景、法律后果及其审查要点进行简要评析。

一、国际海运 LOI 保函概述

国际海运中的 LOI 保函是保证人（出具 LOI 保函的一方）为了请求受益人从事某些特定事项而出具的，承诺赔偿受益人因从事该事项而遭受的全部损失的一种法律文件。实践中，此类保函通常是租船合同项下的承租人/发货人/收货人出具给出租人/船东/承运人的。

LOI 保函核心条款的通常表述为：

“We, [保函出具人], hereby request you, [保函接收人或受益人], to [特定事项] ...

In consideration of your complying with our above request, we hereby agree as follows:

1. To indemnify you, your servants and agents and to hold all of you harmless in respect of any liability, loss, damage or expense of whatsoever nature which you may sustain by reason of [特定事项]
 2. In the event of any proceedings being commenced against you or any of your servants or agents in connection with [特定事项] as aforesaid, to provide you or them on demand with sufficient funds to defend the same.
-”

LOI 保函所要求的特定事项，一般都是承运人在租船合同义务之外的事项，而且可能会导致承运人违反提单项下的义务。承运人签发提单后，提单构成承运人与租船人之外的提单持有人之间的运输合同，该合同与承运人和租船人之间的租船合同相对独立，在承运人收回正本提单之前，提单持有人是在不断变化的。因此，承运人必须严格按照提单及提单适用法的要求履行义务，承运人在按照租船人或者某提单持有人的指示从事某项后，有可能会对后续的提单持有人构成违约。LOI 保函的目的就是为了保障承运人在遭受索赔之后可以向相关方进行追索。

二、LOI 保函的主要运用场景

LOI 保函在国际海运中的运用场景非常多，主要包括无正本提单放货、修改目的港、绕航、签发清洁提单、倒签提单、更换提单以及货物混装等。本文就其中较为常见的几类场景进行简要分析。

1、无单放货保函

根据我国海商法第七十一条规定，提单是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。提单具有货物收据、物权凭证以及运输合同证明的三个基本功能。在基于提单的运输合同项下，承运人的基本义务之一就是依据提单交付货物，即承运人在目的港应凭正本提单放货。承运人在没有收到正本提单的情况下交货，将会面临被提单持有人索赔的风险。而且在无单放货的情形下，承运人难以主张海商法下承运人责任限制的相关规定，其赔偿责任范围是货物全部价值，即包括货物装船时价值、运费及保险费等。^[1]

然而在货物运输过程中，提单往往会发生多次流转，经常会晚于船舶到港时间，为了避免船舶延误，承租人或者收货人会要求承运人在没有正本提单的情况下先放货。基于无单放货的法律风险，承运人一般只有在收到保函才会同意无单放货。当然，除非租船合同中有明确的约定或者构成交易惯例，承运人并非必须接受承租人保函进行无单放货，是否要接受保函进行无单放货最终还是承运人基于商业效率的合理考量。按照英国法院的观点，即使在无单放货相对频繁的原油运输领域，基于保函进行无单放货也不构成交易惯例^[2]，所以在租船合同没有明确约定的情况下，承运人并没有义务必须要接受保函进行无单放货。

2、修改目的港或者绕航保函

提单会明确记载卸货港，按照海商法规定，承运人应当按照约定或者习惯的或者地理上的航线将货物运往卸货港，这也是承运人在提单项下的核心义务。该义务与适航义务、管货义务一样，都是海上货物运输合同项下承运人的基础性义务，具有强制性，承运人与托运人约定减轻上述义务或责任的条款无效。^[3]除非是为了救助或者企图救助人命或者其他合理绕航，承运人驶往提单载明卸货港之外的其他港口或者选择非习惯航线的，承运人将会承担不合理绕航的违约责任。在英国法下，早有先例确认，不

[1] 如《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第四条规定，“承运人因无正本提单交付货物承担民事责任的，不适用海商法第五十六条关于限制赔偿责任的规定。”第六条规定，“承运人因无正本提单交付货物造成正本提单持有人损失的赔偿额，按照货物装船时的价值加运费和保险费计算。”

[2] Kuwait Petroleum Corporation v I and D Oil Carriers Ltd. (The Houda) [1994] 2 Lloyd's Rep 541 (EW CA).

[3] 参见《海商法》第四十四条。

合理绕航构成对运输合同的根本违反，合同相对方可以溯及既往地终止合同，承运人将无权主张运输合同项下责任限制或豁免条款^[4]。

实践中，租船人或者货物卖方由于买卖合同的变化，经常会要求承运人修改卸货港或绕航，比如原买卖合同解除、货物又出售给了新的买家、交货地点发生变化等。因为绕航的违约后果非常严重，承运人通常会要求租船人或者货方在提供 LOI 保函的情况下同意修改卸货港。

3、清洁提单或倒签提单保函

清洁提单保函或倒签提单保函是承租人或者托运人为了让承运人签发清洁提单或者倒签提单签发日期而出具的保函。根据我国海商法第七十六条规定，承运人或者其代其签发提单的人未在提单上批注货物表面状况的，视为货物的表面状况良好。所谓的“清洁提单”就是此类未批注货物表面状况存在瑕疵的提单，此类提单意味着货物在装船时表明状况良好。

根据我国海商法的规定，承运人在知道或者有合理的根据怀疑提单记载的货物信息与实际接收货物不符的，可以在提单上批注^[5]。在卸货港，如果出现了提单未记载的货物瑕疵，承运人将会面临被提单持有人索赔的风险。但需要注意的是，这里的货物表面状况良好的判断仅限于与承运人作业条件相适应的状况，不同于买卖合同项下对货物的要求^[6]。

“清洁提单”以及提单的签发日期在买卖合同项下都是十分重要的，是买卖合同项下付款条件的重要依据，有些货物买卖合同或信用证通常会明确，买方只有在承运人签发清洁提单或者在合同约定装船日期内装船采会同意付款。UCP600 第 27 条也明确规定，银行只接受清洁运输单据。因此，如果承运人签发的提单中记载货物装船时不满足表面状况良好的要求，或者提单签发日期是在买卖合同约定的装载期之外，卖方可能无法收到货款。

在上述情况下，卖方常常会试图要求承运人签发清洁提单、或者在使承运人签发日期错误的提单，以帮助卖方收到货款。需要特别提醒的是，如果承运人同意接受保函出具清洁提单，会面临巨大的法律风险。按照英国法院的判例，承运人明知货物表面状况存在瑕疵依然出具清洁提单的，系故意对货物作出虚假描述，构成对提单持有人的欺诈行为。在此种情境下签发的保函会被认定为是为从事违法行为而签发的，不会被法院执行。^[7]

4、换单保函

所谓换单保函主要是承租人或者托运人为了要求承运人重新签发提单而出具的保函。换单通常是由于现有提单与买卖合同项下的要求不符，比

[4] Tate & Lyle (1936). Ltd. v. Hain Steamship Company, Ltd. 55 Ll. L. Rep. 159.

[5] 参见《海商法》第七十五条。

[6] 参见福建远成豆业有限公司与复兴航运有限公司（Rival Shipping Co. Ltd.）海上财产损害责任纠纷案(2019)闽 72 民终 1495 号。

[7] Brown Jenkinson and Co Limited v Percy Dalton (London) Limited [1957] 2 QB 621.

如：（1）买卖合同或者信用证要求不同形式的提单；（2）买卖合同或者信用证要求的卸港与现有提单记载不一致；（3）贸易商希望能够掩饰货物的上游卖方，进而变更提单上的托运方；（4）卖方希望掩盖装港或者装船日期。

承运人换单需要在收回原提单后再签发新的提单，否则将会面临重复提货的风险。承运人接受保函进行换单的法律风险主要取决于换单的原因，如果只是由于一些形式上问题需要更换提单，并不涉及提单上原记载信息的实质性修改的，保函一般是有效可执行的。但是如果换单是为了误导收货人，比如为了掩盖买卖合同项下的违约而修改装港，此类行为同样存在被认定为欺诈风险，保函无法被执行。

三、LOI 保函的法律效果

从商业效果来看，LOI 保函为运输合同的履行提供了商业灵活性，可以更高效的解决双方在履行过程中可能遇到的各种问题，既保障了合同顺利履行、避免延误，同时也保护了承运人的利益。

然而，LOI 保函并不能确保承运人免于提单持有人索赔的风险，只是在遭受索赔后，承运人可以依据 LOI 保函向相关方追偿。换言之，承运人接受 LOI 保函从事某项特定行为，意味着承运人接受了将来可能会面临提单持有人索赔的风险。而且由于基于 LOI 保函所从事的事项在提单项下往往构成非常严重的违约行为，承运人一旦面临此类索赔将无法主张法律或提单中“免责事由”或者“责任限制”条款^[8]。此外，按照国际保赔协会集团的条款，保赔协会也不承保由于会员的故意或者重大过失行为引起的风险。因此，承运人依据 LOI 保函向相关方索赔成为保障其利益的唯一途径。

但是承运人能否依据 LOI 保函向相关方索赔，还取决于 LOI 所担保的事项是否违法。在英国法下，此类 LOI 保函原则上是有效和可执行的，但如上所述，若所涉事项涉嫌对其他第三人构成欺诈、从事违法目的的，则难以获得法院执行。一旦 LOI 保函无法得到执行，承运人只能自行承担相应损失。

海运保函在中国现行法下并没有一个明确对应的法律概念，但我国法院对待 LOI 保函的态度与英国法院类似。最高法院早在 1988 年的一份批复中确认了无单放货保函的两项主要法律效果：一是无论此类保函如何约定，都不影响收货人向承运人或托运人索赔；二是对于托运人和承运人出于善

[8] “免责”或者“责任限制”条文一般会排除承运人故意或重大疏忽的情形。如《海商法》第五十九条规定，“经证明，货物的灭失、损坏或者迟延交付是由于承运人的故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为造成的，承运人不得援用本法第五十六条或者第五十七条限制赔偿责任的规定。”

意而由一方出具另一方接受的保函，双方均有履行之义务。^[9]参照最高法院的该观点，LOI 保函在中国法下是否可以执行，也主要考虑到于双方之间是否善意。同样，若保函事项构成对第三方利益的损害，在我国现行法下，可构成《民法典》第一百五十四条“恶意串通损害他人利益”的情形，应属无效。

四、LOI 保函审查要点

基于上述分析，我们建议承运人在审查 LOI 保函是应该注意以下几点：

1. 了解清楚 LOI 保函签发的背景和原因，审慎评估 LOI 保函事项的法律风险。如上所述，不同的担保事项会带来不同的法律风险，如果 LOI 保函所担保的事项涉及违法或者构成对于第三方欺诈，LOI 保函面临无法执行的风险，承运人在失去提单和保赔保险的保障的同时，也无法依据保函向相关主体追索。因此，承运人在决定是否要接受保函从事某事项时，尤其需要了解清楚该事项是否足以构成对货物的虚假陈述或者对租船人之外的提单持有人的欺骗。
2. 关注 LOI 保函出具人的权限及资信情况。LOI 保函实际上属于商业信用保函，是一种商业承诺，如果是由第三方提供的，则类似于中国法下的保证责任。海运实践中，很多承租人或者交易主体可能只是一家特殊目的公司，并没有什么实质性的资产，承运人接受此类主体签发的保函，风险防范作用是极其有限的。承运人在审查是否接受保函时，应该重点审查出具人的资信情况，如有必要，可以要求对方提供其母公司或者银行等具有实际偿付能力的主体出具相应的保函。同时，在审查保函的时，应该着重审查落款签字人是否有相应的权限，必要时要求提供相应董事会或者股东会决议和授权文件。
3. 注意 LOI 保函条款完整和准确。LOI 保函条款是承运人将来对外索赔的重要依据，对于承运人来讲，要尽量确保条款完整和准确，以便能够得到快速执行。目前国际保赔协会针对不同情形准备了 LOI 保函的范本，但是需要注意的是，使用协会推荐的范本也并不代表此类风险属于保赔协会的承保范围。另需要提示的，在 LOI 保函签发后，承运人应严格依据 LOI 保函履行。因为承运人在依据 LOI 保函对外索赔时，需要提供证据证明其已经依据 LOI 保函履行了特定事项，如果承运人的履行行为与 LOI 保函所要求的事项不符，承运人依据 LOI 保函索赔是难以成功的。

[9] 参见《最高人民法院关于保函是否具有法律效力问题的批复》，法（交）复（1988）44号。

4. 注意 LOI 保函的适用法和争议解决方式。LOI 通常会选择适用英国法，英国法院管辖，因为英国法下 LOI 保函的案例相对较多，规则更为明确，而且更有利于保护承运人的利益。如根据英国上诉法院 the Laemthong Glory 案^[10]，在存在两份背靠背的 LOI 保函情况下（既船东与期租人之间的保函和期租人与下家的保函），一旦期租人破产，船东可以适用《1999 年第三人权利合同法案》（the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999），直接依据期租人与下家之间的 LOI 保函要求下家赔偿其损失。

五、结语

LOI 保函的复杂性主要体现在其所担保的事项非常多变，涉及多重法律关系，其法律效果需要根据具体情况具体分析。而且承运人一旦接受 LOI 保函从事某些特定事项，在面对提单持有人的索赔时，承运人不仅会丧失法律及提单条款对承运人的保护，也会丧失保赔保险的保障，承运人只能依据 LOI 保函向相关方进行追索。然而，更具有不确定性的是，此类 LOI 保函在某些特定情形下是无效或无法执行的。因此，承运人在考虑是否要接受 LOI 保函从事某事项时，一定要格外谨慎，在拿不定主意的情况下，建议咨询保赔协会或专业律师的意见。

（2023 年 5 月）

^[10] Laemthong International Lines Company Ltd. v Artis (the Laemthong Glory) [2005] EWCA Civ 519.



知识产权与品牌管理

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。

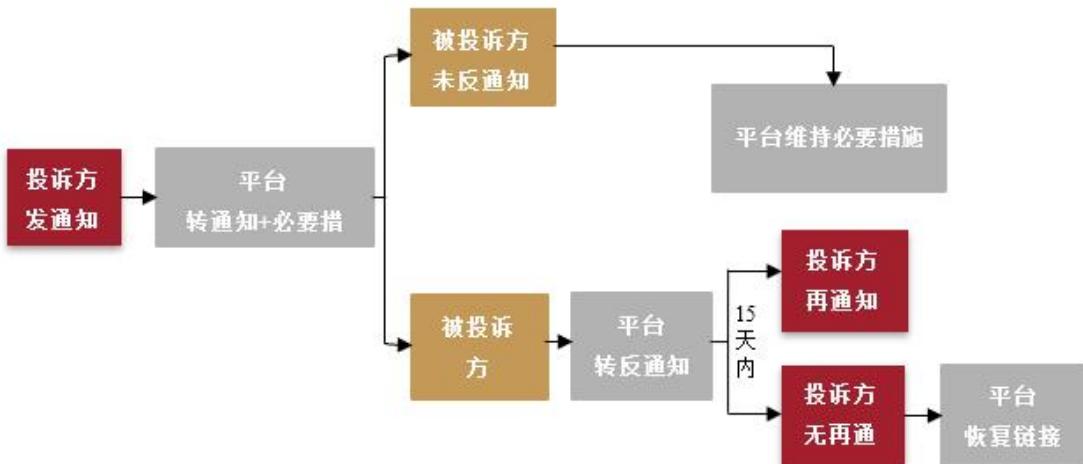
一、什么是通知-删除规则？

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

[1] 案号为（2022）粤1202民初5603号。

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，

[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

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

[5] 案号为（2022）京 73 民终 4168 号。

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
	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件之九：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

考量因素	典型案例	
	案例	具体情节
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
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。

(2024年3月)

电商行业中窜货管理和价格管理的风险防范

马成龙、杨佩峰

前言

在电商行业中，品牌方仍会依靠经销模式展开产品销售，只是授权经销区域转变为授权经销渠道，根据销售对象的不同，线上销售可以细分为经销和分销两种方式，经销即指经销商从品牌方处购入商品后在指定电商平台中销售给终端消费者，分销是指分销商从品牌方处购入商品后销售给指定电商平台中的其他经销商、由其他经销商在指定电商平台将商品销售给终端消费者。产品经销是品牌方拓展产品销售和建立品牌形象的关键环节，品牌方不可避免地会对经销渠道进行管理，而窜货管理和价格管理则是主要管理方式。

窜货管理和价格管理往往以合同条款的形式存在于当事人的经销合同中，影响到当事人之间的权利与义务，同时也可能会对行业竞争效果和消费者利益造成一定影响，在法律层面引发一定的法律风险，本文将以窜货管理和价格管理的风险防范为视角，探讨品牌方管理经销渠道的法律边界，试图为经营者提供参考建议。

一、窜货管理

（一）窜货的概念与管理

1、窜货的概念

“窜货”并非法律术语，行业中一般从买进和卖出两个层面界定窜货行为，即经销商从品牌方以外的其他主体处购进商品，或者经销商将其授权经销的商品销售给授权经销渠道以外的第三方或者在授权经销渠道以外的渠道进行销售。

2、窜货引发的不利后果

不同的销售渠道对于品牌有不同的营销价值，进而品牌方会对不同渠道采取价格、数量等方面的差异政策。经销商可能为了赚取更高的买进-卖出差价、消化库存、谋取返利或者抢占市场而主动实施窜货，也可能由于未能有效监管下辖经销商而导致授权经销渠道中出现窜货现象。而一旦发生窜货，会使商品跨渠道销售，扰乱品牌方的商品管理秩序，甚至可能由于销售混乱而损害品牌形象。

3、窜货管理的手段

在实践中，品牌方往往通过产品手段、人员手段和法律手段等多种方式来管控商品流向，通过产品技术编码来保证货物流转中的一码一物，通过向经销商派驻人员来加强监督，通过设置违约责任来限制窜货行为。产

品手段和人员手段是从管理角度防范窜货，违约责任的设置则是构筑起防范窜货行为的屏障。

（二）窜货管理的法律风险分析

1、窜货条款

品牌方与经销商的经销合同通常会单独列明窜货条款来限制窜货行为，而一个完整的窜货条款理应由窜货的定义以及相应违约责任所构成。

在定义方面，窜货包括买进和卖出两个层面：（1）经销商向品牌方以外的其他主体购买经销商品的行为；（2）经销商将其经销的商品销售给授权经销渠道以外的第三方的行为或者将其经销的商品在授权经销渠道以外的渠道销售的行为。同时，在分销模式中，经销商获得的授权范围还涵盖可以发展下级经销商，此时品牌方也会要求经销商对于其下辖经销商承担监管义务，由经销商保证其下级经销商亦不实施窜货。

在违约责任方面，则往往根据窜货行为的严重程度设置相应的违约责任，窜货行为的严重程度往往通过行为次数、数量、金额等角度来判评，相应的违约责任则包括但不限于停止窜货、回购商品、支付违约金、没收保证金、取消销售奖励、乃至取消经销授权、解除合同等等。

2、窜货条款的法律效力

尽管窜货条款在品牌方经销渠道管理中相当普遍，但在司法实践中，仍然存在司法机关基于公平原则而否认法律效力的情形。

窜货行为可以分为可归因于经销商和不可归因于经销商两种，对可归因于经销商的窜货行为设置合理的违约责任，通常不存在违背公平原则的疑虑。但是，如果将不可归因于经销商的窜货行为也全部纳入当事人经销合同调整范畴、并且由经销商承担严苛的违约责任，所涉条款可能存在效力问题。

比如，在上海某生物技术有限公司与李某某其他合同纠纷上诉案中^[1]，涉案合同约定“不管货品由谁或以怎样的方式被销往乙方经销区域以外，只要销售价格为市场价格的 50% 到 65% 之间的，应视为乙方窜货”，二审法院认为该条款免除了品牌方对此类销售行为系经销商所为的举证责任，排除经销商的抗辩权利，将窜货一律归咎于经销商，与民法关于个体独立、自己责任的基本原则，以及合同当事人地位平等原则存在冲突，最终以显失公平为由判决撤销相应条款。

可见，如果将授权经销渠道中的所有窜货情形不加区分地直接由经销商承担责任，可能引起法院进一步考量相关条款在当事人之间的公平性，

[1] 案号为(2010)沪一中民四(商)终字第1354号。

包括但不限于经销商对于授权经销渠道是否承诺了管理义务、品牌方是否给予了经销商额外的利益和支持等等。

而在分销渠道中，经销商获准在授权经销渠道中发展次级经销商，经销商对于下辖经销商进行监管当属应有之意，此时品牌方要求经销商保证其下辖经销商同样遵守窜货条款并对下辖经销商的窜货行为承担责任也无可厚非，如此，双方合同中往往约定，若次级经销商出现窜货，则视同经销商窜货，由经销商向品牌方承担相应的违约责任，再由经销商向其下辖经销商追偿。^[2]

3、窜货行为的举证责任

在法律效力之外，司法实务在适用窜货条款时的焦点问题也集中于举证责任上。在追究经销商窜货责任的纠纷中，即便窜货条款有效，品牌方或上级经销商也可能由于举证不足而无法追究窜货方的法律责任。实践中亦存在品牌方对经销商作出窜货处罚后，经销商反过来起诉请求品牌方返还被罚款项的情形。比如，在临猗县某商贸有限公司诉某集团贸易股份有限公司合同纠纷案中^[3]，一审法院即以品牌方未能举证证实经销商有窜货行为的理由之一，而支持了经销商请求返还窜货罚款的诉请。

当事人在合同中约定了窜货条款并非一劳永逸地解决了窜货责任，如果出现纠纷，品牌方或者上级经销商在向窜货方追究违约责任时需要承担举证责任，前文所提到的产品管理、人员管理等过程中所形成的信息和材料，即可作为证据用以证实窜货方实施了合同约定的窜货行为，同时，被诉方也可以运用经营管理中所形成的材料来证明己方是否尽到了合同约定的管理义务，由司法机关在查明事实的基础上进行法律责任的判定。

4、窜货管理的垄断风险

在我们所检索的民商事案例中，司法机关暂未将上下游经销商之间的窜货条款认定为垄断行为。比如在连云港某电子有限公司与于某某买卖合同纠纷二审民事判决书中^[4]，涉案条款约定“乙方不得随意窜货到其它区域，如果甲方发现乙方在其他门店或区域销售某智能手机，将直接全部扣除保证金并终止合作”，二审法院认为，此对窜货的禁止是上级经销商对其内部经营的调控与管理，并非是与其他经营者达成的排除、限制竞争的协议，并非垄断行为。同样地，在曹某某与南京某商贸有限公司特许经营

[2] 在曹某某与南京某商贸有限公司特许经营合同纠纷上诉案【(2013)宁商终字第749号】中，经销商以下辖经销商窜货而致使其向品牌方承担了违约责任为由，起诉请求下辖经销商赔偿经济损失，二审法院查明认定下辖经销商存在窜货，导致经销商因违约而致损失，最终判决支持经销商的诉请。

[3] 案号为(2014)临商初字第10号。

[4] 案号为(2015)连商终字第00373号。

合同纠纷上诉案中^[5]，二审法院认为涉案窜货条款仅为上下游经销商对市场、价格等所做约定，不足以符合《反垄断法》规定的禁止性情形。

但是，窜货条款并非全无垄断风险。在行政处罚案例中，执法机关往往将窜货管理作为当事人固定和限定价格的一种手段。比如，在执法机关所查处的某药业集团有限公司纵向垄断协议案^[6]、某集团股份有限公司纵向垄断协议案^[7]中，执法机构均查明并认定当事人通过窜货管理等手段来实施了固定和限定价格的垄断协议的行为。

实际上，在线下渠道中，窜货管理所对应的法律术语是地域限制，经销商承诺不向其他未授权的经销区域销售商品。值得关注的是，汽车行业和原料药行业均已出现专门针对地域限制的反垄断监管要求。2019年1月4日发布的《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》中，第六条第（四）项“地域限制和客户限制”列明了地域限制可以推定适用《反垄断法》第十五条和不能适用《反垄断法》第十五条的具体情形，考量因素包括是否具有显著市场力量、是否具有经济效率和正当化的理由、是否限制竞争、导致高价并减少消费者选择等等。而刚刚于2021年11月15日发布的《国务院反垄断委员会关于原料药领域的反垄断指南》第七条第二款则更明确地指出“原料药经营者实施地域限制或者客户限制，可能构成《反垄断法》第十四条禁止的垄断协议行为”。

（三）提示与建议

窜货管理是品牌方管理经销渠道的重要手段，有序的产品销售秩序在一定程度上也有助于提升经销效率，促使经销商愿意为了提升销量而在授权经销渠道中进行投资，因此，我们提示品牌方在实施窜货管理时注意以下三项内容，以实现商业合作的共赢：

（1）注意窜货条款在当事人之间权利义务的对等，避免因显失公平而导致法律效力被否定。品牌方可以要求经销商对于可归因于经销商的窜货情形承担违约责任；如果品牌方要求经销商对于授权经销渠道中的所有窜货情形一律承担违约责任，则尽量在合同中约定经销商对于授权经销渠道的管理义务，并酌情在其他合作层面给予经销商一定的利益支持。

（2）存留实际履行中的原始信息和材料，一旦陷入纠纷，品牌方或者上级经销商需要举证证实窜货方实施了窜货行为，而被诉的经销商并非全然被动，也可以举证证明己方是否履行了合理的注意和管理义务。

（3）在一定程度上关注窜货管理的垄断风险，如果品牌方在相关市场上占据重要份额，则窜货管理可能被执法机关纳入实施垄断行为的考量范

[5] 案号为(2013)宁商终字第749号。

[6] 案号为国市监处〔2021〕29号。

[7] 案号为浙市监案〔2021〕4号。

围。

二、价格管理

(一) 价格管理的手段和形式

窜货管理往往是品牌方为了落实差异价格政策而划定经销商的特定经销渠道，比之于此，更为直接的价格管控手段则是价格管理。

价格管理手段，通常包括品牌方固定了经销商向第三方转售商品的价格或者是限定了向第三方转售商品的最低价格（此两种手段以下统称为“限制价格”），并且得到实际执行，或者品牌方仅向经销商提供建议指导价。不过，品牌方提供建议指导价也可能会落入限制价格，比如，若品牌方对经销商设定了转售建议指导价，同时对于经销商执行或违背建议指导价设定了奖惩措施，进而建议指导价被多数或全部经销商所执行，则实质效果上等同于固定了转售价，进而也可能属于限制价格。

价格管理的形式则多种多样，品牌方可能在合同、价格政策、价格通知、电子邮件、经销商管理政策等文件中制定并落实价格管理制度，也可能只是通过微信、电话、会议等口头方式执行价格管理。

(二) 价格管理的主要法律风险

尽管价格管理手段有助于防范同品牌经销商之间开展恶性价格竞争，但是限制价格手段排除了经销商的经营自主权，也可能产生了排除、限制竞争的影响，在垄断层面引发的法律风险不容忽视。尤其是，就行政机关所查处的行政处罚案件中，固定向第三人转售商品的价格及限定向第三人转售商品的最低价格这两种协议，通常本身即被认定为垄断协议，除了经营者通过提交证据进行抗辩予以推翻外，无须执法机构对协议是否符合“排除、限制竞争”这一构成要件承担举证责任。^[8]

而在当事人之间，限制价格条款也容易引发涉诉风险。一方面，此类条款可能由于违反《反垄断法》强制性规定而被认定为无效，进而无法约束当事人，品牌方还可能需要就其制定和实施垄断协议的行为对经销商造成的损失承担赔偿责任。^[9]此外，在实践中，也存在经营者以此类限制价格条款构成不正当竞争为由，对合同相对方提起不正当竞争之诉。^[10]

[8] 最高人民法院第一巡回法庭编著：《最高人民法院第一巡回法庭行政主审法官会议纪要（第1卷）》，中国法制出版社2020年8月。

[9] 在公报案例北京某科贸有限公司诉某品牌上海医疗器材有限公司、某品牌中国医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷案中【(2012)沪高民三(知)终字第63号】，二审法院即认为涉案限制最低转售价格协议属于反垄断法所禁止的垄断协议，并判决品牌方就其制定和实施垄断协议的行为对经销商造成的损失承担赔偿责任。

[10] 在深圳某生物医疗电子股份有限公司与A公司不正当竞争纠纷一审民事裁定书中【(2015)深中法知民初字第796号】，A公司许可该生物公司使用某项技术，该生物公司以A公司在交易中

(三) 提示与建议

尽管品牌方对于价格管理存在一定的商业诉求，但在实施过程中会引发较大的法律风险，建议品牌方采取合理的价格管理手段，避免违法风险：

(1) 避免固定经销商向第三方转售商品的价格或者是限定向第三方转售商品的最低价格，也避免通过限定经销商的利润率、限制商业折扣等方式变相限制价格，警惕触碰法律红线。

(2) 建议向经销商提供的价格指引中标注“推荐价格”、“建议价格”或者“指导价格”，同时避免采用“规定销售价格”、“最低销售价格”、“销售价格不得低于”等高危词汇。

(3) 如果对于经销商施加奖励或者惩罚，建议相关奖惩措施与经销商执行价格指引相分离，避免将经销商是否执行商品指引与奖惩措施直接绑定或对应。

(2021 年 11 月)

实施搭售、限制价格及其他限制竞争的行为为由，向 A 公司提起不正当竞争之诉。

知识产权跨境交易中不可忽视的审查环节

马成龙、杨佩峰

引言

自 2018 年 3 月美国基于对我国发起的“301 调查”结果而对从我国进口的商品大规模加征关税以来，中美贸易战已持续三年时间，而 2021 年 4 月，美国贸易代表办公室（USTR）发布 2021 年版《特别 301 报告》，仍将我国列入“重点观察国家”名单，这意味着知识产权将是未来中美贸易战中长期的争议焦点。

在技术进出口贸易中，涉及知识产权转让的情况日益增多。2020 年 1 月至 11 月，我国知识产权使用费出口额为 74.7 亿美元，同比增长 24.2%^[1]。知识产权的对外转让不仅关涉当事人的商业利益，在某些关键领域甚至影响国家安全。有鉴于此，国务院办公厅于 2018 年 3 月公布了《知识产权对外转让有关工作办法（试行）》（国办发〔2018〕19 号；以下简称“《办法》”），系统梳理了知识产权对外转让的审查机制。于交易主体而言，这一审查已经与转让合同的效力、转让行为的履行相挂钩，是交易中不可忽视的环节。不过，知识产权对外转让审查机制并非骤然出现，而是可以在既有的技术出口审查制度中找到源头。

一、技术出口审查制度

我国的技术进出口监管体系主要由《对外贸易法》和《技术进出口管理条例》（国务院令第 732 号；以下简称“《条例》”）两部法规所构建。

《对外贸易法》为国家对有关技术进出口进行限制或禁止设定了上位法依据，《条例》则具体规定了技术进出口审查机制。

1、审查的技术范围

从技术角度，根据《条例》相关规定，技术出口分为自由、限制和禁止三类，其中，自由类技术可以在我国自由进出口，只是对合同实行登记管理；限制类技术进出口需要申请许可证，而禁止类技术则禁止在我国进出口。限制类和禁止类出口技术的具体明细规定在商务部、科技部所公布的《中国禁止出口限制出口技术目录》中。2020 年 8 月，商务部、科技部对目录内容进行了部分调整，以适应技术出口管理的新形势和新要求。

2、审查的行为方式及范围

顾名思义，技术出口是指从我国境内向我国境外转移技术。根据《条例》的规定，凡是涉及向境外转移技术，无论是采用贸易、投资抑或其他

[1] 参见《我国企业海外知识产权布局能力进一步增强》，http://www.gov.cn/xinwen/2021-02/25/content_5588811.htm，2021 年 8 月 20 日访问。

合作方式，均需遵守此条例。并且，技术转移的行为也并未受限，包括专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务和其他实质上产生技术转移效果的形式。

3、审查流程

- 步骤一：当事人需向省级商务主管部门申请技术出口许可意向书，经省级商务主管部门进行贸易审查、省级科技行政主管部门进行技术审查后再由相关领导作出批准或者不批准决定。
- 步骤二：出口申请获得批准后，当事人将取得《技术出口许可意向书》，此后交易相关方方可进入实质性谈判并签订技术转让合同。
- 步骤三：在技术转让合同签署后，当事人需向省级商务主管部门申请技术出口许可证，由政府部门进行真实性审查后作出许可或者不许可决定。

二、知识产权跨境交易的专门审查机制

《办法》专门规定了对涉及国家安全的知识产权对外转让进行审查的机制。一方面，这一机制主要依托于前述既有的技术出口审查制度，将相关审查工作交由知识产权管理部门负责。另一方面，除了技术出口，在外国投资者并购境内企业安全审查程序中，涉及知识产权对外转让时也需遵照《办法》规定进行专门审查。

1、审查的知识产权范围

在技术出口和外国投资者并购境内企业的活动中，《办法》规定所需专门审查的知识产权范围较为狭窄，包括专利权、集成电路布图设计专有权、计算机软件著作权、植物新品种权四类及其申请权。前列权利均属可以通过向主管部门申请办理登记而取得权利或者权利证明的类型。

2、审查的行为方式及范围

《办法》着眼于知识产权的最终归属而规定了需要审查的行为方式，中国主体将其境内知识产权转让给外国主体，包括权利人的变更、知识产权实际控制人的变更和知识产权的独占实施许可，均构成知识产权对外转让，均被列入专门审查范围。

3、审查流程

基于知识产权对外转让的不同模式，《办法》分别规定了技术出口和外国投资者并购境内企业中涉及的知识产权对外转让审查流程。

（1）技术出口中涉及的知识产权对外转让

在技术出口中，不同知识产权权利类型将转至不同的知识产权主管部门进行审查：

- 当出口技术属于限制类技术并且涉及专利权、集成电路布图设计专

有权的，在上述技术出口的审查流程中，由省级商务主管部门将材料转至省级知识产权管理部门进行技术审查。

- 当出口技术属于限制类技术并且涉及计算机软件著作权的，则由省级商务主管部门和科技主管部门进行审查。
- 植物新品种权的对外转让流程则与上述三项知识产权有所区别，根据《植物新品种保护条例》（2014修订）规定，只有国务院农业、林业主管部门拥有审批权限、按照职责分别审批。

（2）外国投资者并购境内企业安全审查中涉及的知识产权对外转让

根据《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度》【国办发〔2011〕6号】，当外国投资者并购的境内企业属于安全审查范围时^[2]，需在安全审查程序中对知识产权对外转让进行专门审查。

在这一程序中，如果涉及知识产权对外转让，外国投资安全审查机构^[3]需根据拟转让知识产权的类别将有关材料转至相关主管部门征求意见，再由外国投资安全审查机构参考主管部门的书面意见书作出审查决定。涉及专利权、集成电路布图设计专有权的，由国务院知识产权主管部门负责作出书面意见书；涉及计算机软件著作权的，由国家版权主管部门负责；涉及植物新品种权的，由国务院农业主管部门和林业主管部门按职责分别负责。

值得注意的是，《外商投资安全审查办法》（国家发展和改革委员会、商务部令2020年第37号）已经自2021年1月18日起施行，落入外商投资安全审查的外商投资类型包括：（1）外国投资者单独或者与其他投资者共同在境内投资新建项目或者设立企业；（2）外国投资者通过并购取得境内企业股权或者资产；（3）外国投资者通过其他方式在境内投资。这意味着所有外商投资类型均可能受到安全审查，因此，除了外国投资者并购境内企业之外，设立合资企业过程中如中方以技术或知识产权出资的，是否属于知识产权对外转让进而需要专门审查将会是外商投资安全审查制度完善与落实过程中的重要内容。

[2] 根据《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度》【国办发〔2011〕6号】规定，外国投资者并购境内企业安全审查的范围为：外国投资者并购境内军工及军工配套企业，重点、敏感军事设施周边企业，以及关系国防安全的其他单位；外国投资者并购境内关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造等企业，且实际控制权可能被外国投资者取得。

[3] 据《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度》【国办发〔2011〕6号】规定，外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议具体承担并购安全审查工作。《外商投资安全审查办法》（国家发展和改革委员会、商务部令2020年第37号）施行后，系由外商投资安全审查工作机制办公室承担外商投资安全审查工作。

三、违反知识产权跨境交易审查机制的法律责任

《办法》并非法律或者行政法规，无法对违反知识产权对外转让审查机制的行为创设刑事或行政责任。就相关违法后果，如果涉及技术出口，则适用《条例》的相关规定；如果属于外国投资者并购境内企业，则适用《外商投资安全审查办法》的相关规定。

1、技术出口程序中的法律责任

根据《条例》及《刑法》规定，违规出口可能面临如下行政及刑事责任。

- 出口禁止类技术或者未经许可擅自出口限制类技术的，依法追究刑事责任，涉及罪名主要有走私罪、非法经营罪、泄露国家秘密罪；如无法达到入刑标准的，根据不同情况，依照海关法有关规定处罚，或者由商务部给予警告，没收违法所得，处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款；商务部可以撤销其对外贸易的经营许可。
- 擅自超出许可范围出口限制类技术的，依法追究刑事责任，涉及罪名主要是非法经营罪；如无法达到入刑标准的，根据不同情况，依照海关法有关规定处罚，或者由商务部给予警告，没收违法所得，处违法所得 1 倍以上 3 倍以下的罚款；商务部可以暂停甚至撤销其对外贸易的经营许可。

2、外商投资安全审查程序中的法律责任

根据《外商投资安全审查办法》规定，如果当事人未依法申报即实施投资，将会遭受以下惩戒措施：

- 首先，由外商投资安全审查工作机制办公室责令限期申报；
- 其次，当事人仍拒不申报的，责令限期处分股权或者资产以及采取其他必要措施，恢复到投资实施前的状态，消除对国家安全的影响。
- 同时，当事人未依法申报的行为将作为不良信用记录纳入国家有关信用信息系统，并按照规定被联合惩戒。

四、合同的效力情形

前述审查制度不仅决定交易能否顺利完成，而且直接影响相关交易合同的法律效力。因此，在前述可能承担的行政或刑事责任之外，不能忽视任一审查环节，否则可能导致交易受阻。

1、审查制度所影响的合同范围

根据上述审查范围，合同形式包括专利权转让合同、专利申请权转让合同、专利实施许可合同、技术秘密转让合同和技术服务合同以及以其他方式进行技术出口而订立的合同，此类合同的效力均会受到审查制度的影响。

2、合同的效力

自由类技术的技术出口合同应当进行备案，当然，备案与否与合同效力并不挂钩。限制类技术的技术出口合同，自技术出口许可证颁发之日起生效。而禁止类技术的技术出口合同，由于违反行政法规的强制性规定，应属无效合同。

3、合同无效的责任承担

一般而言，在合同无效的情况下，当事人应当返还因该合同取得的财产；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。过错方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方均有过错的，应当各自承担相应的责任。

而根据相关司法解释，在技术出口合同无效的情况下，如果技术转让合同让与人、技术许可合同许可人、技术咨询合同和技术服务合同的受托人已经履行或者部分履行了约定义务，并且是由于相对方的过错造成合同无效的，对其已履行部分应当收取的技术使用费、提供咨询服务的报酬，可以从相对方处获得赔偿。

此外，在技术出口合同无效的情况下，如果已经存在因履行合同而完成的新技术成果或者后续改进技术成果，其权利归属和利益分享将成为争议焦点问题，如果当事人不能重新协商确定，法院可以判决由完成技术成果的一方享有。

五、总结

习近平总书记于 2021 年 1 月在《求是》发表的《全面加强知识产权保护工作激发创新活力推动构建新发展格局》中所指出的，知识产权对外转让要坚持总体国家安全观。涉及知识产权跨境交易的审查是企业在国际贸易中不可忽视的环节，交易模式的设计以及协议效力与实际履行均与之相关。如果交易涉及知识产权出口或者并购交易是以知识产权资产为主要标的，建议企业自身做好准备，主动评估是否属于审查监管范围，全面谨慎地履行法定义务，以便顺利完成交易。

（2021 年 8 月）



政府监管与合规

2025 年国际贸易行业发展与合规综述

许静、张国豪、王希

一、全球贸易格局与监管趋势

2025 年，全球贸易在地缘政治博弈与多边规则深度重构的双重驱动下持续演化。中国货物贸易进出口总值预计突破 41 万亿元人民币，同比增长 3.6%。高附加值产品出口占比首次超过 60%，劳动密集型产品份额降至 15% 并持续下行。东盟与中国双边贸易额同比增长 8.5%，欧盟增长 5.4%，稳居前两大贸易伙伴；受美国加征关税影响，对美出口同比下降 16.9%，倒逼企业加速推进市场多元化战略。

服务贸易规模同比增长 7.5%，知识密集型服务出口占比突破 40%。电信、云计算、人工智能训练等数字服务出口占比升至约 30%；跨境旅行服务随商务及旅游活动恢复，出口同比激增 52%。跨境电商全年交易额首次突破 12 万亿元人民币，B2B 模式占比达 70%。尽管面临物流成本上升、目的国关税政策收紧、生产者责任延伸制度（EPR）义务加重及数据本地化合规压力，头部平台仍保持强劲增长，但中小卖家承压明显，行业分化加剧。

监管体系整体呈现“数字化、绿色化、安全化”三重演进路径。中国“单一窗口”系统已集成区块链与隐私计算技术，天津海关平均通关时效由 72 小时压缩至 6 小时，出口退税周期由 30 日缩短至 3 日；上海“沪关 e 单通”实现 7×24 小时秒级申报，覆盖企业逾 1.6 万家。与此同时，国际监管协同性显著增强，合规要求从边境向供应链前端延伸，执法手段更趋智能化、联动化。

二、出口管制与两用物项合规

出口管制已成为 2025 年国际贸易合规的最大变量。商务部《两用物项出口管制条例》全面施行后，海关与商务主管部门实现许可证信息实时联网核查，对军民两用芯片、高端传感器、特种材料等敏感物项实施 100% 单证比对与实物抽验。对于未申领出口许可证、HS 编码申报错误、最终用户声明（End-User Statement）内容不实等情形，海关有权当场暂扣货物并移交地方商务执法机构处理，企业可能面临最高达货值 10 倍的行政罚款及三年内禁止从事相关进出口活动的“双罚”后果。

中国海关已加入“澳大利亚集团”（Australia Group）数据交换机制，与美、欧、日、韩、新加坡等 15 国建立高风险最终用户名单实时共享机制。集装箱货物在装船前即需完成“物项—最终用户—航线”三重交叉比对。2025 年上半年，因“最终用户存疑”被退运或扣押的出口货值同比上升 42%，光伏组件、化工中间体、碳纤维制品为高频涉案品类。

出口管制合规状况已直接纳入企业海关信用等级评定体系：AE0 高级认证企业若因两用物项违规被降级，将同步丧失“先放后检”、低查验率、优先退税等通关便利措施。尤为关键的是，未经许可出口国家禁止或限制出口的物项，若达到刑事立案标准，相关责任人可能被依法追究刑事责任。

在此“即时核查+全球名单联动+信用连坐”的新型执法模式下，企业在贸易磋商阶段即开展全流程合规前置评估，包括但不限于：

- (1) 物项识别（对照《中国禁止出口限制出口技术目录》《两用物项和技术出口许可证管理目录》等动态清单）；
- (2) 许可证必要性研判；
- (3) 最终用户与最终用途尽职调查（含穿透式股权结构核查）；
- (4) 申请海关预裁定（Advance Ruling）以锁定商品归类、原产地及监管条件。

三、数据跨境与个人信息保护合规

2025 年随着电信、云计算、AI 训练等知识密集型服务业务的快速增长，数据出境的频次与颗粒度显著提升，企业需处理的数据场景从单一的订单信息扩展至复杂的算法模型与生物识别数据。

另一方面数据治理监管强度在 2025 年显著提升，呈现“多法域叠加、执法高频、处罚严厉”特征，可以说监管执法已进入“深水区”。欧盟依据《通用数据保护条例》(GDPR) 对某头部跨境电商平台处以 5.3 亿欧元罚款；韩国对多家平台合计处罚 33 亿韩元；中国监管部门查处某跨国时尚品牌违规向其法国总部传输用户个人信息，并对上海某银行因跨境数据传输安全漏洞处以 184 万元罚款。

面对“多法域叠加、执法高频、处罚严厉”的外部环境，我们建议企业应考虑并采取以下策略：

1、建立全链路数据资产地图，落实分级分类管理：

针对跨境电商及数字服务企业，需对高频流转数据进行盘点。建议依据业务场景（如 AI 训练、跨境支付、售后服务）建立数据出境清单，明确数据来源、处理目的及出境路径，从源头降低违规风险。

2、严格履行出境程序义务，规避“红线”风险：

吸取跨国时尚品牌被查的教训，中国企业在向境外（特别是欧盟、东盟等主要市场）传输数据前，必须进行数据风险评估，一旦触发相关出境审批义务，必须根据相关义务的触发阈值，严格履行数据出境安全评估申报或签署标准合同并完成备案。

3、强化技术安全底座，防范传输漏洞

数据合规不仅仅停留在政策文件上，更是技术的全方位的应用。企业在数据传输环节部署端到端加密、去标识化等隐私计算技术。对于云服

务与 AI 训练数据，应建立隔离环境，确保数据在跨境传输过程中的机密性与完整性，防止因技术原因导致的数据安全事件，从而引起连锁反应式的合规义务和监管关注。

4、实施差异化区域合规战略：

随着出海市场的多元化，企业需关注并建立除欧盟和英美外其他法域的差异化合规体系。对欧业务需重点关注 GDPR 的长臂管辖与高额罚款风险；对东盟业务则需关注东盟各国当地逐步完善的数据保护要求，建立体系化但兼具灵活和弹性的数据治理架构，支撑市场多元化战略的平稳落地。

四、跨境电商税务与跨境资金支付合规

2025 年，跨境电商监管全面转向“平台报送+资金穿透+税务闭环”模式。根据国家税务总局 2025 年第 15 号公告及国务院第 810 号令，2025 年 7 月起，所有向中国卖家提供经营服务的境内外平台（包括亚马逊、Shopee、TikTok Shop、Temu 等）须按季向税务机关报送卖家身份信息、交易总额、净收入及平台费用等数据，金税系统再将该数据与企业自行申报的增值税、所得税自动比对。2025 年 10 月各平台第一次数据报送后，已经有大量电商商户因申报销售收入少于互联网平台报送收入收到税务局短信提醒，甚至多次收到短信提醒。

在资金端，跨境资金池全国推广后准入门槛降低 40%，但外管局同步强化真实性审核：

- 资金收支须对应真实贸易背景，合同、发票、物流、收付款主体一致；
- 严禁通过资金池进行加密货币、NFT 或变相换汇操作；
- 异常交易（如快进快出、收款方不符）将导致账户冻结并启动反洗钱调查。

主流支付机构（如 PayPal、PingPong、Airwallex 等）已强制接入 OFAC、欧盟及中国制裁名单系统，实时筛查交易对手。一旦匹配高风险实体，交易即时拦截，账户可能被永久关闭。同时，美国拟取消 800 美元免税政策，欧盟及东南亚多国强化平台代扣 VAT 义务，进一步压缩低报、拆单等灰色操作空间。

企业须确保：

- 店铺年交易额超 10 万元须依法办理市场主体登记）；
- 收入全额申报，年应税销售额达 500 万元须登记为一般纳税人；
- 资金通过持牌通道或备案资金池收付，杜绝个人账户或多层转账。

建议构建“平台—税务—资金—合同”四流合一的合规体系，定期开展税务健康检查与资金流向审计，防范因数据报送偏差、支付拦截或外汇违规引发的系统性风险。

五、知识产权与合同履约风险防控

合同纠纷与知识产权风险同步攀升。中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)2024年受理涉外案件758件，争议金额达811亿元人民币，均创历史新高。中美部分商品关税一度加征至100%以上，触发大量价格调整、供应链重组及不可抗力条款重谈需求。企业普遍在新签合同中增设“政府行为、法律变更、关税政策变动”等兜底条款，并援引《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)第79条或《民法典》第533条情势变更原则主张免责或重新协商。

东南亚地区商标恶意抢注案件同比增长15%。RCEP协定知识产权章节已将“三步检验法”适用范围扩展至录音制品与表演者权，明确要求缔约方规制恶意商标注册并建立地理标志协同保护机制。企业亟需构建覆盖目标市场的专利组合，完善FRAND许可谈判策略，并部署多元争议解决机制(ADR)，包括行政异议、仲裁与调解联动。

建议企业在进入新市场前，提前完成商标、外观设计、域名及版权登记，并加入国家海外知识产权纠纷应对指导中心，以在6个月内高效完成抢注撤销与索赔程序。

六、争议解决机制的结构性升级

2025年，国际贸易争议呈现“高标的、多法域、强执行”特征。除传统诉讼与仲裁外，以下趋势值得关注：

- **仲裁条款精细化：**主流合同普遍约定适用CIETAC、HKIAC或SIAC规则，并明确约定仲裁地、语言、适用法律及紧急仲裁员程序；针对RCEP区域交易，越来越多企业选择新加坡或昆明作为中立仲裁地；
- **电子证据规则成熟化：**UCP600修订版正式承认电子提单、电子发票及区块链存证的法律效力，大幅降低单证不符风险；
- **执行联动机制强化：**中国法院依据《纽约公约》及双边司法协助条约，对境外胜诉裁决的承认与执行效率显著提升；同时，通过“一带一路”国际商事法庭，提供“调解—仲裁—诉讼”一站式争议解决服务；
- **ESG争议兴起：**因碳排超标、供应链劳工问题或绿色承诺未兑现引发的合同终止与损害赔偿案件开始进入仲裁视野，部分仲裁庭已引入独立ESG专家证人制度。

企业应在合同签署阶段即嵌入多层次争议解决条款，例如“协商—调解—仲裁/诉讼”阶梯机制，并预先评估目标国裁决可执行性，避免“赢了仲裁、输了执行”。

七、绿色贸易与 ESG 合规新要求

绿色合规已从自愿倡议转为强制义务。欧盟碳边境调节机制（CBAM）于 2025 年底结束过渡期，自 2026 年起正式征税，水泥、钢铁、铝、化肥、电力及氢六大行业须按季度报送经第三方核验的碳排放数据，免费配额逐年递减并于 2035 年归零。越南、印尼、泰国等新兴市场亦相继实施光伏产品碳足迹标签制度、新能源项目环境影响评估（EIA）要求及绿电补贴挂钩机制。

企业须将碳核算、绿电溯源纳入常态化合规流程，并对接 IFRS S2、欧盟 CSRD 等披露标准。部分光伏、风电、氢能企业已在境外项目合同中设置“碳排放强度超标即构成根本违约”条款，并同步对接 CBAM 数据库与绿色信贷利率优惠机制，以保障绿色收益闭环。

法律服务层面，已形成“碳合规—绿色融资—绿色仲裁”三位一体新模式，客户需求包括协助完成碳排数据治理、绿色项目融资结构设计，并在争议解决条款中嵌入碳绩效指标，确保环境承诺具有可执行性。

八、法律服务方向

2025 年，国际贸易法律服务呈现三大核心趋势：

1、争议复杂性与标的额倍增：融合动态调价、不可抗力弹性条款、CISG 适用、电子交单规则及原产地智能判定的复合型合同架构成为标配；

2、合规全面前置：法律介入节点从履约争议后移至交易结构设计前端，涵盖出口管制筛查、数据治理、税务筹划、支付与资金合规、知识产权布局及 ESG 义务；

3、跨域协同能力成为核心竞争力：律所需整合出口管制、数据合规、知识产权、绿色金融、跨境税务、争议解决等专业团队，提供一体化、可落地的全链路合规解决方案。

综上，国际贸易合规已进入“规则密集、执法联动、责任穿透”的新阶段。法律服务正在超越传统咨询范畴，向“全链路合规运营伙伴”转型，能够在交易架构设计、数据治理、出口管制筛查、绿色合规、跨境争议预防与解决等维度提供一体化、前瞻性、可执行的法律解决方案，切实护航企业全球化经营，才是法律服务机构的核心竞争力所在。

（2025 年 12 月）

2025 年电商行业发展及合规综述

许静、张国豪、王希

2025 年，中国电子商务行业在持续扩张的同时，合规监管体系的系统性重构也在同步推进，监管逻辑进一步由“事后处罚”向“事前预防、事中监控、事后追责”的全周期治理模式演进。依托大数据、人工智能等技术，行政机关穿透式、智能化、跨部门协同监管能力不断增强。本报告简要梳理电商及跨境电商行业年度发展情况，及行业在税收征管、数据安全、广告营销、消费者权益、平台治理、跨境出口等方面合规要求变化并加以分析，为市场参与主体提供可操作的合规建议。

一、行业发展与变化现状

据国家统计局及商务部公开数据，2025 年前三季度，全国电子商务交易额达 46.8 万亿元，同比增长 9.3%；网络零售额 13.2 万亿元，同比增长 7.8%；跨境电商交易规模首次突破 6 万亿元，同比增长 14.5%。行业增长动能由流量红利驱动转向供应链效率提升、本地化服务能力优化及 ESG 价值创造。技术应用持续深化，消费体验简化、价格透明化、品质保障机制化成为主流趋势。上述发展态势为监管制度的精细化设计提供了现实基础，亦对合规体系建设提出更高要求。

二、投融资与资本动态

2025 年，资本市场对电商领域的投资趋于理性，更关注企业合规架构的完整性与可持续性。跨境服务商中，营销技术、智能物流等具备明确数据合规路径的细分赛道获得较多关注。大型平台企业普遍实施战略聚焦，剥离非核心线下资产，回归电商主航道。受境内外证券监管趋严影响，拟上市企业需就税务合规、数据出境、关联交易等事项接受更为严格的问询与核查，合规瑕疵已成为 IPO 实质性障碍。

三、政府监管与合规要求变化

（一）税收监管：构建“全链条、穿透式”征管闭环

2025 年，税务监管制度发生根本性变革，以《互联网平台企业涉税信息报送规定》（国务院令第 810 号，2025 年 6 月 20 日施行）为核心，辅以国家税务总局《关于规范电子商务经营者税收管理的公告》（2025 年第 15 号、第 17 号），形成覆盖收入确认、主体登记、出口退税、反避税调查的全链条监管体系。

第一，平台报送义务法定化。

《互联网平台企业涉税信息报送规定》明确：凡在中国境内开展经营活动的互联网平台企业，包括境外平台在境内设立运营实体或虽无实体但实际面向中国用户提供服务的，均负有按季度向主管税务机关报送平台内经营者及从业人员身份信息与收入信息的法定义务。报送内容包括但不限于：统一社会信用代码或身份证号、注册地址、联系方式、当期订单数量、销售额（含增值税）、退款金额、平台佣金比例、净收入等交易明细。

第二，“收入总额”定义具象化，排除费用扣除。

新规定义的“收入总额”系指平台内经营者在当期因网络交易活动取得的全部经济利益总和，包括货币与非货币形式，不扣除平台补贴、政府补助、支付机构返佣、平台服务费、物流成本等任何支出项目。此定义与《企业所得税法》第六条“收入总额”概念保持一致，彻底否定以“净收入”作为纳税申报基础的惯常做法，构成对历史操作模式的重大调整。

第三，禁止隐匿与拆分收入行为。

国家税务总局在2025年第17号公告中明确禁止通过设立多个店铺主体、使用亲属或员工个人账户收款、频繁变更结算账户等方式人为分割应税收入。一经查实，除依法追缴税款外，可依据《税收征收管理法》第六十三条处以0.5倍至5倍罚款；情节严重构成逃税罪的，依法追究刑事责任。

第四，出口退税审核趋严。

依据修订后的《出口货物退（免）税管理办法》，申请跨境电商出口退税须提供真实、完整的报关单（含9610、9710、9810等模式）、出口合同、物流运单、收汇凭证等四单匹配材料。海关、税务、外汇管理部门已实现数据实时共享，“买单出口”或“无单发货”等非合规出口模式不仅无法享受退税，且可能被认定为走私或骗取出口退税，面临行政处罚乃至刑事追责。

第五，金税系统全面赋能。

金税系统整合多源数据，通过算法模型对电商主体进行风险画像。对于收入申报显著低于平台报送数据、私户收款占比过高、进项与销项严重不匹配等异常情形，系统将自动触发预警并推送至属地税务部门。

（二）数据安全与个人信息保护：从原则宣示到执法落地

在《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》三驾马车构成的基本法律框架下，2025年监管部门通过细化规则与强化执法，推动数据合规从“纸面合规”走向“实质合规”。

第一，数据出境安全评估常态化适用。

根据《数据出境安全评估办法》、《个人信息出境标准合同办法》及其相关配套指南，数据处理者出境特定数量的个人信息（包括敏感个人信息）、

重要数据（如有），应进行评估并根据适用的出境合规流程，选择通过数据出境安全评估的审批、完成标准合同的备案或进行自评估并完成合规整改。跨境电商企业在使用境外云服务器、支付网关（如 PayPal、Stripe）、物流信息系统（如 DHL、FedEx 后台）时，若涉及用户姓名、地址、电话、订单、支付信息等，将被视为对个人信息的出境处理，同时极可能触发相关的出境合规流程。未履行合规前置流程即实施个人信息或重要数据出境的，所面临的行政处罚包括但不限于限期整改、被强制要求审计、罚款（最高可达人民币 5000 万元或上一年度营业额百分之五）可处 100 万元以下罚款；情节严重的，处营业额 5% 以下罚款，并可责令暂停相关业务或停业整顿。

第二，自动化决策与用户画像受限。

《个人信息保护法》第二十四条规定，利用个人信息进行自动化决策（如个性化推荐、动态定价、信用评分），应保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。平台若基于用户历史行为、地理位置、设备类型等因素实施差异化定价，且无法证明其合理性与必要性，可能构成“大数据杀熟”，违反价格公平原则。

第三，Cookie 与追踪技术需明示同意。

参照欧盟《电子隐私指令》(ePrivacy Directive) 执法实践，国内监管部门开始关注未经用户有效同意的自动数据收集行为。强制植入 Cookie、SDK 默认开启、预设勾选授权选项等做法，因不符合“自愿、明确、知情”的同意标准，已被多地网信与市场监管部门列为高风险行为。2025 年已有数起因违规使用追踪技术被处以百万元级罚款的案例。

第四，平台内部治理责任强化。

《网络交易平台收费行为合规指南》（市监网规发〔2025〕7 号）要求平台将数据合规纳入企业合规管理体系，包括：设立数据安全负责人、制定数据分类分级制度、定期开展合规审计、建立用户权利响应机制（如查询、更正、删除、撤回同意）。平台未履行上述管理义务的，可能被认定为“未采取必要措施防止信息泄露”，承担相应行政责任。此外，《大型网络平台个人信息保护管理规定》的征求意见也显示国内监管部门正计划逐步落实《个人信息保护法》等相关法律法规下平台类个人信息处理者的更高更严格的数据合规义务。

（三）广告与营销宣传：虚假与误导行为零容忍

2025 年，市场监管总局联合地方监管部门开展“清朗·电商营销”专项行动，重点整治以下违法行为：

第一，价格欺诈行为明确界定。

依据《明码标价和禁止价格欺诈规定》(国家市场监督管理总局令第 56 号)，虚构原价、先提价后打折、宣称“全网最低价”但无法提供比价依据、展示“30 天最低价”但无真实交易记录支撑等，均被认定为价格欺诈。经营者须保存促销前七日内最低成交价格记录，以备查验。

第二，功效宣称须有科学依据。

普通商品（非药品、医疗器械、保健食品）宣称具有抗菌、防螨、促进血液循环、改善睡眠等功效的，若无法提供第三方检测报告、临床试验数据或权威文献支持，将依据《广告法》第二十八条认定为“以虚假或引人误解的内容欺骗、误导消费者”，处广告费用三至十倍罚款；广告费用无法计算的，处 20 万元以上 100 万元以下罚款。

第三，直播带货主体责任压实。

《网络直播营销管理办法（试行）》进一步明确，直播间运营者、直播营销人员（主播）对其推广的商品或服务负有合理审查义务。明知或应知商品存在质量问题仍作推荐的，依据《消费者权益保护法》第四十五条，需与经营者承担连带责任。

第四，绝对化用语禁用范围扩大。

“国家级”“最佳”“唯一”“顶级”等《广告法》第九条明确禁止的绝对化用语，在电商场景中延伸至“全网销量第一”“史上最低价”“100%有效”等表述。即使附加“截至某日”“在本平台”等限定期词，若缺乏客观、可验证的数据支撑，仍可能被认定为违法。

（四）消费者权益保护：格式条款与履约规则细化

2025 年，《网络交易监督管理办法》配套细则进一步明确平台与经营者的义务边界：

第一，预售规则必须透明。

经营者开展预售活动的，应在商品页面显著位置载明：定金金额、尾款支付截止时间、预计发货时间、逾期未付尾款的处理方式、退换货条件等。不得设置“定金不退”“一经支付尾款概不退货”等排除或限制消费者权利的格式条款，否则依据《消费者权益保护法》第二十六条，该条款无效。

第二，七日无理由退货适用标准厘清。

除《消费者权益保护法》第二十五条明确列举的四类不适用商品（如定制类、鲜活易腐、数字化商品、报纸期刊）外，平台不得擅自扩大排除范围。商品经拆封但不影响二次销售（如试穿未洗涤的服装、未激活的电子产品），消费者仍享有无理由退货权。

第三，投诉响应机制法定化。

平台须在首页、店铺主页、商品详情页等显著位置公示 12315 平台链接、客服电话、在线投诉入口及处理流程，并承诺在收到消费者诉求后 72 小时内予以响应。未履行公示或响应义务的，可依据《电子商务法》第八十一条处以 2 万元以上 10 万元以下罚款。

第四，自动续费服务规范。

提供会员订阅、软件服务等自动续费项目的，须在扣款前至少 5 日通过短信、站内信等显著方式提醒用户，并提供便捷的一键取消功能。未履行提醒义务或设置不合理取消障碍的，构成侵害消费者知情权与选择权。

（五）平台算法治理与公平竞争义务初现

2025 年，监管部门开始将算法纳入反垄断与消费者保护监管范畴：

第一，算法备案试点启动。

部分地区市场监管部门要求日活用户超千万的大型平台就核心算法（如商品推荐、搜索排序、动态定价、信用评分）进行备案，说明其基本逻辑、训练数据来源、公平性保障措施及人工干预机制。

第二，禁止利用算法实施差别待遇。

《反垄断法》修订后明确，具有市场支配地位的经营者不得无正当理由对交易条件相同的交易相对人实施差别待遇。平台若对新老用户、不同地域用户就同一商品展示显著差异价格，且无法证明成本差异或促销策略合理性，可能构成滥用市场支配地位。

第三，平台规则修改程序规范化。

依据《电子商务法》第三十二条及地方实施细则，平台修改服务协议、交易规则、收费标准等重大事项的，应提前不少于 7 日在首页显著位置公开征求意见，说明修改理由，并采取合理措施保障平台内经营者表达意见的权利。未履行程序义务的，修改内容对经营者不发生效力。

（六）跨境电商专项合规要求显著增强

除前述通用规则外，跨境业务还需满足以下特殊合规义务：

第一，出口模式必须合规申报。

通过跨境电商出口的货物，须采用海关总署认可的 9610（B2C 直邮）、9710（B2B 线上交易）、9810（海外仓备货）等监管模式，确保订单、支付单、物流单“三单对碰”真实一致。伪报贸易方式、低报货值、夹藏未申报商品等行为，将依据《海关法》第八十二条按走私论处。

第二，进口商品须符合中国强制性标准。

通过跨境电商进口的商品，虽可享受一定税收优惠，但仍须符合中国关于产品质量、安全、标签、认证等方面的要求。例如，婴幼儿配方奶粉

须有中文标签及注册配方号；家用电器须通过 CCC 认证；化妆品须完成备案并标注全成分。不符合要求的商品，海关可依法退运或销毁。

第三，境外税务代扣代缴义务延伸至平台。

英国、欧盟等司法辖区已立法要求电商平台对第三方卖家在本地销售行为履行 VAT/消费税代扣代缴义务。若平台未履行，税务机关可直接向平台追缴税款及滞纳金。中国跨境电商平台在拓展海外市场时，须评估当地税法对平台责任的规定。

第四，ESG 信息披露面临法律风险。

欧美多国已将环保、劳工、供应链透明度纳入市场监管范畴。企业在官网或商品页面宣称“碳中和”“100%可回收”“公平贸易”，但无法提供第三方认证或实际数据支撑，可能被认定为“绿色 washing”（漂绿），依据当地《不公平商业行为指令》或《消费者保护法》处以高额罚款。

四、法律需求变化与合规重点

2025 年，电商企业法律合规需求呈现“全域覆盖、纵深穿透、主动披露”等特征，具体为：

1. 税务合规方面：需重构财务核算体系，确保收入确认口径与平台报送数据一致或对数据差异能做出合理解释，同时对通过关联方转移定价、壳公司虚开发票、享受税收洼地财政补贴返还等方式实质性规避、减少纳税义务等行为必须高度谨慎。
2. 数据合规方面：建议建立数据分类分级目录，跨境传输前完成安全评估；限制自动化决策对用户权益的不利影响；落实用户权利响应机制。
3. 知识产权合规方面：建议完善“通知—删除”流程，对重复侵权商家采取终止合作等措施；鼓励自主品牌在海关总署办理知识产权备案，提升边境保护效能。
4. 合同与格式条款合规方面：建议采用标准化服务协议模板，服务商需高度关注监管对“保排名”“保转化率”等虚假宣传和违规操作的禁止性规定；平台规则修改须注意遵守法定程序。
5. 跨境电商合规方面：建议构建涵盖店铺运营、出口报关、资金结算、数据传输四位一体的合规架构，针对目标市场制定本地化合规策略。

五、未来挑战与合规建议

2025 年，电商合规继续从“被动遵从”迈向“主动治理”从“形式合规”逐步向“实质合规”升级。在电子商务、税务合规、数据安全、个人信息保护等多维法律法规交织构成的监管网络下，可以考虑：

1. 建立“合规嵌入”机制：在产品开发、营销策划、系统上线等业务前端设置合规审查节点，实现风险早识别、早处置。
2. 推行“合规责任人”制度：明确各业务线合规接口人，确保监管要求在组织内部有效传导与执行。
3. 加强跨境合规能力建设：针对重点出口国（如美、欧、英、日）制定专项合规指引，定期更新当地监管动态。
4. 善用技术工具提升合规效能：部署AI合规监控系统（如用于直播内容、广告文案审核）、区块链电子存证（如用于交易记录固化）、智能报关系统（如确保三单一致）等。

唯有将合规深度融入商业模式、组织架构与技术系统，把合规从企业负担转化为构筑长期竞争优势的制度基石，方能从长远角度有效防控法律风险，实现效益与合规双赢。

（2025年12月）

一文读懂《国家网络安全事件报告管理办法》

王希

在 2025 年 9 月 15 日至 21 日为期一周的 2025 年国家网络安全宣传周开始前夕，国家互联网信息办公室（“网信办”）于 2025 年 9 月 11 日发布了《国家网络安全事件报告管理办法》（“《管理办法》”），《管理办法》将于 2025 年 11 月 1 日起正式施行。本文从《管理办法》的立法历程，核心关注点和对企业合规工作的启示三方面为读者对《管理办法》进行剖析并提供务实的合规建议。

A. 立法历程

网络安全事件的报告制度早在 2017 年生效的《网络安全法》（“《网安法》”）第 25 条就已提出，并随着中国网络安全和数据保护的三架马车中的另外两部法律《数据安全法》（“《数安法》”）和《个人信息保护法》（“《个保法》”）的颁布，通过配套的法律法规和国家标准进行了进一步的明确和完善。

为此，网信办在 2023 年 12 月 8 日发布了《网络安全事件报告管理办法（征求意见稿）》（“征求意见稿”），公开向社会征求意见，征求意见截止日期为 2024 年 1 月 7 日。在基本遵循征求意见稿中设定的框架下，经过不到两年时间的打磨，网信办在 2025 年网络安全宣传周前夕正式发布了这一重磅法规的最终稿。

从正式稿与征求意见稿的对比不难看出，网信办在报告的责任主体、报告时限，触发报告义务的阈值、第三方服务提供商的责任、报告渠道等方面与时俱进地进行了不同程度的完善和更新，彰显了我国对于网络安全监管的积极且务实态度。本文也将从这些方面，以点到面进行解读和分析。

B. 灵魂四问 - 《管理办法》的要点解析

1. 谁来报告？

对于报告的责任主体，《管理办法》沿用了《网安法》的定义，要求网络运营者在发生网络安全事件时应该按照《管理办法》的规定履行报告义务。而网络运营者较宽泛的定义（即，网络的所有者、管理者和网络服务提供者）则在实践上等同于涵盖了几乎所有的实体。

值得注意的是虽然《管理办法》没有如《个保法》和《数安法》一样包含域外适用的条款（即，《个保法》第三条和《数安法》第二条），但在实践中，如果境外主体发生的网络安全事件中涉及到在中国收集的数据（例如中国公民的个人信息），则需要综合数据收集和传输的路径，与位于中国

实体的关系等因素，进行个案分析后方能确定报告义务的触发和策略，不可仅以《管理办法》没有域外适用一项简单排除相关方的报告义务。

2. 何时报告？

《管理办法》要求网络运营者在发现或获知涉及本单位的网络安全事件时，按照《网络安全事件分级指南》进行研判，属于**较大、重大和特别重大**网络安全事件的，应该上报。目前 12387 网络安全事件报告平台的初判事件级别中仅提供三个选项（特别重大、重大和较大），尚不支持网络运营者主动报告一般网络安全事件。结合近期多个知名品牌中国消费者数据泄露事件的案例，如何报告一般网络安全事件仍有待于《管理办法》正式实施后对于报告制度的进一步观察。

● 网络安全事件分级

对于网络安全事件的分级，《管理办法》所附的《网络安全事件分级指南》参考了《信息安全技术 网络安全事件分类分级指南》(GB/T 20986-2023，“**GBT 20986**”）中的分级标准并进行了具体的量化。我们发现在《工业和信息化领域数据安全事件应急预案（试行）》中也采用了类似的分级方式。

以下两个表格分别从定性和定量的角度对《网络安全事件分级指南》的内容进行了整理：

表一

类型 (定性)	特别重大	重大	较大	一般
重要网络和 信息系统	遭受 特别严重的 系统损失，造成 大面积瘫痪，丧失 业务处理能力	遭受 严重的 系统损失，造成 长时间中断或局部瘫痪 ，业务处理能力 受到极大影响	遭受 较大的 系统损失，造成 系统中断，明显影响系统效率 ，业务处理能力 受到影响	除前述网络安全事件外，对国家安全、社会秩序、经济建设和公众利益构成 一定威胁、造成一定影响 的网络安全事件
数据	核心数据、重要数据、海量 公民个人信息丢失或被窃取、篡改、假冒，对国家安全和社会稳定构成 特别严重威胁	核心数据、重要数据、大量 公民个人信息丢失或被窃取、篡改、假冒，对国家安全和社会稳定构成 严重威胁	重要数据、较大量 公民个人信息丢失或被窃取、篡改、假冒，对国家安全和社会稳定构成 较严重威胁	
其他网络安全	对国家安全、社会秩	其他对国家安全、	对国家安全、社会	

类型 (定性)	特别重大	重大	较大	一般
全事件	序、经济建设和公众利益构成 特别严重威胁、造成特别严重影响的	社会秩序、经济建设和公众利益构成 严重威胁、造成严重影响的	秩序、经济建设和公众利益构成 较严重威胁、造成较严重影响的	

表二

类型 (定量)	特别重大	重大	较大
泄露公民个人信息	<u>1亿人以上</u>	<u>1000万人以上</u>	<u>100万人以上</u>
影响人口规模	一个或多个 <u>省级</u> 行政区 <u>50%</u> 以上人口，或者 <u>1000万人</u> 以上用水、用电、用气、用油、取暖、交通出行、就医、购物等工作、生活	一个或多个 <u>地市级</u> 行政区 <u>50%</u> 以上人口，或者 <u>100万人</u> 以上用水、用电、用气、用油、取暖、交通出行、就医、购物等工作、生活	一个或多个 <u>地市级</u> 行政区 <u>30%</u> 以上人口，或者 <u>10万人</u> 以上用水、用电、用气、用油、取暖、交通出行、就医、购物等工作、生活
造成直接经济损失	<u>1亿元</u> 以上	<u>2000万元</u> 以上	<u>500万元</u> 以上
关键信息基础设施	整体中断运行 <u>6小时</u> 以上或主要功能中断运行 <u>24小时</u> 以上	整体中断运行 <u>1小时</u> 以上或主要功能中断运行 <u>3小时</u> 以上	整体中断运行 <u>10分钟</u> 以上或主要功能中断运行 <u>30分钟</u> 以上
党政机关门户网站、中央重点新闻网站无法访问	<u>省级</u> 以上党政机关门户网站、 <u>中央</u> 重点新闻网站因攻击、故障，导致 <u>24小时</u> 以上不能访问	<u>地市级</u> 以上党政机关、 <u>企事业单位</u> 门户网站， <u>省级</u> 以上重点新闻网站因攻击、故障，导致 <u>6小时</u> 以上不能访问	<u>地市级</u> 以上党政机关、 <u>企事业单位</u> 门户网站， <u>省级</u> 以上重点新闻网站因攻击、故障，导致 <u>2小时</u> 以上不能访问
党政机关门户网站、中央重点新闻网站、超大型网络平台等被攻击篡改，导致违法有害信息传播	<u>省级</u> 以上党政机关门户网站、 <u>中央</u> 重点新闻网站、 <u>超大型</u> 网络平台等被攻击篡改，导致违法有害信息 特大范围 传播。以下情况之一，可认定为“ 特大范围 ”： (1) 在主页上出现并持续 <u>6小时</u> 以上，或在其他页面出现并持	<u>地市级</u> 以上党政机关、 <u>企事业单位</u> 门户网站， <u>省级</u> 以上重点新闻网站， <u>大型以上</u> 网络平台等被攻击篡改，导致违法有害信息 大范围 传播。以下情况之一，可认定为“ 大范围 ”： (1) 在主页上出现并持续 <u>2小时</u> 以上，或在其他页面出现并持续 <u>12小时</u>	党政机关、 <u>企事业单位</u> 门户网站，重点新闻网站， <u>网络平台</u> 等被攻击篡改，导致违法有害信息 较大范围 传播。以下情况之一，可认定为“ 较大范围 ”： (1) 在主页上出现并持续 <u>30分钟</u> 以上，或在其他页面出现并

类型 (定量)	特别重大	重大	较大
	<p>续 <u>24小时</u>以上；</p> <p>(2) 通过社交平台转发 <u>10万次</u>以上；</p> <p>(3) 浏览或点击次数 <u>100万</u>以上；</p> <p>(4) 省级以上网信部门、公安机关<u>认定为是“特大范围传播”</u>的。</p>	<p><u>时</u>以上；</p> <p>(2) 通过社交平台转发 <u>1万次</u>以上；</p> <p>(3) 浏览或点击次数 <u>10万</u>以上；</p> <p>(4) 省级以上网信部门、公安机关<u>认定为是“大范围传播”</u>的。</p>	<p>持续 <u>2小时</u>以上；</p> <p>(2) 通过社交平台转发 <u>1000次</u>以上；</p> <p>(3) 浏览或点击次数 <u>1万</u>以上；</p> <p>(4) 省级以上网信部门、公安机关<u>认定为是“较大范围传播”</u>的。</p>

● 报告时限

《管理办法》对于触发强制报告义务情形（即，较大、重大和特别重大网络安全事件）的报告时限提出了较为严格的要求，具体而言：

- (1) 涉及关键信息基础设施的，网络运营者应当第一时间向保护部门、公安机关报告，最迟不得超过 1小时。
- (2) 网络运营者属于中央和国家机关各部门及其直属单位的，应当及时向本部门网信工作机构报告，最迟不得超过 2小时。
- (3) 其他网络运营者应当及时向属地省级网信部门报告，最迟不得超过 4小时。

此外，网信办在相关在线报告表格的说明中同时提供了初步报告时无法判断具体情况后在 72小时内对网络安全事件进一步研判信息进行补充报告的机会。

由此可见，如何精准同时又迅速地收集、确认网络安全事件的基本情况并对其进行定级将会是网络运营者能否合规履行报告义务的重点课题之一。

最后，网络安全事件处置工作结束后，网络运营者应于 30日内通过原报告渠道上报事件处置总结报告。

此外《管理办法》亦保留了网信部门与行业主管监管部门报告的双轨制，如相关行业有专门规定，网络运营者还应该向行业主管监管部门报告（例如金融、工业、电信等行业）。

3. 报告什么？

《管理办法》第七条列出了报告网络安全事件所需提供的信息，包括：

- (1) 涉事单位名称及涉事系统或设施基本情况；

- (2) 网络安全事件发现或发生的时间、地点、类型、级别，以及已造成的影响和危害，已采取的措施及效果；对勒索软件攻击事件，还应当包括要求支付赎金的金额、方式、日期等；
- (3) 事态发展趋势及可能造成的进一步影响和危害；
- (4) 网络安全事件原因初步分析意见；
- (5) 溯源调查工作线索，包括但不限于可能的攻击者信息、攻击路径、存在的漏洞等；
- (6) 拟进一步采取的应对措施以及请求支援事项；
- (7) 网络安全事件现场保护情况；
- (8) 其他应当报告的情况。

由于报告渠道的多样性（见下文），《管理办法》移除了征求意见稿中所附的网络安全事件信息报告表。对于要求提供的信息中网络安全事件类型的定义则参考了 GBT 20986 第五条中的九种类型，并明确排除了涉及个人或家庭计算机异常、互联网访问异常、个人数据安全问题等涉个人网络安全问题的咨询求助类报告，以及遭网络诈骗、网络色情赌博等非网络安全事件的违法犯罪案件类报告。

对于事件处置总结报告，则应包括相关事件发生原因、应急处置措施、造成危害、责任追究、完善整改情况、教训等内容。

4. 何处报告？

此次网信办提供了多达六种的报告渠道，为网络运营者履行报告义务提供了最大的便利，具体包括：

- (1) 拨打热线电话 12387
- (2) 通过访问国家 12387 网络安全事件报告平台网站
<https://12387.cert.org.cn>
- (3) 关注国家互联网应急中心微信公众号“国家互联网应急中心 CNCERT”，选择“事件报告”
- (4) 使用微信小程序“12387”
- (5) 发送邮件至邮箱 12387@cert.org.cn
- (6) 发送传真至 010-82992387

C. 法律责任

鉴于《管理办法》是《网安法》、《数安法》、《个保法》等法律法规中对于网络安全报告义务落地的配套法规，因此违反报告义务的，将按照上述法律法规进行处罚（处罚不仅限于单位，亦可能涉及相关责任人员）。因迟报、漏报、谎报或者瞒报网络安全事件，造成重大危害后果的，对网络运营者及有关责任人将依法从重处罚。

同时《管理办法》亦提供了尽职轻责免责条款：如果发生网络安全事件时，网络运营者已采取合理必要的防护措施，按照应急预案进行处置、有效降低网络安全事件影响和危害，并按照《管理办法》及时报告的，可视情从轻或不予追究相关单位和人员责任。

D. 对企业合规工作的启示

网络安全事件报告义务并不是《管理办法》创设的合规义务，而是在《网安法》、《数安法》、《个保法》等上位法中早已进行了要求。通过《管理办法》的颁布可以看出网信办在细化和落地网络安全事件报告义务中以务实的角度充分考虑了可行性、便利性和企业的合规成本，《管理办法》的实施意味着企业将无法再以报告渠道和报告信息不明确等理由，对报告义务采取观望态度。企业应积极拥抱监管，主动制定、完善或更新内部的流程和制度。我们认为企业应着重关注以下方面：

1. 数据盘点为根本：厘清企业自身的数据处理行为，建立完善的数据清单（Data Inventory）不仅能帮助企业内部各团队更好团队协作，及时高效地履行网络安全事件报告义务，更可以“一菜多吃”，为企业在进行数据跨境合规、个人信息保护审计等方面提供支持，降低合规成本。
2. 政策和流程的制定和演练必不可少：小时级别的报告时限对企业的合规响应机制提出了新的要求和挑战。一方面企业应及时制定、完善或更新内部的网络安全事件响应配套的标准化流程（SOP）和政策，适当引入成熟的自动化解决方案；另一方面也应该持续对网络安全事件的响应定期进行演练，根据演练结果优化流程和政策，形成良性的合规生态。
3. 麻绳专挑细处断的第三方管理：企业在运营过程中不可避免地会使用到第三方的服务（例如 SaaS，云存储，远程运维等），如果企业不能良好地管理这些第三方服务商，则会在合规上出现明显的风险和短板。《管理办法》第五条特别提出了网络运营者应当以合同等形式要求为其提供网络安全、系统运维等服务的组织或个人，及时向其报告监测发现的网络安全事件，并协助其按照《管理办法》报告网络安全事件。因此企业在选择和采购该等第三方的服务时应特别关注供应链安全的问题，从合同条款和持续动态管理两方面避免因第三方服务商的原因导致企业暴露在合规风险下。

（2025年9月）

互联网药品销售合规要点

——兼解读《药品网络销售监督管理办法》

吴琦

近年来，药品通过互联网途径进行的销售如火如荼。由于医药行业自身的特性，即对于人们生命健康的关键性作用，相关政策法规对于药品的互联网销售始终持谨慎态度，并在规范中逐步前进。2022年8月3日《药品网络销售监督管理办法》（以下简称“《办法》”）生效；2022年12月1日，《办法》开始施行。《办法》详定了处方药的网络销售要求，进一步规范了药品销售者的行为以及第三方平台的监管要求，令监管方式推陈出新。这在指明互联网药品销售企业经营方向的同时，也对其提出了更高的合规要求。

一、主体资质

《办法》规范的主体对象，为“从事药品网络销售、提供药品网络交易平台服务”这两大类主体，所依据的是《中华人民共和国电子商务法》（以下简称“《电子商务法》”）第九条第一款^[1]关于“电子商务经营者”的定义，即电子商务经营者包括电子商务平台经营者、平台内经营者以及通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者（为便于讨论，本文将以“平台”“销售者”代指这两类主体）。需要注意的是，平台和销售者可能因同时符合从事销售、提供平台服务两个特点，而受到《电子商务法》和《办法》的双重规制。下文将从平台资质、销售者资质两方面对《办法》所规定主体资质进行解析。

（一）平台资质

就定义而言，《办法》没有对“平台”进行定义，故其应符合《电子商务法》第九条第一款中关于电子商务平台经营者的定义要求，即法人或非法人组织。就备案和公示而言，《办法》第十八条规定，“第三方平台应当将企业名称、法定代表人、统一社会信用代码、网站名称以及域名等信息向平台所在地省级药品监督管理部门备案。省级药品监督管理部门应当将平台备案信息公示。”结合相关规定，平台还应有以下关键证照和其他证照：

[1] 《中华人民共和国电子商务法》第九条第一款 本法所称电子商务经营者，是指通过互联网等信息网络从事销售商品或者提供服务的经营活动的自然人、法人和非法人组织，包括电子商务平台经营者、平台内经营者以及通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者。

1、关键证照

根据《互联网药品信息服务管理办法》第六条，^[2]从事互联网药品销售的平台应取得的关键证照，为《互联网药品信息服务资格证书》。同时，该办法的第八条还规定了平台应当在其网站主页显著位置标注《互联网药品信息服务资格证书》的证书编号。

互联网药品信息服务是指通过互联网向上网用户有偿提供药品信息等服务或无偿提供公开的、共享性药品信息等服务的活动。对于拥有、自建网站的企业来说，应当首先判断网站正在或拟提供的服务、从事的经营活动，是否“落入”前述信息服务范围。需要予以明确和避免混淆的是，一些药企在自身“官网”展示自家产品的行为，一般不构成提供互联网药品信息服务，但企业仍应关注该类展示行为是否符合药品广告的相关规范。

2、其他证照

作为电子商务平台，还应当依据其提供互联网业务的特点、性质，取得相对应的增值电信业务许可（备案），比如常见的ICP证、EDI证等。企业的自建网站同时具有平台特点时，容易对此类许可（备案）予以忽视。

（二）销售者资质

1、两类销售者主体

根据《办法》第七条第一款，^[3]销售者应当是具备保证网络销售药品安全能力的药品上市许可持有人或者药品经营企业。其中，“药品上市许可持有人”指药品的注册（备案）人，“药品经营企业”指取得药品经营许可证并按照《药品经营质量管理规范》（GSP）实施质量管理的企业。《办法》不再坚持原来只有大型连锁企业（药店）才能从事网络销售药品的限制，将网络销售资格扩大到“药品经营企业”。这表明，相关的GSP质量体系要求、管理水平则被再次强调并提高到新的层面。

2、两种商业模式

互联网药品销售有两种商业模式，即直接向个人销售药品的B2C模式和向企业销售药品的B2B模式。

根据《办法》第八条第一款，^[4]药品网络销售企业应当按照经过批准的经营方式和经营范围经营，药品上市许可持有人仅能销售其取得药品注

[2] 《互联网药品信息服务管理办法》第六条 各省、自治区、直辖市食品药品监督管理部门对本辖区内申请提供互联网药品信息服务的互联网站进行审核，符合条件的核发《互联网药品信息服务资格证书》。

[3] 《互联网药品信息服务管理办法》第七条第一款 从事药品网络销售的，应当是具备保证网络销售药品安全能力的药品上市许可持有人或者药品经营企业。

[4] 《互联网药品信息服务管理办法》第八条第一款 药品网络销售企业应当按照经过批准的经营方式和经营范围经营。药品网络销售企业为药品上市许可持有人的，仅能销售其取得药品注册证书的药品。未取得药品零售资质的，不得向个人销售药品。

册证书的药品。在向个人销售药品的B2C模式下，销售者应当取得药品零售资质。由于直接面对消费者（患者），《办法》第八条第一款对此予以了特别强调。

二、禁止药品类别

根据《办法》第八条第二款，疫苗、血液制品、麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品、药品类易制毒化学品等国家实行特殊管理的药品不得在网络上销售，具体目录由国家药品监督管理局组织制定。

上述药品类别不仅被禁止在网络上销售，也被禁止作为互联网药品信息服务的对象。《办法》实施前，已有针对在网络上展示或发布广告而被处罚的案例。对于提供信息服务的平台来说，药品类别的审核、准入，也是应当给予关注的重要合规方面。一些平台也开始逐渐采取技术手段，检索或屏蔽自身平台上可能出现的禁售产品信息，同时也与入驻平台的销售者加强协议和入驻规范方面的要求。

三、处方药网络销售监管

《办法》生效前，《中华人民共和国药品管理法》（以下简称“《药品管理法》”）虽然未禁止处方药的互联网销售，但相关细则处于“待完备、待细化”的状态，也仅在部分地区进行了试点。《办法》生效后，处方药互联网销售终于有法可依、有章可循，具体如下。

（一）处方药销售资质

对于处方药销售者资质，除了符合前述销售者资质和B2C模式的零售资质要求外，法律并无其他特别要求。也就是说，监管规范对处方药的网络销售持“放开”的态度。这也符合近年来医药领域监管的态度，即准入相对放松，但后续加强监管。

（二）处方管理要求

《办法》第九条对于销售行为的制度管理提出了严格要求，包括处方来源真实可靠、实名制；电子处方协议、标记、避免重复使用；平台承接电子处方进行核实等。

第一，来源真实可靠。销售者应当确保处方来源真实、可靠，并实行实名制。第二，避免重复使用。与电子处方提供单位签订协议，并严格按照有关规定进行处方审核调配，对已经使用的电子处方进行标记，避免处方重复使用；第三，平台承接电子处方的核实义务。接收的处方为纸质处方影印版本的，应当采取有效措施避免处方重复使用。

可以看出，《办法》将审核处方的义务赋予了接受处方的一方，也就是网络药品销售企业，这对销售者提出了较高的要求。实践中，一些大型的网络销售企业、平台，已经开始采取功能强大的技术手段，以确保处方的真实性与不重复，这在很大程度上克服了人工审核的遗漏和差错，并在客观上提升了企业的技术能力与管理能力。

（三）信息展示

根据《办法》第十三条，药品网络销售企业展示的药品相关信息应当真实、准确、合法，具体而言包括风险提示、区分展示以及审核要求等展示要求。

1、区分展示

应当将处方药与非处方药区分展示，并在相关网页上显著标示处方药、非处方药。

2、风险提示

应当在每个药品展示页面下突出显示“处方药须凭处方在药师指导下购买和使用”等风险警示信息。处方药销售前，应当向消费者充分告知相关风险警示信息，并经消费者确认知情。

3、审核要求

在处方药销售主页面、首页面不得直接公开展示处方药包装、标签等信息。通过处方审核前，不得展示说明书等信息，不得提供处方药购买的相关服务。

综上，真实、准确、合法的药品信息展示是对网络销售药品的最基本要求。此外，对于药品信息的展示必然涉及广告的管理，除了用语、真实性的要求外，前置性的审批程序必不可少。实质上，广告审批可以帮助企业解决什么样的用语可以发布什么样的用语不可发布的问题，销售者应当确保涉及药品产品的信息且构成广告的页面符合审批要求，并经过审批。

四、第三方平台监管要求

2019年修订的《药品管理法》规定了第三方平台的监管义务，《办法》对此做出了细化规定。一方面，平台应积极履行风险防范、违法行为消除的责任；另一方面，企业也应当自觉接受平台的监督，配合平台共同提高风险防范的意识和能力。具体的监管要求则包括建立机构、建立制度、协助监督与制止违法行为这三方面的内容。

1、建立机构

平台应当建立药品质量安全管理机构，配备药学技术人员承担药品质量安全管理工作。

2、建立制度

平台应建立并实施药品质量安全、药品信息展示、处方审核、处方药实名购买、药品配送、交易记录保存、不良反应报告、投诉举报处理制度；明确了平台备案的具体要求。

3、协助监督与制止违法行为

平台具有协助监督管理的义务；平台发现一些严重违法行为的情形时，应当立即停止提供网络交易平台服务、停止展示药品相关信息。

五、销售者运营要求

除了前文的特别要求外，《药品管理法》、GSP与《办法》，都在一以贯之地对企业的质量体系、管理制度等做出要求和强调。

1、建立质量体系与质量管理制度

企业应建立并实施药品质量安全管理、风险控制、药品追溯、储存配送管理、不良反应报告、投诉举报处理、在线药学服务等制度。其中，在线药学服务制度具有鲜明的互联网特性，要求由依法经过资格认定的药师或者其他药学技术人员开展处方审核调配、指导合理用药等工作。依法经过资格认定的药师或者其他药学技术人员数量应当与经营规模相适应。

2、对配送的质量与安全负责

销售者应当根据药品数量、运输距离、运输时间、温湿度要求等情况，选择适宜的运输工具和设施设备，配送的药品应当放置在独立空间并明显标识，确保符合要求、全程可追溯。委托配送的，法律对受托企业的质量管理体系也具有审核要求。

3、凭证与记录

基于互联网特性，《办法》也对信息报送、出具销售凭证、完整保存记录等提出了要求。

六、小结

《办法》的出台，指明了互联网药品销售的模式和行为的方向，也厘清了各方主体的责任以及相互间的监管义务。从事互联网药品销售的企业，应当按照现有法律法规，梳理自身合规风险和要点、建章立制，做到依法依规。

(2023年2月)

做电商，你的牌照拿全了么？

——互联网业务主要牌照解析

吴琦

引言

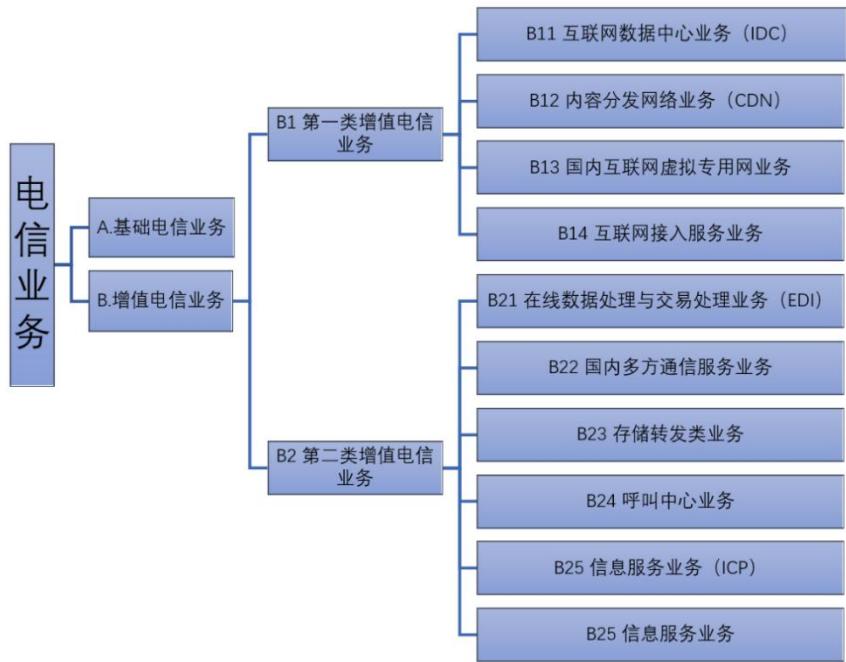
随着互联网业态升级，电子商务飞速发展，互联网业务愈发成为一种时髦和常见的商业模式。求变、求快，以及跨领域的商业模式结合，是互联网业务尤其是电子商务的主要特点和追求；线下业务搬到线上，并发生各种各样的演变，也是电子商务发展的主要方向。时下方兴未艾的互联网直播、直播带货、打赏、网红等现象，将线下可能遇到的演出、出版、广告、特殊商品的经营许可等监管问题以及知识产权、肖像、公平竞争等法律问题糅杂交织在一个个特定的网上场景中。针对互联网特性，各类法律法规层出不穷；监管力度不断加大。如何在合法合规的前提下保持快变的发展和增长，成为电子商务的主要课题。这其中，获得相关的“许可”即牌照，是电子商务企业经营发展的前提。本文将就互联网业务的主要牌照进行梳理。

一、增值电信业务许可

增值电信业务许可是互联网公司依托公共基础网络开展业务、获取利益、进行经营的基础牌照。相对于三大运营商从事的“基础电信业务”，“增值电信业务”是指：利用公共网络基础设施提供附加的电信与信息服务业务。^[1]

电信业务的分类，主要依据是工信部发布的《电信业务分类目录》（最新版为2015年版本，以下简称“分类目录”），其中就增值电信业务的主要分类见下表。其中比较常见和“时髦”的是针对B25信息服务业务、B21在线数据处理与交易处理业务、B11互联网数据中心业务和B12内容分发和网络业务几类业务的许可（备案）。也即我们常说的ICP证、EDI证、IDC证与CDN证。

[1] 参见《中华人民共和国电信条例》（2016年修订）第八条。



(一) ICP

1、定义

此类业务见分类目录的“B25 信息服务业务”，信息服务业务是指通过信息采集、开发、处理和信息平台的建设，通过公用通信网或互联网向用户提供信息服务的业务。信息服务的类型按照信息组织、传递等技术服务方式，主要包括信息发布平台和递送服务、信息搜索查询服务、信息社区平台服务、信息即时交互服务、信息保护和处理服务等。

实践中，依据是否依托于互联网，针对信息服务业务的经营许可分为两种：信息服务业务（仅限互联网）和信息服务业务（不含互联网），即 ICP (Internet Content Provider)、SP (Service Provider)。因此，我们常说的 ICP 证为 B25 类业务中的许可类型之一。二者主要区别如下：

- ICP 许可证——中华人民共和国增值电信业务经营许可证-第二类增值电信业务中的信息服务业务（仅限互联网信息服务）。办理部门一般为省级通信管理局。
- SP 许可证——中华人民共和国增值电信业务经营许可证-第二类增值电信业务中的信息服务业务（不含互联网信息服务）。其主要业务场景是服务提供商通过运营商提供的增值接口为手机用户提供服务，利用运营商渠道（比如移动、联通、电信）在用户的手机费和宽带费中扣除相关服务费，最后运营商和 SP 再按照比例分成。包括短信、彩信、WAP、铃声下载、商业信息和定位信息等服务。办理部门是：全网证向工信部、地网证向省级通信管理局。

2、业务类型分类

分类目录将 ICP 的主要业务类型分为五大类：

- 信息发布平台和递送服务是指建立信息平台，为其他单位或个人用户发布文本、图片、音视频、应用软件等信息提供平台的服务。平台提供者可根据单位或个人用户需要向用户指定的终端、电子邮箱等递送、分发文本、图片、音视频、应用软件等信息。
从事此类型业务服务的企业或平台如：58 同城、安居客、App Store、抖音、优酷等。
- 信息搜索查询服务是指通过公用通信网或互联网，采取信息收集与检索、数据组织与存储、分类索引、整理排序等方式，为用户提供网页信息、文本、图片、音视频等信息检索查询服务。从事此类型业务服务的企业或平台如：百度、北大法宝、hao123 等。
- 信息社区平台服务是指在公用通信网或互联网上建立具有社会化特征的网络活动平台，可供注册或群聚用户同步或异步进行在线文本、图片、音视频交流的信息交互平台。从事此类型业务服务的企业或平台如：新浪微博、虎扑、人人网、知乎
- 信息即时交互服务指利用公用通信网或互联网，并通过运行在计算机、智能终端等的客户端软件、浏览器等，为用户提供即时发送和接收消息（包括文本、图片、音视频）、文件等信息的服务。信息即时交互服务包括即时通信、交互式语音服务（IVR），以及基于互联网的端到端双向实时话音业务（含视频话音业务）。从事此类型业务服务的企业或平台如：微信、钉钉
- 信息保护和处理服务指利用公用通信网或互联网，通过建设公共服务平台以及运行在计算机、智能终端等的客户端软件，面向用户提供终端病毒查询、删除，终端信息内容保护、加工处理以及垃圾信息拦截、免打扰等服务。从事此类型业务服务的企业或平台如：金山毒霸（杀毒软件）、手机管家（垃圾信息拦截）

3、许可还是备案

根据国务院《互联网信息服务管理办法》第四条“国家对经营性互联网信息服务实行许可制度；对非经营性互联网信息服务实行备案制度。……”ICP 证有许可和备案两类途径获得。实践中，困扰较大的是“经营性”与“非经营性”区别的判断。目前的判别依据如下：[2]

经营性 ICP，是指通过互联网，向上网用户提供信息内容或者利用网站向用户提供某种在线应用，从而获得收入的活动。经营性 ICP 目前提供的网上信息大都是免费游览的，收费项目主要是网上广告、代制作网页、服

[2] 参见 2001 年信息产业部《关于进一步做好互联网信息服务电子公告服务审批管理工作的通知》。

务器内存空间出租、有偿提供特定信息内容、电子商务及其它网上应用服务，经营性 ICP 是以盈利为目的的商务活动。

非经营性 ICP，是指通过互联网向用户无偿提供具有公开性、共享性信息服务的活动。非经营性网站主要是各级政府部门的网站、新闻机构的电子版报刊，企业、事业单位、教育科研机构的各类公益性网站和对本单位产品或业务作自我宣传的网站，不向上网用户收费，也不利用互联网站直接进行以盈利为目的的商业活动，但对一些特定服务可能收取一些成本费或象征性收费。

其中非经营性 ICP 的典型场景为企业官网。实践中，一些企业虽然在企业官网上开设了线上销售自身产品的职能，但一方面不具备信息服务业务的内容，一方面此种销售行为视为其自身产品销售渠道在线上的延伸，因此企业自营此类网站也仅需获得 ICP 备案即可，如：ZARA、GAP、来伊份等。

4、APP、小程序、公众号等情形的主体资质

从信息服务业务的主要内容可以看出，提供信息服务主要为具备平台特征的主体，但是否应当办理 ICP 许可/备案，主要判断依据应当看其业务内容是否保护信息服务业务。

小程序、公众号依托于网络平台，后者应视为提供信息服务业务，前者为平台上的信息提供方或信息生产方，因此平台应当办理 ICP 许可/备案，前者则不必需。而 APP 所有者或运营者，其运营内容可能会涉及提供信息服务业务，如果涉及应当办理 ICP。部分规定可以看出此判断依据：

国家互联网信息办公室 2016 年《移动互联网应用程序信息服务管理规定》“第二条本规定所称移动互联网应用程序，是指通过预装、下载等方式获取并运行在移动智能终端上、向用户提供信息服务的应用软件。本规定所称移动互联网应用程序提供者，是指提供信息服务的移动互联网应用程序所有者或运营者。”；“第五条通过移动互联网应用程序提供信息服务，应当依法取得法律法规规定的相关资质。从事互联网应用商店服务，还应当在业务上线运营三十日内向所在地省、自治区、直辖市互联网信息办公室备案。”

国家互联网信息办公室 2014 年《即时通信工具公众信息服务发展管理暂行规定》“第四条即时通信工具服务提供者应当取得法律法规规定的相关资质。即时通信工具服务提供者从事公众信息服务活动，应当取得互联网新闻信息服务资质。”

（二）EDI

1、定义

分类目录 B21 在线数据处理与交易处理业务，是指利用各种与公用通信网或互联网相连的数据与交易/事务处理应用平台，通过公用通信网或互

联网为用户提供在线数据处理和交易/事务处理的业务。在线数据处理与交易处理业务包括交易处理业务、电子数据交换业务和网络/电子设备数据处理业务。

我们常说的 EDI (Electronic Data Interchange) 其实是指“电子数据交换业务”经营许可，也即 B21 业务中的一种。只是现在人们常用 EDI 来代称在线数据处理与交易处理业务许可。

2、分类

按照分类目录的定义，B21 类业务主要包括三种类型

(1) 交易处理业务：

如电子商务平台、互联网金融平台、银行、证券交易平台等。经营类电子商务平台比较多见，大型的网络购物类平台均属于此类业务的经营者，均需要获得 B21 类业务许可，如：淘宝、天猫、苏宁易购等。

公司名称	许可证号	业务种类
浙江天猫网络有限公司	浙B2-20110446	信息服务业务（仅限互联网信息服务）
		在线数据处理与交易处理业务

（天猫的 B21 类业务许可）^[3]

(2) 电子数据交换 (EDI)

典型的 EDI 系统，即海关 EDI 系统。EDI 是将贸易、运输、保险、银行和海关等行业的信息，用一种国际公认的标准格式，通过计算机通信网络，使各有关部门、公司与企业之间进行数据交换与处理，并完成以贸易为中心的全部业务过程。

(3) 网络/电子设备数据处理业务

它是指通过通信网络传送，对连接到通信网络的电子设备进行控制和数据处理的业务。如：智能车载终端，可穿戴设备等数据处理和管理平台。

3、办还是不办

一般来说，从事前述业务类型的主体，尤其是平台性质的主体，均需要办理 B21 类业务许可。但电商并非都需要 B21 许可。原在实体店销售的商品转为线上销售属于渠道的延伸，不属于该业务范畴。例如，此前所列的 ZARA、GAP，再如美的官网销售电器，但并不因此需要取得 B21 许可证。因为其官网销售的是公司自有产品，属于销售渠道的延伸，并非为交易双方提供“在线数据处理与交易处理”服务，即并非在提供电信增值服务。

[3] 查询地址：

<https://dxzhgl.miit.gov.cn/dxxzsp/xkz/xkzgl/resource/qiyesearch.jsp?num=%25E6%25B5%2599B2-20110446&type=xuke>

(三) IDC

1、定义

根据分类目录的定义，B11 互联网数据中心（IDC——Internet Data Center）业务是指利用相应的机房设施，以外包出租的方式为用户的服务器等互联网或其他网络相关设备提供放置、代理维护、系统配置及管理服务，以及提供数据库系统或服务器等设备的出租及其存储空间的出租、通信线路和出口带宽的代理租用和其他应用服务。

2、要点

互联网数据中心业务经营者应提供机房和相应的配套设施，并提供安全保障措施。

互联网数据中心业务也包括互联网资源协作服务业务。互联网资源协作服务业务是指利用架设在数据中心之上的设备和资源，通过互联网或其他网络以随时获取、按需使用、随时扩展、协作共享等方式，为用户提供的数据存储、互联网应用开发环境、互联网应用部署和运行管理等服务。

例：获得互联网资源协作服务经营许可证的企业（2017 年 12 月 31 日工信部公布）

序号	企业名称	许可证号	经营范围
1	阿里云计算有限公司	B1.B2-20130149	北京、上海、杭州、青岛、深圳、张家口、南京、呼和浩特
2	上海优刻得信息科技有限公司	B1-20140438	北京、上海、广州
3	腾讯云计算(北京)有限责任公司	B1-20130326	北京、天津、上海、重庆、厦门、广州、深圳、成都
4	上海福虎信息科技有限公司	B1-20150254	北京、上海
5	浙江帕摩数据科技有限公司	B1-20160440	无锡、金华
6	北京百度网讯科技有限公司	B1.B2-20100266	北京、上海、天津、廊坊、无锡、苏州、武汉、广州、东莞、济南、青岛
7	上海有孚网络股份有限公司	B1-20050383	北京、上海、深圳
8	鹏博士电信传媒集团股份有限公司	B1.B2-20060019	北京、上海
9	北京三快云计算有限公司	B1-20160442	北京、济南
10	中企网络通信技术有限公司	合字 B1.B2-20120003	北京、上海、广州
11	网宿科技股份有限公司	B1-20050405	北京、深圳、扬州、西安、成都
12	北京联想调频科技股份有限公司	B1.B2-20100103	北京、武汉、沈阳
13	宁夏西云数据科技有限公司	B1-20150835	北京、中卫
14	上海蓝云网络科技有限公司	B1-20150124	北京、上海
15	中国移动通信集团公司	A2.B1.B2-20100001	全国
16	北京金山云网络技术有限公司	B1-20140153	北京、上海、杭州
17	北京首钢自动化信息技术有限公司	B1-20171857	北京、秦皇岛
18	北京森华易腾通信技术有限公司	B1-20140462	北京
19	上海宽惠网络科技有限公司	B1-20151071	上海
20	北京金迅瑞博网络技术有限公司	B1-20171964	北京、上海
21	成都万达电子科技有限公司	B1-20170008	上海、成都
22	北京龙腾佳讯科技股份公司	B1-20110133	北京、上海
23	深圳市赛柏特通信技术有限公司	B1-20130037	上海、深圳、中卫

(四) CDN

根据分类目录定义，B12 内容分发网络（CDN——Content Delivery Network）业务是指利用分布在不同区域的节点服务器群组成流量分配管理网络平台，为用户提供内容的分散存储和高速缓存，并根据网络动态流量

和负载状况，将内容分发到快速、稳定的缓存服务器上，提高用户内容的访问响应速度和服务的可用性服务。

例：2017年获得内容分发网络业务许可的企业（工信部2017年公布）

19	上海逸云信息科技发展有限公司	B1-20150549	北京、上海、广东
20	深圳市云帆加速科技有限公司	B1-20151085	北京、上海、江苏、浙江、湖南、广东
21	杭州织点科技有限公司	B1-20160370	北京、河北、江苏、浙江、广东
22	北京云端智度科技有限公司	B1-20161570	辽宁、浙江
23	夸克魔方（北京）科技有限公司	B1-20171854	北京、吉林、上海、浙江、福建、山东、湖南、广东、四川、陕西
24	北京百度网讯科技有限公司	B1.B2-20100266	北京、天津、河北、山西、内蒙古、辽宁、吉林、黑龙江、上海、江苏、浙江、安徽、福建、江西、山东、河南、湖北、湖南、广东、广西、重庆、四川、贵州、云南、陕西、甘肃、青海、宁夏、新疆
25	北京百度网讯科技有限公司	B1-20140497	北京、天津、上海、重庆、山西、辽宁、吉林、江苏、浙江、安徽、福建、山东、湖南、广东、四川、陕西、内蒙古
26	杭州牛盾网络技术有限公司	B1-20170630	浙江、湖北
27	北京瑞达云迅科技有限责任公司	B1-20171409	北京、上海
28	上海七牛信息技术有限公司	B1-20160552	河北、浙江、广东
29	云之端网络（江苏）股份有限公司	B1-20150199	北京、江苏、广东
30	北京创世云科技有限公司	B1-20170462	北京、江苏、山东
31	杭州领智云画科技有限公司	B1-20172245	河北、广东
32	上海万根网络技术有限公司	B1-20160210	上海、广东
33	鹏博士电信传媒集团股份有限公司	B1.B2-20060019	北京、上海
34	金锐同创（北京）科技股份有限公司	B1-20172487	北京、河北、山东
35	北京榆东科技有限公司	B1-20170626	北京、上海
36	上海优刻得信息科技有限公司	B1-20140438	北京、广东
37	北京友普信息技术有限公司	B1.B2-20160804	吉林、山东
38	广州奥佳软件技术有限公司	B1-20172488	广东、四川

二、其他行业类牌照

除增值电信业务许可类牌照外，电子商务可能涉及的牌照，也因其业务涉及的行业多元、形式多元，牌照类别也较多，牌照隶属的管理部门也不同。

（一）网络文化经营许可证（文网文）

1、定义

从事互联网文化活动的，应当获得网络文化经营许可证（也即常说的“文网文”）。此“牌照”管辖涉及的业务范围，主要由文化部（已撤销）《互联网文化管理暂行规定》（2017年修订）予以规定：

- 互联网文化活动——指提供互联网文化产品及其服务的活动，主要包括：
- 互联网文化产品的制作、复制、进口、发行、播放等活动；
- 将文化产品登载在互联网上，或者通过互联网、移动通信网等信息网络发送到计算机、固定电话机、移动电话机、电视机、游戏机等

用户端以及网吧等互联网上网服务营业场所，供用户浏览、欣赏、使用或者下载的在线传播行为；

- 互联网文化产品的展览、比赛等活动。
- 互联网文化产品——指通过互联网生产、传播和流通的文化产品，主要包括：
- 专门为互联网而生产的网络音乐娱乐、网络游戏、网络演出剧（节）目、网络表演、网络艺术品、网络动漫等互联网文化产品；
- 将音乐娱乐、游戏、演出剧（节）目、表演、艺术品、动漫等文化产品以一定的技术手段制作、复制到互联网上传播的互联网文化产品。

2、许可还是备案

依前述规定，根据互联网文化活动是否以营利为目的，区分进行许可或备案手续。审批部门均为省级政府文化行政部门：

- 许可：经营性互联网文化活动是指以营利为目的，通过向上网用户收费或者以电子商务、广告、赞助等方式获取利益，提供互联网文化产品及其服务的活动。
- 备案：非经营性互联网文化活动是指不以营利为目的向上网用户提供互联网文化产品及其服务的活动。

3、范围调整

虽然有着对“互联网文化活动”的定义，但文网文证调整的范围还是存在模糊之处，随着中央各部委的改革与职能调整，文网文证调整范围也随之调整和厘清。

（1）2019年5月“文化和旅游部办公厅关于调整<网络文化经营许可证>审批范围进一步规范审批工作的通知”对文网文证做出如下调整：

- 文化和旅游部不再承担网络游戏行业管理职责，不再核发涉及“利用信息络经营网络游戏”“利用信息网络经营网络游戏(含网络游戏虚拟货币发行)”“利用信息络经营络游戏虚拟货交易”等经营范围的《网络文经营许可证》（网络游戏管理职能已划转至国家新闻出版署）
- 现有《网络文化经营许可证》经营范围中的“演出剧(节)目、表演”拆分为“网络演出剧(节)目”和“网络表演”同时删除“网吧内网络文化产品经营”经营范围。
- 调整后的《网络文化经营许可证》审批范围包括：网络音乐、网络演出剧(节)目、网络表演、网络艺术品、网络动漫和展览、比赛活动。
- 其中，网络表演指以网络表演者个人现场进行的文艺表演活动等为主要内容，通过互联网、移动通讯网、移动互联网等信息网络，实

时传播或者以音视频形式上载传播而形成的互联网文化产品。电商类、教育类、医疗类、培训类、金融类、旅游类、美食类、体育类、聊天类等直播不属于网络表演。

(2) 2016年文化部(已撤销)《网络表演经营活动管理办法》明确:

第二条本办法所称网络表演是指以现场进行的文艺表演活动等为主要内容,通过互联网、移动通讯网、移动互联网等信息网络,实时传播或者以音视频形式上载传播而形成的互联网文化产品。

网络表演经营活动是指通过用户收费、电子商务、广告、赞助等方式获取利益,向公众提供网络表演产品及服务的行为。

将网络游戏技法展示或解说的内容,通过互联网、移动通讯网、移动互联网等信息网络,实时传播或者以音视频形式上载传播的经营活动,参照本办法进行管理。

(3) 依据上述调整和厘清,关于直播类电商业务是否需要办理文网文可以总结如下:

- 网络直播并非必须办理文网文,根据直播内容判断。
- 直播内容涉及网络表演,需要办理文网文。
- 电商类、教育类、医疗类、培训类、金融类、旅游类、美食类、体育类、聊天类等直播不属于网络表演,无需办理文网文。
- 含网络游戏技法展示或解说的内容,参照网络表演管理,应当办理文网文。

4、案例

民商事纠纷中,此类“牌照”是否会影响相关主体间合同效力会引发争议。如(2019)吉**民终1381号吴媚因与长春市热一文化传媒有限公司合同纠纷:法院认为热一公司安排吴媚在映客直播平台上进行的网络直播属于互联网文化产品的范畴,而非现场文艺表演活动。双方签订的《艺人合约书》,不因热一公司不具备经营性演出许可证而无效。

(二) 信息网络传播视听节目许可证(视听证)

1、定义

从事互联网视听节目服务,应当办理信息网络传播视听节目许可证(即常说的“视听证”)。此“牌照”主要依据为国家新闻出版广电总局(已撤销)《互联网视听节目服务管理规定》(2015年修订),就“互联网视听节目服务”定义如下:

互联网视听节目服务,是指制作、编辑、集成并通过互联网向公众提供视音频节目,以及为他人提供上载传播视听节目服务的活动。

2、办理条件极为苛刻

依前述规定，办理视听证的应当具备的条件非常严格，近乎苛刻。其中应具有国有背景的条件即挡住了多数电子商务主体的脚步：

“第八条申请从事互联网视听节目服务的，应当同时具备以下条件：

（一）具备法人资格，为国有独资或国有控股单位，且在申请之日前三年内无违法违规记录；

（二）有健全的节目安全传播管理制度和安全保护技术措施；

（三）有与其业务相适应并符合国家规定的视听节目资源；

（四）有与其业务相适应的技术能力、网络资源；

（五）有与其业务相适应的专业人员，且主要出资者和经营者在申请之日前三年内无违法违规记录；

（六）技术方案符合国家标准、行业标准和技术规范；

（七）符合国务院广播电影电视主管部门确定的互联网视听节目服务总体规划、布局和业务指导目录；

（八）符合法律、行政法规和国家有关规定的条件。

第九条从事广播电台、电视台形态服务和时政类视听新闻服务的，除符合本规定第八条规定外，还应当持有广播电视台播出机构许可证或互联网新闻信息服务许可证。其中，以自办频道方式播放视听节目的，由地（市）级以上广播电台、电视台、中央新闻单位提出申请。

从事主持、访谈、报道类视听服务的，除符合本规定第八条规定外，还应当持有广播电视台节目制作经营许可证和互联网新闻信息服务许可证；从事自办网络剧（片）类服务的，还应当持有广播电视台节目制作经营许可证。

未经批准，任何组织和个人不得在互联网上使用广播电视台专有名称开展业务”

目前，从事互联网视听节目服务的部分平台拥有视听证，如优酷、爱奇艺、腾讯等。对于不具备视听证的平台，监管部门也在时刻“清理”和监督。多数需要从事相关服务的主体，欲获得视听证，由于其申请条件的苛刻，往往通过收购持证主体的方式来实现。



3、范围释疑

虽然有着对“互联网视听节目服务”的定义，但视听证调整的范围也存在需要释明的地方。

2009年国家广播电影电视总局、中国证券监督管理委员会《关于加强互联网证券期货讯息、广告宣传等专业性视听节目服务管理的通知》：“三、互联网站登载、播放产品介绍、服务推介、企业形象宣传等视听节目（如视频看房、汽车实拍、菜肴烹调、游戏视频、景区展示等），按国家关于广告管理的相关法规、规范实施管理。网站在登载、播放广告类视听节目的同时，还播放行业讯息、咨询及其他各类视听节目的，或为其他网站或个人提供视听节目上传服务的，须按《互联网视听节目服务管理规定》办理《信息网络传播视听节目许可证》”

北京广播电视台局 2021-06-02 “信息网络传播视听节目许可相关业务答问”^[4]——哪些音视频业务形态不属于网络视听节目管辖范畴？

- 音视频通信。视频聊天、语音通信等通过互联网提供的视音频即时通讯服务。
- 监视画面。为监控道路交通、防范安全风险等需要，通过互联网传送的实时监视器画面。
- 远程教育。旨在以提高特定人群专业水平为目的的网络视音频教学活动，如通过互联网开展基础教育、高等教育、师范教育、职业教

[4] 来源：http://gdj.beijing.gov.cn/bsfw/hyxxgs/202106/t20210602_2403921.html

育、成人教育等远程教育活动。

- 录音录像制品网上分销。指消费者通过互联网向商户下采购光盘、磁带等录音录像制品的订单，商户将相关录音录像制品通过物流公司送到消费者家中，消费者使用光盘播放机、录像机等自有终端设备播放所购买的光盘、磁带等音像制品。
- 广告宣传。在互联网站上登载、播放产品介绍、服务推介、企业形象宣传等视听内容。
- 辅助性引用。论坛、博客、播控等网站上，仅以配合个人观点为目的引用少量视听节目，网站上无特定视听节目板块、栏目。
- 网络音乐、演出剧(节)目、网络游戏等

4、电子商务网络直播是否需要持证

目前，就从事电商直播活动的主体（非平台）是否应持视听证尚无明确规定直接的规定，相关意见散见于部委规章、通知中。

首先，就电商直播是否互联网视听节目范围，依据相关规定“似乎”可以排除。国家新闻出版广电总局《互联网视听节目服务业务分类目录（试行）》（2017年修订）中与直播相关的内容为：第一类第五项“重大政治、军事、经济、社会、文化、体育等活动、事件的实况视音频直播服务”；第二类第七项“一般社会团体文化活动、体育赛事等组织活动的实况视音频直播服务”。这两类与电子商务直播尤其是直播购物的关联度都不算高，直播购物难以算得上“一般社会团体文化活动”。但是否可以此确定，电子商务直播不属于“互联网视听节目服务业务”范畴，仍需监管部门明确。

其次，部分文件就直播主体是否应持证仅有原则性表述，并不直接。广电办发〔2019〕275号《国家广播电视台总局办公厅关于加强“双11”期间网络视听电子商务直播节目和广告节目管理的通知》中提到：“网络视听电子商务直播节目和广告节目（含资讯服务、植入广告、“创意中插”、直播购物、购物短视频等）是网络视听节目服务的重要组成部分，节目内容既要遵守广告管理法律法规，也要符合网络视听节目管理相关规定。”国家互联网信息办公室《互联网直播服务管理规定》：通过网络表演、网络视听节目等提供互联网直播服务的，还应当依法取得法律法规规定的相关资质。网络直播营销管理办法（试行）：直播营销平台应当依法依规履行备案手续，并按照有关规定开展安全评估。从事网络直播营销活动，依法需要取得相关行政许可的，应当依法取得行政许可。几份通知，文件均明确了符合规定、依法的要求，但“未明确直播主体是否应当办理视听证”。

最后，直播平台应取得视听证已经明确。国信办发文〔2021〕3号《关于加强网络直播规范管理工作的指导意见》：“9. 强化准入备案管理。开展经营性网络表演活动的直播平台须持有《网络文化经营许可证》并进行ICP备案；开展网络视听节目服务的直播平台须持有《信息网络传播视听节目许

可证》（或在全国网络视听节目信息登记管理系统中完成登记）并进行 ICP 备案；开展互联网新闻信息服务的直播平台须持有《互联网新闻信息服务许可证》。网络直播平台应当及时向属地网信等主管部门履行企业备案手续，停止提供直播服务的平台应当及时注销备案”。

（三）网络出版服务许可证

1、定义

网络出版服务许可证的前身是“互联网出版许可证”，其法律（法规）上的依据是从《互联网出版管理暂行规定》转变为国家新闻出版广电总局、工业和信息化部《网络出版服务管理规定》。该许可是针对从事网络出版服务所进行的许可。

依前述规定，网络出版服务，是指通过信息网络向公众提供网络出版物。定所称网络出版物，是指通过信息网络向公众提供的，具有编辑、制作、加工等出版特征的数字化作品，范围主要包括：

- 文学、艺术、科学等领域内具有知识性、思想性的文字、图片、地图、游戏、动漫、音视频读物等原创数字化作品；
- 与已出版的图书、报纸、期刊、音像制品、电子出版物等内容相一致的数字化作品；
- 将上述作品通过选择、编排、汇集等方式形成的网络文献数据库等数字化作品；
- 国家新闻出版广电总局认定的其他类型的数字化作品。

2、准入门槛高

依前述规定，获得此类许可，分两类主体，需要的条件较多和较为严苛。

一类是图书、音像、电子、报纸、期刊出版单位，从事网络出版服务，应当具备以下条件：

- 有确定的从事网络出版业务的网站域名、智能终端应用程序等出版平台；
- 有确定的网络出版服务范围；
- 有从事网络出版服务所需的必要的技术设备，相关服务器和存储设备必须存放在中华人民共和国境内。

另一类即除前述出版单位的其他单位从事网络出版服务，除具备前述所列条件外，还应当具备以下条件：

- 有确定的、不与其他出版单位相重复的，从事网络出版服务主体的名称及章程；

- 有符合国家规定的法定代表人和主要负责人，法定代表人必须是在境内长久居住的具有完全行为能力的中国公民，法定代表人和主要负责人至少 1 人应当具有中级以上出版专业技术人员职业资格；
- 除法定代表人和主要负责人外，有适应网络出版服务范围需要的 8 名以上具有国家新闻出版广电总局认可的出版及相关专业技术职业资格的专职编辑出版人员，其中具有中级以上职业资格的人员不得少于 3 名；
- 有从事网络出版服务所需的内容审校制度；
- 有固定的工作场所；
- 法律、行政法规和国家新闻出版广电总局规定的其他条件。

3、适用场景：

(1) 典型情形是利用网络传播网络文学、网络游戏、网络文献数据库等数字化作品，许可证对此类行为做出规制。

从相关监管机构的处罚案例也可以看出，此类许可所规制的情形。如(锡)文综罚字〔2021〕009号：经查，无锡久福网络科技有限公司在未取得《网络出版服务许可证》的前提下，利用公司备案网站，通过百度网盘分享的方式将游戏软件向公众提供。其行为构成了未经批准，擅自从事网络出版服务的事实。

实践中，这类情形也较为常见，服务提供者对此意识不足。

(2) 非典型场景：通过公众号运营的自媒体

通过公众号运营的自媒体是否应当取得此类许可曾经一度引发争议，2016年3月10日“国家新闻出版广电总局解读《网络出版服务管理规定》热点问题”提到：个人或者机构开设微博、微信公众号等“自媒体”，是否需要获得许可？开设微博、微信公众号等所谓“自媒体”的个人或者机构，按照现行标准，属于信息内容的创作者或生产者，而纳入许可管理的，主要是微博、微信等网络平台服务单位，即上述信息内容的提供者。此答复可以厘清，自媒体本身无需取得此类许可。

(3) 其他场景：App 软件运营者

按照上述规定以及国家互联网信息办公室2016年《移动互联网应用程序信息服务管理规定》，如果通过移动互联网应用程序提供信息服务，应当取得相应资质；APP软件具有网络出版服务功能的，也即前述规定所述类似于网络平台服务单位的，应当取得此类许可。

（四）互联网新闻信息服务许可证

此许可要求更为严格，其范围和要求见于如下规定：

根据《互联网新闻信息服务管理规定（2017）》，通过互联网站、应用程序、论坛、博客、微博客、公众账号、即时通信工具、网络直播等形式

向社会公众提供互联网新闻信息服务，应当取得互联网新闻信息服务许可，禁止未经许可或超越许可范围开展互联网新闻信息服务活动。互联网新闻信息服务，包括互联网新闻信息采编发布服务、转载服务、传播平台服务。任何组织不得设立中外合资经营、中外合作经营和外资经营的互联网新闻信息服务单位。

根据《互联网视听节目服务管理规定》和《互联网新闻信息服务许可管理实施细则》，通过互联网站、应用程序、论坛、博客、微博客、公众账号、即时通信工具、网络直播等形式向社会公众提供互联网新闻信息服务（包括采编发布服务、转载服务、传播平台服务），应当取得《互联网新闻信息服务许可证》。

根据《即时通信工具公众信息服务发展管理暂行规定》（国家互联网信息办公室2014年发布），即时通信工具服务提供者从事公众信息服务活动，应当取得互联网新闻信息服务资质。

（五）互联网药品信息服务资格证书

1、定义

从事互联网药品信息服务的，应当取得该资格证书。根据《互联网药品信息服务管理办法》（2017年修订），互联网药品信息服务，是指通过互联网向上网用户提供药品（含医疗器械）信息的服务活动。各省、自治区、直辖市食品药品监督管理部门对本辖区内申请提供互联网药品信息服务的互联网站进行审核，符合条件的核发《互联网药品信息服务资格证书》。

2、资质条件

申请提供互联网药品信息服务，除应当符合《互联网信息服务管理办法》规定的要求外，还应当具备下列条件：

- 互联网药品信息服务的提供者应当为依法设立的企事业单位或者其他组织；
- 具有与开展互联网药品信息服务活动相适应的专业人员、设施及相关制度；
- 有两名以上熟悉药品、医疗器械管理法律、法规和药品、医疗器械专业知识，或者依法经资格认定的药学、医疗器械技术人员。

3、其他限制

由于药品（医疗器械）行业监管要求较多，此资格证书仅仅规制了药品信息服务方面的问题，若企业从事药品（医疗器械）的网络经营销售，则还受到诸多法律法规规定的要求，如《药品管理法》及其实施条例、《药品流通监督管理办法》、《医疗器械监督管理条例》、《医疗器械网络销售监督管理办法》、《广告法》及《药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品广告审查管理暂行办法》等：

- 销售主体应当为产品注册（备案）人或取得药品、医疗器械的经营许可；
- 发布药品（医疗器械）广告应当通过药品监督部门审批；
- 处方药不得通过网络销售（目前在探索放开）；
- 提供互联网药品信息服务的网站不得发布麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品、戒毒药品和医疗机构制剂的产品信息。

（2021 年 12 月）

一文汇总进口医疗器械注册上市流程

吴琦

引言

2021年6月1日新修订的《医疗器械监督管理条例》生效。本文依据新生效的条例规定、集合现有的配套制度规定，以及国家药监局公布的相关公告和办事流程，就进口医疗器械在境内注册上市流程进行了汇总。

一、注册申报

(一) 分类

A、医疗器械分类

在我国，医疗器械按照风险程度分为三类。

第一类风险程度低，实行常规管理可以保证其安全、有效的医疗器械。仅需备案管理。

第二类具有中度风险，需要严格控制管理以保证其安全、有效的医疗器械。需要申报注册。

第三类具有较高风险，需要采取特别措施严格控制管理以保证其安全、有效的医疗器械。需要申报注册。

B、医疗器械类别的判定途径

1、网页查询

进入国家药监局网站（<https://www.nmpa.gov.cn/index.html>）——点击医疗器械标题栏——点击医疗器械分类目录。

2、查询文件

下载《医疗器械分类规则》或《医疗器械分类目录》进行查询。

3、申请分类界定

境内产品向当地省局提交申请，进口产品向医疗器械标准管理研究所提交申请。

4、同第三类申报

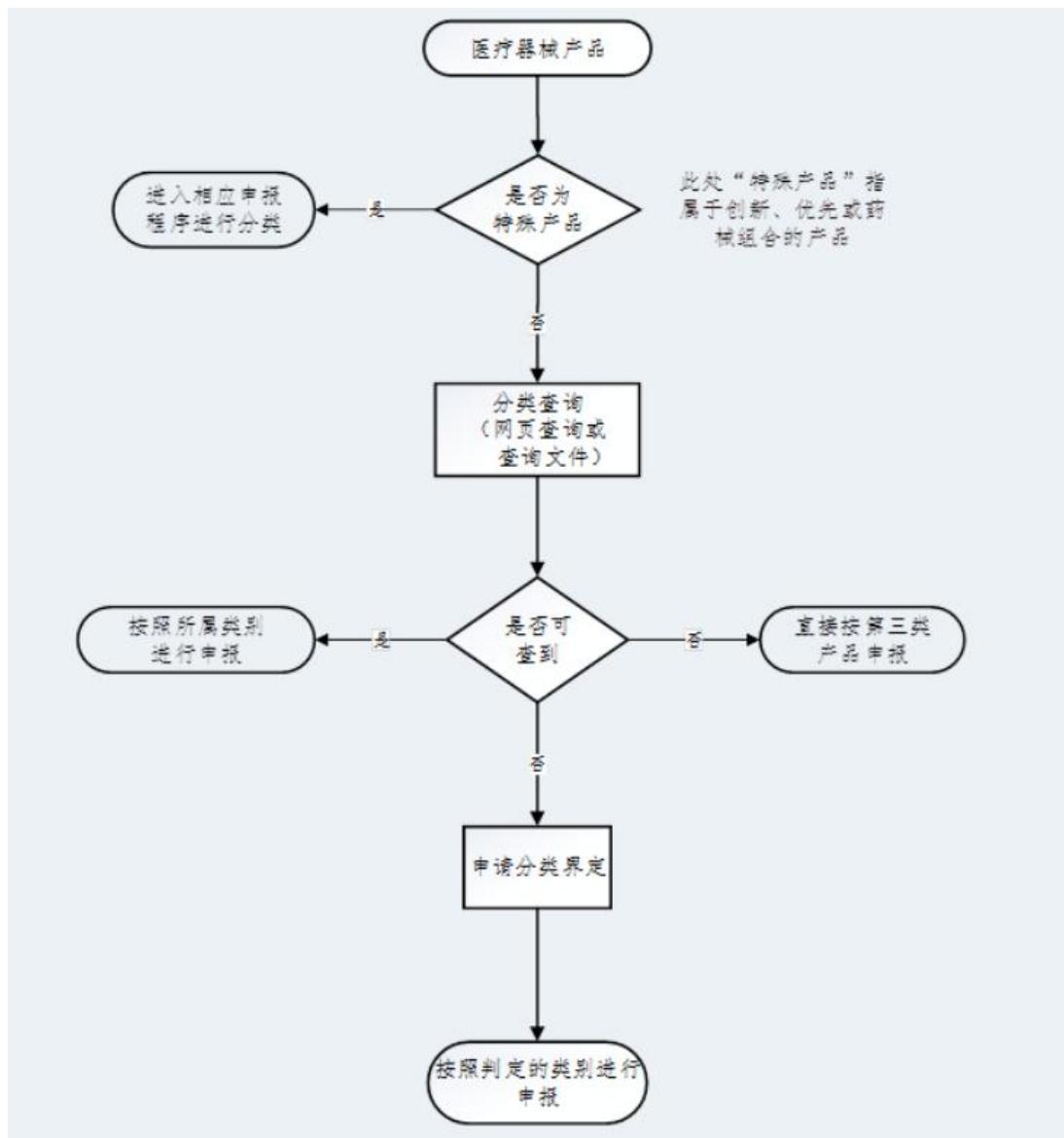
可直接按第三类医疗器械产品申报，器审中心根据申报产品的实际情况判定类别。

5、创新，优先，药械组合

属于创新、优先或药械组合的产品在办理进入相应流程后，可随即进行产品类别判定。

《关于药械组合产品注册有关事宜的通告（修订草案公开征求意见稿）》

*分类具体流程表如下：



(二) 检验

A、检验对象

第一类产品不需要做注册检验，第二类、第三类产品均需要做注册检验。

B、检验前准备

- 符合国家医疗器械质量管理相关要求生产的样品
- 产品技术要求
- 产品相关的技术资料

C、检验中心的选择

- 原则：注册检验应当在具有医疗器械检验资质、且检验项目在其承检范围内的检验机构进行。

- 选择途径：

可进入器审中心网站 (<https://www.cmde.org.cn/CL0001/>)，在右下方活动栏点击“检测中心承检目录库”，输入检索产品名称或机构名称，点击“查询”。

可直接咨询相关医疗器械检验中心。

D、检验工作流程

- 1、申请人与检验中心签订检验合同；
- 2、申请人提交产品技术要求及产品技术资料，将待检样品送至检验中心；
- 3、检验中心开展检测工作；
- 4、检验中心出具检测报告。

(三) 临床评价

A、临床评价

- 医疗器械临床评价是指申请人通过临床文献资料、临床经验数据、临床试验等信息对产品是否满足使用要求或适用范围进行确认的过程。
- 所有医疗器械产品都需要临床评价，产品风险不同，临床评价资料要求不同。

B、临床评价的方式

- 对于列入《免于进行临床试验的医疗器械目录》(以下简称《目录》)的产品，需提交《目录》所述内容的对比资料和与已获准境内注册的《目录》中医疗器械的对比说明。
- 可进行同品种比对：申请人通过同类已上市医疗器械临床试验或临床使用获得的数据进行分析，证明两者基本等同。
- 可提供临床试验相关资料：在具备相应条件的临床试验机构中，对拟申请注册的医疗器械在正常使用条件下的安全有效性进行确认。

C、列入《免于进行临床试验的医疗器械目录》产品

1、《免于进行临床试验的医疗器械目录》定义

列入《免于进行临床试验的医疗器械目录》(以下简称《目录》)的医疗器械产品，可以免于进行临床试验。具体产品可登录国家药品监督管理局网站查询。

2、《目录》内产品需准备的临床评价资料

- 申报产品与“免临床目录”所述内容的对比资料。
- 申报产品与已获准境内注册的“免临床目录”内医疗器械的对比说明。

3、不适用情况

- 使用了新材料、新技术、新活性成份、新设计或具有新作用机理、新功能。
- 扩大或改变适用范围。
- 性能指标不满足目录中列明的标准。
- 其它“免临床目录”列明的不满足临床豁免的情况。

D、同品种比对

1、同品种比对目的

与同类已上市产品进行比对，通过临床数据收集及分析评价等资料证明两者基本等同。

2、同品种比对意义及原则

- “同品种”指基本原理、结构组成、预期用途等方面基本等同于已上市产品。
- 申报产品与同品种医疗器械的差异不对产品的安全、有效性产生不利影响，可视为基本等同。

3、同品种比对相关内容

a、同品种比对流程

(1) 判定：将申报产品与同品种医疗器械进行对比，证明二者基本等同。

(2) 资料收集

(3) 临床数据分析评价

(4) 临床评价报告：临床评价完成后需撰写临床评价报告，在注册申请时作为临床评价资料提交。

b、同品种比对对比项目

详见《医疗器械临床评价技术指导原则》。

c、同品种比对对比分析评价路径

详见《医疗器械临床评价技术指导原则》。

d、同品种比对的形式

详见《医疗器械临床评价技术指导原则》。

E、临床试验

1、临床试验定义

- 在具备相应条件的临床试验机构中，对拟申请注册的医疗器械在正常使用条件下的安全有效性进行确认的过程。
- 按照国务院药品监督管理部门的规定，进行医疗器械临床评价时，已有临床文献资料、临床数据不足以确认产品安全、有效的医疗器械，应当开展临床试验。

2、临床试验前的准备

- 预期的受益应当大于可能出现的损害。
- 完成医疗器械临床前研究。
- 准备充足的试验用医疗器械。
- 医疗器械临床试验应当在两个或两个以上医疗器械临床试验机构中进行。
- 申办者与临床试验机构和研究者达成书面协议。
- 列入需进行临床试验审批的第三类医疗器械目录产品的临床试验需获得批准。
- 申办者应向所在省、自治区、直辖市食品药品监督管理部门备案。

3、临床试验方案

- 申办者应按试验用医疗器械的类别、风险、预期用途等组织制定临床试验方案。
- 临床试验方案设计时应先进行小样本可行性试验。
- 临床试验方案应包括：
 - 一般信息
 - 临床试验的背景资料
 - 试验目的
 - 试验设计
 - 安全性评价方法
 - 有效性评价方法

具体内容详见《医疗器械临床试验质量管理规范》

4、注册申报需要提交哪些资料

- 伦理委员会意见
- 临床试验方案
- 临床试验报告
- 具体内容详见《医疗器械临床评价技术指导原则》

5、临床试验审批

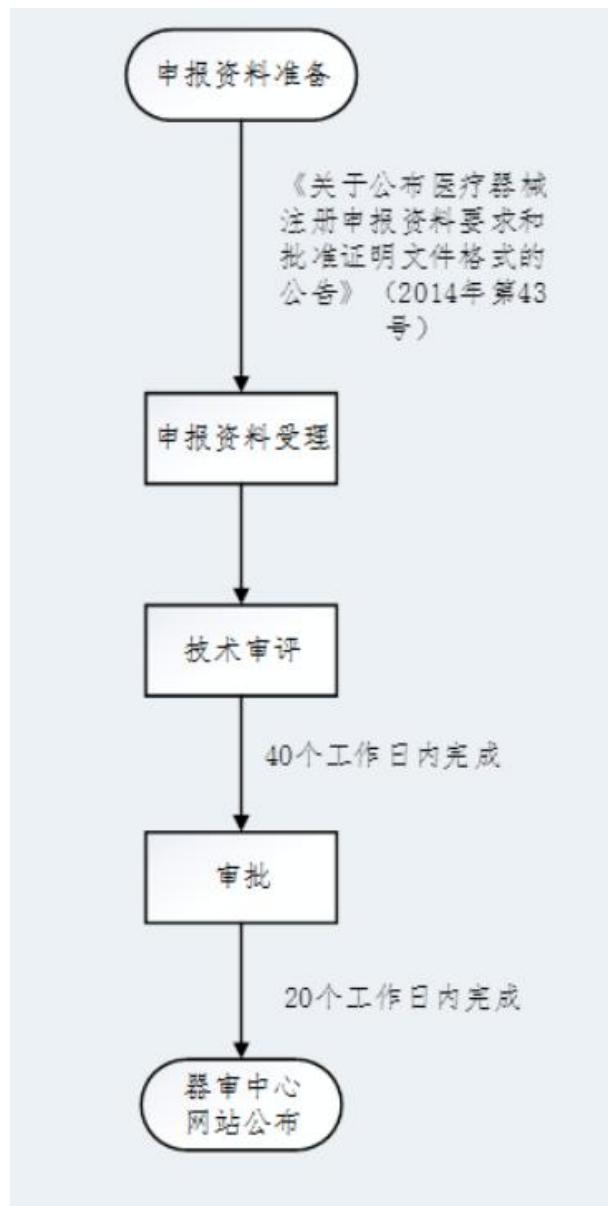
(1) 临床试验审批定义

对人体具有较高风险的第三类医疗器械进行临床试验应获得国务院药品监督管理部门批准。

(2) 需进行临床试验审批的第三类医疗器械目录

需进行临床试验审批的第三类医疗器械目录（2014年第14号）

(3) 临床试验审批流程



6、TIPS

临床试验审批改为默许制：自临床试验审批申请受理并缴费之日起 60 个工作日内，申请人在预留联系方式、邮寄地址有效的前提下，未收到器审中心意见（包括专家咨询会议通知和补充资料通知）的，可以开展临床试验。

多中心临床试验需按照统一试验方案在不同临床试验机构中同期进行

(四) 创新与应急

A、创新

1、创新医疗器械特别审批的意义

- 鼓励医疗器械的研究与创新
- 促进医疗器械新技术的推广和应用

- 推动医疗器械产业发展

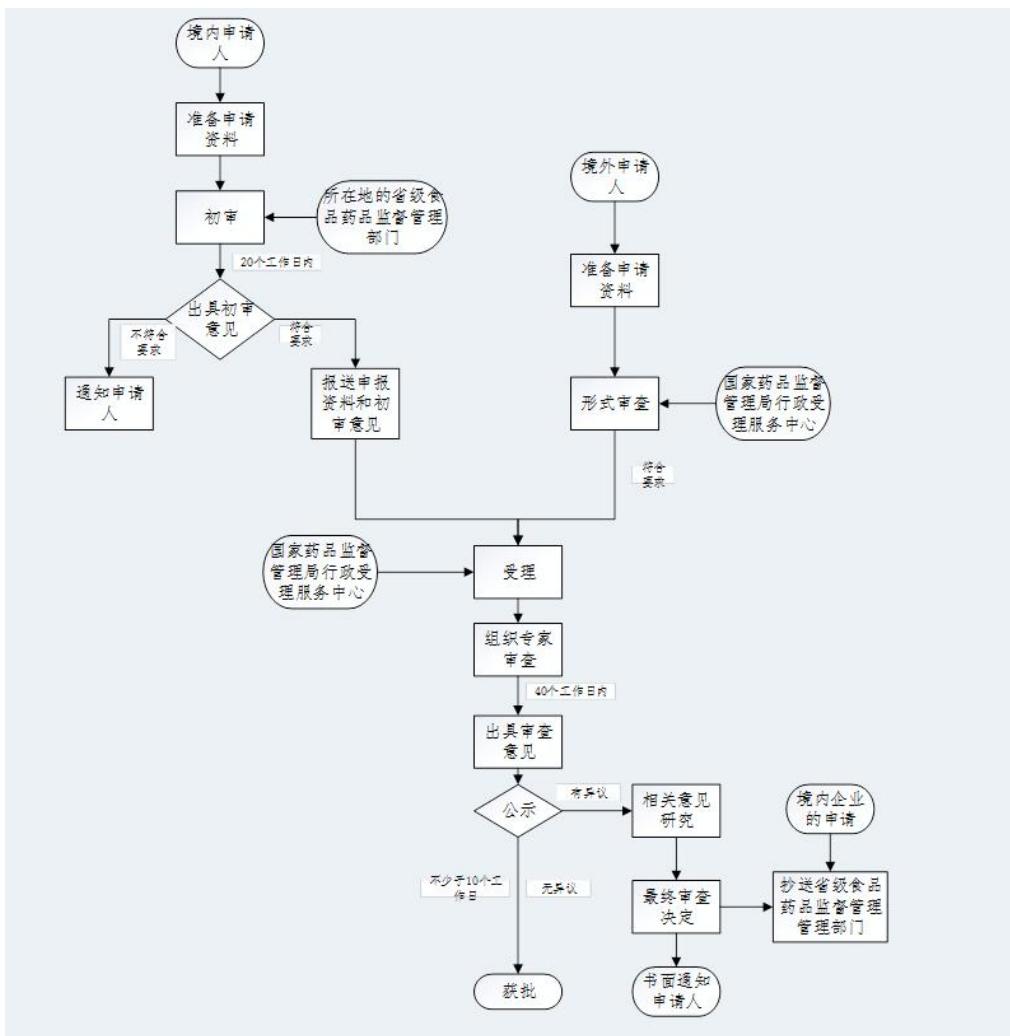
2、申请创新医疗器械特别审批的相关要求

- 申请人经过其技术创新活动，在中国依法拥有产品核心技术发明专利权，或者依法通过受让取得在中国发明专利权或其使用权；或者核心技术发明专利的申请已由国务院专利行政部门公开。
- 产品主要工作原理/作用机理为国内首创，产品性能或者安全性与同类产品比较有根本性改进，技术上处于国际领先水平，并且具有显著的临床应用价值。
- 申请人已完成产品的前期研究并具有基本定型产品，研究过程真实和受控，研究数据完整和可溯源。

3、申报创新医疗器械产品的利好

- 早期介入
- 专人负责
- 检测、体系核查、审评优先

4、申报流程



B、应急

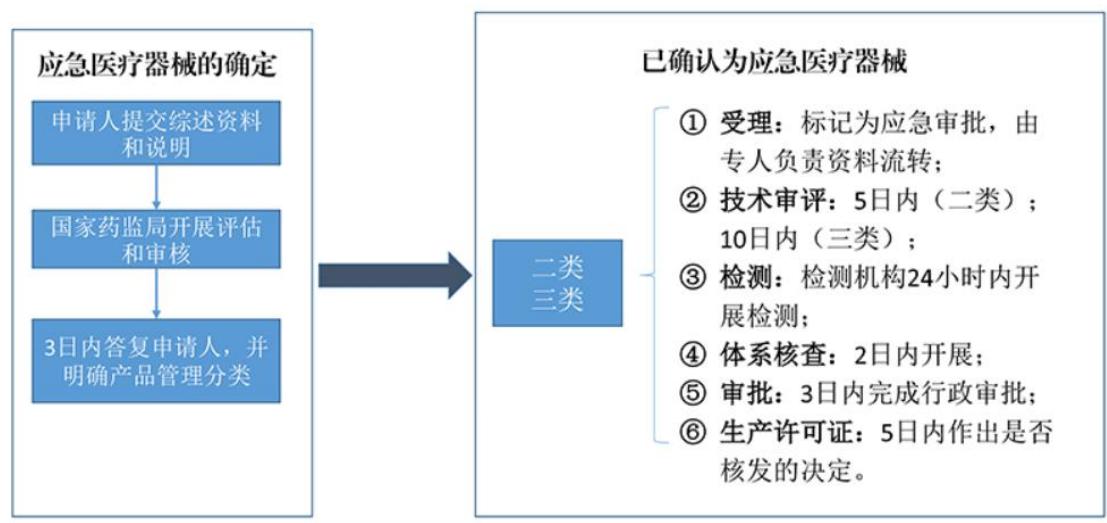
1、什么是应急审批：

当社会存在突发公共卫生事件威胁以及突发公共卫生事件发生时，为有效预防、及时控制和消除突发公共卫生事件危害，确保应急所需医疗器械能够尽快完成注册审批的程序。

2、哪些医疗器械在应急审批范围：

- 对突发公共卫生事件应急所需
- 在我国境内尚无同类产品上市，或虽在我国境内已有同类产品上市，但产品供应不能满足突发公共卫生事件应急处理需要
- 经国家食品药品监督管理局确认。

3、审评流程



二、审评审批

(一) 注册申报受理

A、注册申报资料提交受理途径

- 通过 eRPS 系统线上提交符合《医疗器械注册申请电子提交技术指南（试行）》要求的电子资料。
- 线下途径提交医疗器械注册申请（含现场、邮寄）。

B、需准备的资料和工具

1、线上途径

- 按照《医疗器械注册申请电子提交技术指南（试行）》以及相关通知要求准备 RPS ToC 形式的电子申报资料。
- 提前领取与 eRPS 系统配套使用的数字认证证书（Certificate Authority, CA）。

2、线下途径

- 纸质注册申报资料及储存有 RPS ToC 形式注册申报资料的 U 盘。

- 经签章的“纸质版资料与电子版文档一致性声明”（纸质版和电子扫描件各一份）。
- 申请人（与申请表盖章单位一致）对委托办事人员及所办事项的委托书（见关于办理受理和领取批件等行政许可事项的公告（第 169 号）。
- 办事人员身份证明原件与复印件。

C、办理流程

1、线上途径

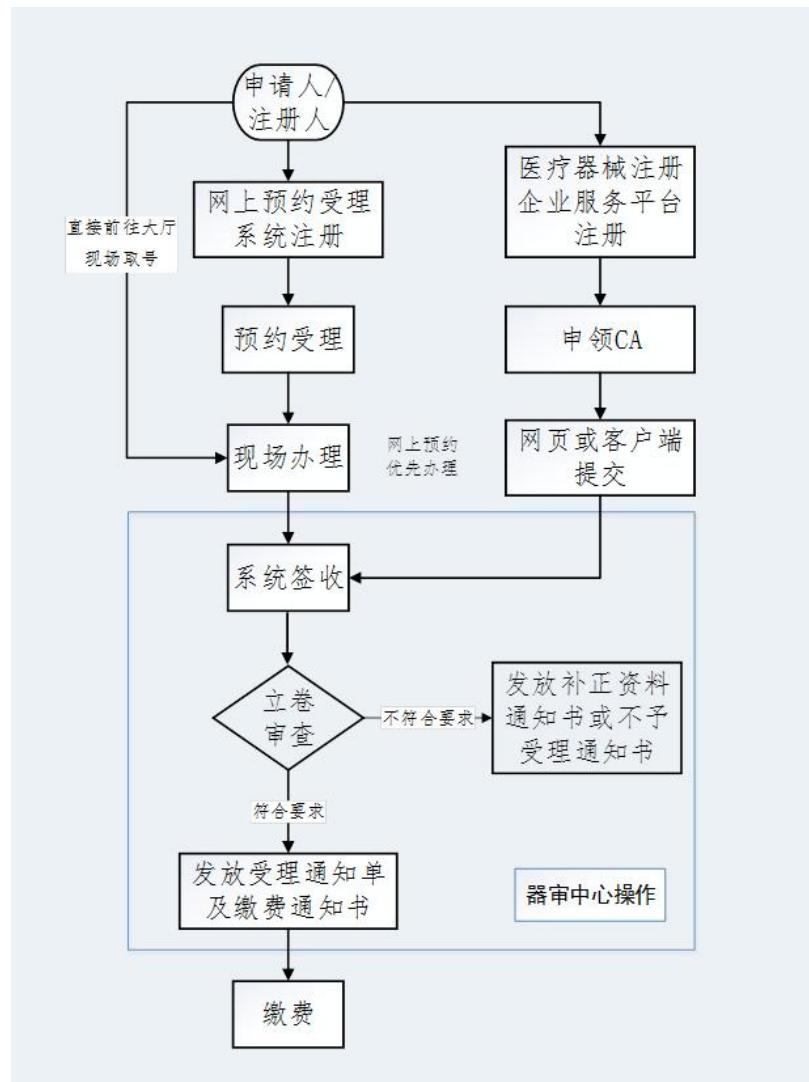
- 申领 CA：进入医疗器械注册企业服务平台进行用户注册后，进入“CA 证书申领”模块。相关操作和有关事宜说明详见《关于医疗器械注册电子申报信息系统数字认证（CA）证书申领有关事宜的通知》。
- 线上提交：可通过 网页端 或 eRPS 客户端提交。

2、线下途径

- 网上预约：相关操作和要求参见关于启用总局行政受理服务大厅网上预约受理系统的公告（第 192 号）。
- 现场办理：根据现场叫号至窗口办理，持网上预约号的优先办理。

E、签收、受理和缴费

- 线下途径提交的医疗器械注册申请（含现场、邮寄），将由受理人员将 U 盘中的注册申报资料代为上传至 eRPS 系统。线上和线下提交的电子资料上传成功后，自动转入签收环节，签收成功将以短信方式告知申请人/注册人。
- 受理：中心对签收后的注册申报资料进行立卷审查，决定是否受理。若资料符合要求，将由中心正式受理，并发放“受理通知单”及“缴费通知书”；若不符合要求，资料将被退回，并发放“补正资料通知书”或“不予受理通知书”。
- 中心默认通过邮寄途径将行政受理文书送达注册申请人/注册人，但与此同时，线上途径提交注册申请的，注册申请人/注册人可凭 CA 证书登录医疗器械注册企业服务平台同步查阅电子文书；对于线下途径提交注册申请时未选择邮寄的，则可前往现场领取行政受理文书。
- 缴费：按“缴费通知书”要求进行缴费。
- 可申报事项及相应收费标准：可查询：国家食品药品监督管理总局关于发布药品、医疗器械产品注册收费标准的公告（2015 年第 53 号）。



(二) 医疗器械优先审批

A、优先审批的利好

- 体系核查优先
- 审评审批优先
- 专项交流

B、申请优先审批的相关要求

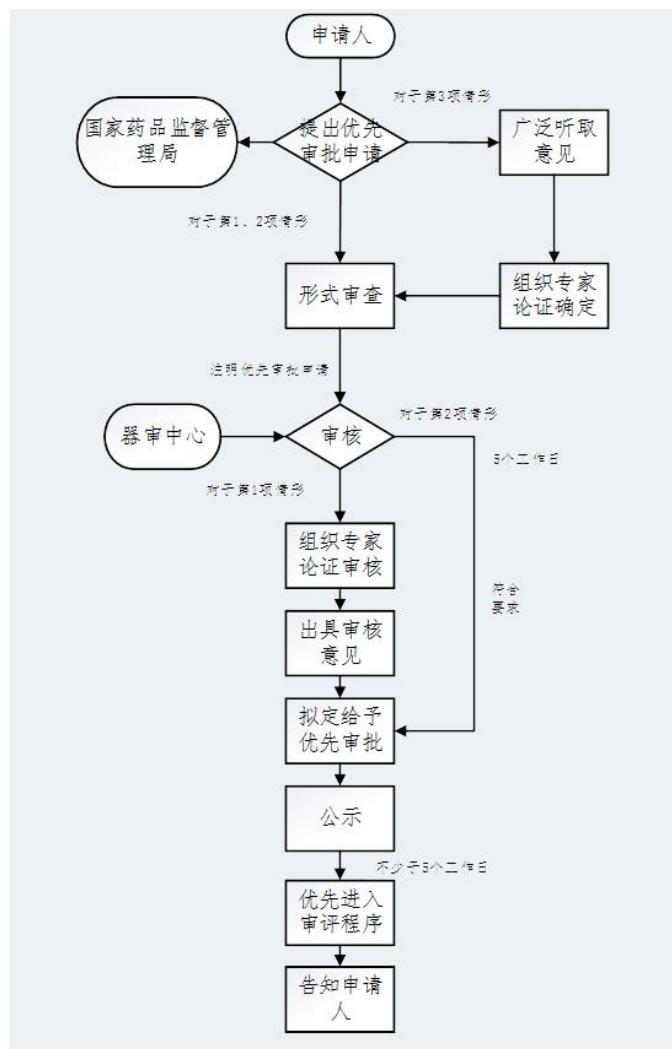
符合下列情形之一的医疗器械：

- (1) 诊断或者治疗罕见病，且具有明显临床优势；
 - (2) 诊断或者治疗恶性肿瘤，且具有明显临床优势；
 - (3) 诊断或者治疗老年人特有和多发疾病，且目前尚无有效诊断或者治疗手段；
 - (4) 专用于儿童，且具有明显临床优势；
 - (5) 临床急需，且在我国尚无同品种产品获准注册的医疗器械。
- 列入国家科技重大专项或国家重点研发计划的医疗器械。

对于其他应当优先审批的医疗器械，由国家药品监督管理局广泛听取意见，并组织专家论证后再确定是否予以优先审批。

以上所提及医疗器械均需属于境内第三类和进口第二类、第三类医疗器械。

C、审批流程



(三) 发补

A、发补定义

在注册审评过程中，当申请人/注册人所提交的注册资料不能满足相关要求时，需要申请人/注册人提交所缺漏部分的资料。主审将一次性告知申请人/注册人所需补充的资料，并以“补正资料通知单”形式告知申请人/注册人。

B、发补方式

- 线上模式：通过 eRPS 系统将“补正资料通知单”发送至申请人/注册人，同步邮寄纸质件。

- 线下模式：补正资料通知单邮寄至申请人/注册人。

C、发补要求

申请人/注册人收到补充资料通知单后，应严格按照补充通知单的要求，1年内完成补充资料的提交。

D、补充资料递交

- 线上模式：申请人/注册人在 eRPS 系统“补充资料”模块上传电子版补充资料。
- 线下模式：申请人/注册人可通过直接送达或邮寄方式提交补充资料，线下提交的补充资料应包括纸质和电子版两份资料，且两份资料内容一致，电子版资料应依据通知单要求将相关文件置入对应 RPS ToC 目录下。

(四) 专家咨询会

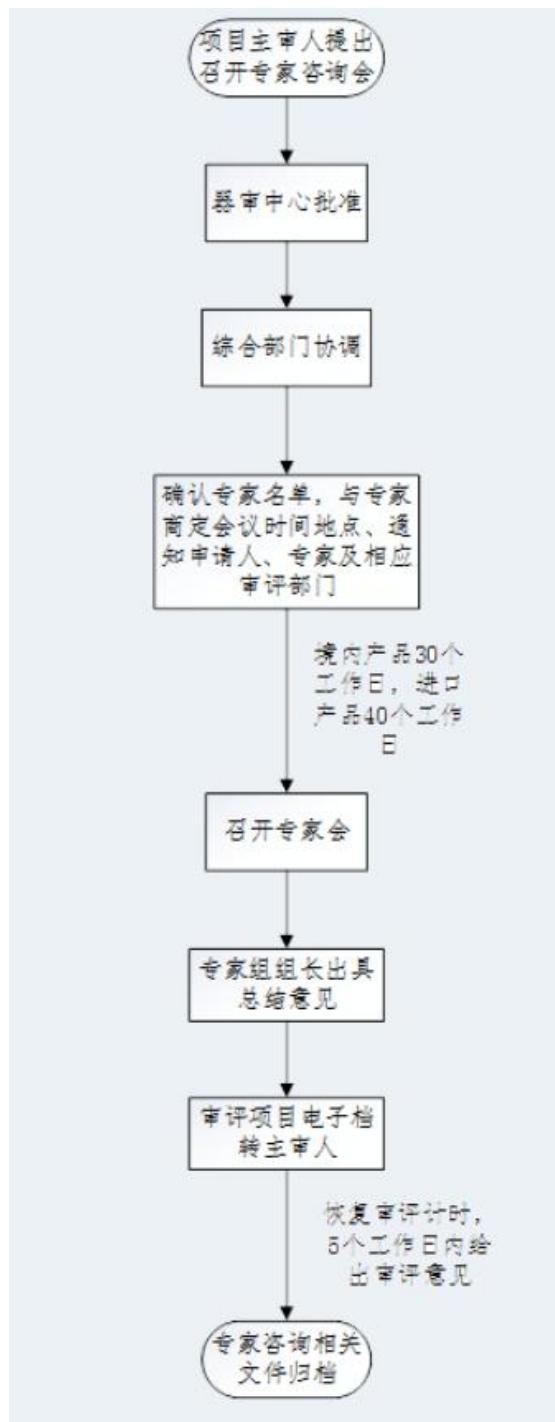
A、专家咨询会

医疗器械技术审评中心在医疗器械注册审评工作中，对需要咨询的技术问题请咨询专家以会议的形式进行讨论并提出意见的过程。

B、属下列情形之一的，可召开专家咨询会：

- (1) 通过创新审查的医疗器械。
- (2) 通过优先审批的医疗器械。
- (3) 通过应急审批的医疗器械。
- (4) 同品种首个的医疗器械。
- (5) 其他产品在审评中的技术问题，由各分技术委员会自行研究解决，存在争议的可提交中心技术委员会讨论，确需咨询专家意见的经中心技术委员会同意后可提出专家咨询会申请。

C、专家咨询会流程



(五) 发补后咨询

A、发补后咨询范围

主要针对处于发补状态的医疗器械注册项目。申请人或注册人在补回资料前，与主审针对补正资料通知单相关内容进行沟通和答疑。

B、发补后咨询方式

- 现场咨询

- 网上咨询
- 共性问题解答
- 补正资料预审查

C、发补后咨询预约

- 登录中心网站，进入技术审评咨询平台。
- 根据《咨询平台使用说明》的指导进行操作，预约“现场咨询”或“网上咨询”。

(六) 不予注册&自行撤回

A、不予注册的定义

经技术审评和/或行政审批后认为注册申报资料无法证明医疗器械产品安全、有效或不符合法规要求的医疗器械注册申请给予不予注册的审评审批意见。

B、常见不予注册的情形

- 注册申报资料虚假；
- 注册申报资料内容严重混乱、矛盾；
- 注册申报资料的内容与申报项目明显不符的；
- 注册申请项目不属于医疗器械的；
- 未按规定的注册形式进行申报的；
- 医疗器械注册质量管理体系核查结论为未通过核查或整改后未通过核查的。

C、常见不予延续注册的情形

- 国家相关要求修订，该医疗器械不能达到新要求的；
- 用于治疗罕见疾病以及应对突发公共卫生事件急需的医疗器械，批准上市时提出的要求，注册人未在规定期限内完成医疗器械注册证载明事项的。

D、终止审评

申请人逾期（1年内）未提交补充资料则终止审评，器审中心将作出不予注册审评意见。

E、自行撤回

申请人可向原食药监总局行政事项受理服务和投诉举报中心提出自行撤回医疗器械/注册变更/延续注册/复审的申请。已受理尚未作出行政许可决定前的注册申请，申请人可自行撤回相关资料。

(七) 领取注册证

A、查询制证进度

1、登陆国家药品监督管理局网站，进入办事服务板块。

- 2、点击“综合查询”。
- 3、点击器械注册审批进度查询。
- 4、当办理状态显示为“制证完毕 - 待发批件”时即可领取。

B、领取方式

1、自取

- 领取地点：行政受理服务大厅
- 携带资料：
 - 申请人（与申请表盖章单位一致）对委托办事人员及所办事项的委托书（见关于办理受理和领取批件等行政许可事项的公告（第 169 号）附件 2）
 - 办事人员身份证明原件与复印件
- 领取时限：制证完成后 3 个工作日内

2、邮寄

制证完成后 3 个工作日内未领取的批件将由服务大厅相关工作人员统一邮寄，并公布寄件信息。

（2021 年 6 月）

跨境电商零售进口模式下货权所有人合规指引

吴琦

近年来，电子商务异军突起，发展极端迅猛，并延伸到跨境贸易层面。2018年以来，六部委、海关总署先后出台的有关跨境电子商务监管的相关文件，如六部委商财发〔2018〕486号“关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知”（下称“486号文”）、海关总署公告2018年第194号“关于跨境电子商务零售进出口商品有关监管事宜的公告”（下称“194号文”），以及2019年1月生效的《电子商务法》，等等，构架起跨境电子商务基本法律框架。随着境内电子商务的日趋成熟，跨境贸易模式的监管与合规日趋为人们所重视。

从事零售进口的跨境电商贸易形式共涉及四方主体，一是跨境电商零售进口经营者（跨境电商企业），即货权所有人，我们常说的卖家、商家；二是跨境电商第三方平台经营者，即跨境电商平台；三是境内服务商，即报关、报检、仓储、物流、支付等服务商；四是消费者，即最终用户。

而针对货权所有人的合规要求，前述文件中列举了六大方面：承担商品质量安全的主体责任、承担消费者权益保障责任、履行对消费者的提醒告知义务、建立商品质量安全风险防控机制、建立健全网购保税进口商品质量追溯体系、向海关实时传输相关数据。本文将其归类为主体责任、质量保障责任、消费者保护责任三大类展开分析。

一、跨境电商零售进口的B2C模式

本文所探讨的跨境电商零售进口，引自486号文中的定义，指中国境内消费者通过跨境电商第三方平台经营者自境外购买商品，并通过“网购保税进口”（海关监管方式代码1210）或“直购进口”（海关监管方式代码9610）运递进境的消费行为（194号文将海关监管方式代码1239也纳入）。其中的商品应符合属于《跨境电子商务零售进口商品清单》内、限于个人自用并满足跨境电商零售进口税收政策规定的条件；通过与海关联网的电子商务交易平台交易，能够实现交易、支付、物流电子信息“三单”比对等。而四方主体中的货权所有人，指跨境电商零售进口经营者，即自境外向境内消费者销售跨境电商零售进口商品的境外注册企业。

从上述定义可以看出，跨境电商零售进口，官方“定义”的经典模式为B2C模式，此模式下海关监管除了为“三单”比对提供便利外，货权所有人对于商品的责任与“个人境外直接购买商品”极为接近。

一方面，境内C端为终极用户即境内消费者，此处消费者应为真实的消费者。为防止享受税收优惠以及通关便利的政策红利的同时行一般进口

贸易之实，此模式下要求进口的商品限于消费者自用，不能二次销售；也因此，此模式下进口的商品各项标准可能低于国内标准，排除部分强制性规范的适用，更强调消费者“自认、自担风险”。

另一方面，B端主体即货权所有人往往位于境外，除了对于进口商品“物”的监管外，对于B端主体“人”的监管和责任追究往往无能为力或代价过高，而对于“人”的监管恰恰是跨境电商零售进口的监管核心之一。为解决此风险和监管难题，跨境电商零售进口模式特别设置了境内“代理人”的模式，要求注册在境内的“代理人”来接受监管并承担相关责任，不得不说这是一种不得已但行之有效的方法。也就是说，跨境电商监管是针对境内消费者向境外企业购买商品后入境清关的监管。

二、主体责任

货权所有人在跨境电商零售进口的交易过程中，它所面临的是境内消费者，以及代为办理通关、物流等的服务商；而它的商品需要接受检验检疫、税收、进出口类别限制等方面的监管，因此，它承担着两个层面的主体责任。

1、民商法层面，货权所有人承担“卖方”责任。

跨境电商零售进口从交易本质上看，是境内消费者“买方”通过电商平台与境外“卖方”订立了一份跨境网络购物合同，买卖双方均应依照合同约定履行其义务，保护其权利。虽然有涉外因素，但现有法律对其法律适用、争议解决的管辖等均有所规制，对境内买方保护更为有利。法律适用上，在没有特别约定的前提下，依据《涉外民事关系法律适用法》第42条规定，由消费者选择适用其经常居住地法律。管辖上，应依据《民事诉讼法》第265条的相关规定，由其合同签订地、履行地法院管辖，因此类合同支付、收货、运输等主要履行环节均发生在境内，境内法院对于纠纷的管辖有其充分的法律依据。但即便如此，由于涉外纠纷的成本高、周期长，加上此类交易限额5000元以下的要求致使争议标的额不会很高，境内消费者鲜有通过涉外诉讼的方式解决问题。

至于货权所有人与境内服务商之间的关系，亦可援引上述类似法律适用，由境内法律规制、由境内法院管辖。

2、监管层面，其主体责任主要通过代理人来实现。

(1) 注册登记、数据传输。相关文件规定，货权所有人“应委托一家在境内办理工商登记的企业，由其在海关办理注册登记，承担如实申报责任，依法接受相关部门监管，并承担民事连带责任”（486号）；“境外跨境电商企业应委托境内代理人（以下称跨境电商企业境内代理人）向该代理人所在地海关办理注册登记”（194号）；“向海关实时传输施加电子签名的跨境电商零售进口交易电子数据，可自行或委托代理人向海关

申报清单”（486号）。如前文所述，对于境外货权所有人的监管主要通过境内的代理人来实现，因此，相关监管的要求并未对货权所有人的资质做出强制性的规定，而要求境内代理人办理工商登记、在海关办理注册登记等。同时，由于海关监管模式给予了跨境电商零售进口模式“汇总申报”的便利，相较于一般贸易每单单独申报的做法，更为快捷和高效，也因此需要交易电子数据的实时对接；虽然文件中规定了“自行”申报的方式，但实践中基本都是由境内代理人或报关服务商来完成的。

（2）民事连带责任。受委托的境内代理人应“承担民事连带责任”，在文件中这是非常刺眼的几个字。法理上讲，连带责任应由法律规定或者由当事人约定；其法律基础在于民法典第一百七十六条“民事主体依照法律规定或者按照当事人约定，履行民事义务，承担民事责任”。在没有特别约定的前提下，委托人与代理人并不必然存在连带责任。而486号文作为一个部门规章效力等级的文件，作为一个主要规定行政监管事项的文件，代替法律或约定去规定当事人的民事责任，显然有所僭越。如前文所述，这样规定的自然是为了保护境内消费者，防止维权成本、周期过长的弊端，而消费者起诉境内代理人、境内服务商的案例非常常见。

实践中，尚未发现因文件的效力问题导致的民事或行政纠纷。实践中的惯常做法也促使“连带责任”成为当事人的约定从而解决了规定的效力难题。比如，京东全球购平台在486号文件出台后即要求入驻平台的电商企业及其代理人提交所签署类似“连带责任保证函”的自认、承诺性文件，这样要求的背后动因自然是监管的要求；但这样的准入条件设定并不违法，客观上也推动了连带责任成为当事人的约定。境内代理人为了保护自身权益、较低风险，往往会要求境外货权所有人缴纳一定的保证金。如此一来，便形成了境内消费者——境内代理人——境外货权所有人的责任追究和承担链条，各个环节运转高效且有所保障。

三、质量保障责任

1、机制与体系要求

486号文要求货权所有人建立商品质量安全风险防控机制，包括收发货质量管理、库内质量管控、供应商管理等。建立健全网购保税进口商品质量追溯体系，追溯信息应至少涵盖国外启运地至国内消费者的完整物流轨迹，鼓励向海外发货人、商品生产商等上游溯源。194号文就此做出重申：海关对跨境电子商务零售进口商品实施质量安全风险监测，责令相关企业对不合格或存在质量安全问题的商品采取风险消减措施，对尚未销售的按货物实施监管，并依法追究相关经营主体责任；对监测发现的质量安全高风险商品发布风险警示并采取相应管控措施。海关对跨境电子商务零售进口商品在商品销售前按照法律法规实施必要的检疫，并视情发布风险警示。

事实上，境外企业的相关管理机制和体系建设，依赖于企业当地的法律法规要求，境内监管机构所能够监管的，也只有商品入境到消费者手中这一段的交易流程。由于境内代理人的存在，此类监管的规定要求，通过境内代理人、境内报关报检、物流仓储等的服务商的数据传输监控来实现，客观上能够涵盖相对完整的境内物流轨迹；在电商平台这一环节，通过物流信息的展示，客观上也实现了追溯信息涵盖完整物流轨迹的要求。

2、部分强制性规范的排除

在一般贸易的情形下，一国境内商品流通需要符合该国关于质量、安全、卫生、环保、标识等标准或技术规范要求，比如：食品安全法对食品中文标签、流通者资质（食品流通许可）均有资质要求；产品质量法对电气产品的安全标准的有强制要求，如“3C”认证等等。但依据 194 号文的规定，“对跨境电子商务直购进口商品及适用“网购保税进口”（监管方式代码 1210）进口政策的商品，按照个人自用进境物品监管，不执行有关商品首次进口许可批件、注册或备案要求。”对“明令暂停进口的疫区商品”和“出现重大质量安全风险的商品”除外，如此前核辐射区的日本产品。同时，应告知消费者“相关商品符合原产地有关质量、安全、卫生、环保、标识等标准或技术规范要求，但可能与我国标准存在差异。消费者自行承担相关风险。”此规定即表示，商品符合原产地标准仅需告知即可，与我国存在差异是允许的。由于此模式下进口商品属于消费者个人使用的最终商品，明确禁止进入国内市场再次销售，故不涉及境内流通，不适用产品质量、食品安全等强制性法律法规规定，不需满足我国相关标准与规范。这意味着，跨境电商零售进口的产品，在质量、安全、卫生、环保、标识等标准或技术规范要求方面，有可能低于境内的标准。

跨境电商零售进口三类监管模式，即跨境电子商务直购进口商品（监管方式代码 9610）、网购保税进口（监管方式代码 1210）和网购保税进口 A（监管方式代码 1239），在强制要求排除方面主要差别如下表所示：

监管模式	监管方式代码	说明	规范排除
跨境电子商务直购进口	9610	境外发货直购进口	不执行有关商品首次进口许可批件、注册或备案要求
网购保税进口	1210	跨境电商综合试验区保税进口模式	

网购保税进口	1239	跨境电商综合试验区以外城市的保税进口模式	执行有关商品首次进口许可批件、注册或备案要求
--------	------	----------------------	------------------------

四、消费者保护责任

1、履行对消费者的提醒告知义务

由于进口的商品限于消费者自用且可能会低于国内强制性标准要求，因此货权所有人应当充分告知消费者相关风险，由消费者自行决定是否接受。相关文件要求，货权所有人应会同跨境电商平台在商品订购网页或其他醒目位置向消费者提供风险告知书，消费者确认同意后方可下单购买。告知书应至少包含以下内容：（1）相关商品符合原产地有关质量、安全、卫生、环保、标识等标准或技术规范要求，但可能与我国标准存在差异。消费者自行承担相关风险。（2）相关商品直接购自境外，可能无中文标签，消费者可通过网站查看商品中文电子标签。（3）消费者购买的商品仅限个人自用，不得再次销售。此处规定也说明，货权所有人应当在平台公示其商品的中文电子标签。

目前，对于商品是否符合原产地有关标准或技术规范要求，尚无有效的“检测”方法与要求；货权所有人对此告知消费者，应当视为其做出的声明和承诺，如与事实不符，应为对买卖合同义务的违背，消费者可要求其承担违约责任、赔偿损失等。

2、承担消费者权益保障责任

对于跨境电商零售进口交易是否可以用《消费者权益保护法》来规制，理论中有较大争议。比较典型的是“消法”第二十五条网络购物七天无理由退货的规定，由于跨境商品退货周期较长、成本较高，鲜有跨境电商接受、采用此规定作为其退换货的政策；各大跨境电商平台上，商家均在显著位置表明某某商品不适用七天无理由退货政策。而这种现象大行其道似乎也在表明，“消法”不适用于跨境电商。

作为对法律不能适用的弥补，相关监管文件参照质量法、安全法、消费者权益保护法等法律的保护范围，对货权所有人承担消费者权益保障责任做出了全面的要求：包括但不限于商品信息披露、提供商品退换货服务、建立不合格或缺陷商品召回制度、对商品质量侵害消费者权益的赔付责任等。当发现相关商品存在质量安全风险或发生质量安全问题时，应立即停止销售，召回已销售商品并妥善处理，防止其再次流入市场，并及时将召回和处理情况向海关等监管部门报告。需要明确的是，这些规定可以成为海关等监管部门行政行为的依据，但无法成为消费者民事主张的依据。消费者购物时可以审阅电商平台公示的消费者保护政策，并以此作为后续主张的依据。

3、信息审核责任

为了避免商品的二次销售或利用虚假信息进口，境内代理人应对交易真实性和消费者（订购人）身份信息真实性进行审核，并承担相应责任；身份信息未经国家主管部门或其授权的机构认证的，订购人与支付人应当为同一人。在与海关信息实时对接的基础上，此审核责任不难实现。

五、小结

跨境电商零售进口模式的四方主体中，由于货权所有人位于境外，需要在境内设立代理人接受监管，二者共同承担民事连带责任；虽然跨境的商品可以不符合境内的相关强制性规定，但货权所有人亦应本着诚实信用的原则，如实披露告知消费者，并建立起商品质量安全风险防控机制、质量追溯体系，承担消费者权益保障责任、信息审核责任等。

（2021年3月）



投融资并购及 IPO

乘风破浪亦需行稳致远

—现代物流行业 IPO 主要法律关注问题总结

王月鹏、黄心蕊

物流行业的经营模式经历了从基础物流、综合物流、再到供应链管理逐步迈进的发展历程。基础物流主要涉及运输、仓储等单个物流环节，业务形态较为单一、基础；综合物流为客户提供运输、仓储、货运代理、配送、信息服务等系统化的物流解决方案，具有一定的货物集散、分拨网络能力；而越来越多的物流企业正在向供应链管理型业务形态靠拢升级，即以目标客户为中心，在深入了解客户产供销全流程特性的基础上，将供应链中采购、生产、销售、流通等环节有机融合起来，将单一、分散的服务环节进行一体化整合，输出定制化的供应链物流解决方案。

据统计，A股资本市场已有近50家物流行业上市公司，另有多家综合性物流服务公司及特定行业或领域的专业物流服务公司正在上市审核过程中。在物流企业的上市过程中，其法律合规方面的突出关注问题与物流行业的业务复杂程度、企业规模化程度高度相关。本文旨在梳理物流企业在A股上市过程中的重点关注问题，以期对拟IPO物流企业及相关方有所裨益。

一、业务资质问题

现代物流行业的业务链条及业务流程均较为复杂，供应链服务类物流业务还会将业务流程扩展至产业链的各个环节。因此，现代物流行业需要根据其具体业务所涉环节申请及维护其相应的业务资质，发行人是否取得从事业务所必需的资质、许可向来是物流企业IPO审核中关注的重中之重。

根据物流行业的业务环节和业务流程，笔者梳理了物流行业通常所需的业务资质：

序号	业务流程	业务资质名称	法规依据
1	货运代理	国际货运代理企业备案	《国际货运代理企业备案（暂行）办法》：凡经国家工商行政管理部门依法注册登记的国际货物运输代理企业及其分支机构应当向商务部或商务部委托的机构办理备案。
2	海关报关、代理报关	海关报关单位注册登记证书（现为备案回执）	《海关法》：进出口货物收发货人、报关企业办理报关手续，应当依法向海关备案。 《海关报关单位备案管理规定》：进出口货物

序号	业务流程	业务资质名称	法规依据
			收发货人、报关企业申请备案的，应当取得市场主体资格；其中进出口货物收发货人申请备案的，还应当取得对外贸易经营者备案。
3	货物进出口、海关报关、代理报关	对外贸易经营者备案	《对外贸易经营者备案登记办法》：从事货物进出口或者技术进出口的对外贸易经营者，应当向中华人民共和国商务部（以下简称商务部）或商务部委托的机构办理备案登记；但是，法律、行政法规和商务部规定不需要备案登记的除外。
4	道路（公路）运输	道路运输经营许可证 (注：使用总质量4500千克及以下普通货运车辆从事普通货运经营的无需办理；涉及危险品货物道路运输的，《道路运输经营许可证》的经营范围栏内应注明允许运输的危险货物类别、项别或者品名)	《中华人民共和国道路运输条例》：从事危险货物运输经营以外的货运经营的，向县级道路运输管理机构提出申请；从事危险货物运输经营的，向设区的市级人民政府交通运输主管部门提出申请。交通运输主管部门予以许可的，向申请人颁发道路运输经营许可证，并向申请人投入运输的车辆配发车辆营运证。 使用总质量4500千克及以下普通货运车辆从事普通货运经营的，无需按照本条规定申请取得道路运输经营许可证及车辆营运证。
5	境内公路运输企业载运海关监管货物	境内公路运输企业载运海关监管货物注册登记证书	《中华人民共和国海关关于境内公路承运海关监管货物的运输企业及其车辆、驾驶员的管理办法》：在境内从事海关监管货物运输的企业、车辆应当向主管地的直属海关或者隶属海关申请办理注册登记手续，驾驶员应当办理备案登记手续。
6	铁路运输	铁路运输许可证	《铁路运输企业准入许可办法》：在中华人民共和国境内依法登记注册的企业法人，从事铁路旅客、货物公共运输营业的，应当向国家铁路局提出申请，经审查合格取得铁路运输许可证。
7	经营国际船舶运输	国际船舶运输经营许可证	《中华人民共和国国际海运条例》：经营国际船舶运输业务，应当向国务院交通主管部门提出申请，并附送符合本条例第五条规定条件的相关材料。国务院交通主管部门应当自受理申

序号	业务流程	业务资质名称	法规依据
			请之日起 30 日内审核完毕，作出许可或者不予许可的决定。予以许可的，向申请人颁发《国际船舶运输经营许可证》；不予许可的，应当书面通知申请人并告知理由。
8	经营水路运输	水路运输许可证	《中华人民共和国水路运输管理条例》：交通主管部门对批准设立的水路运输企业和其他从事营业性运输的单位、个人，发给运输许可证；对批准设立的水路运输服务企业，发给运输服务许可证。
9	经营公共航空运输	公共航空运输企业经营许可证	《中华人民共和国民用航空法》：设立公共航空运输企业，应当向国务院民用航空主管部门申请领取经营许可证，并依法办理工商登记；未取得经营许可证的，工商行政管理部门不得办理工商登记
10	设立保税仓库	海关保税仓库注册登记证书	《中华人民共和国海关对保税仓库及所存货物的管理规定》：保税仓库是指经海关批准设立的专门存放保税货物及其他未办结海关手续货物的仓库，设立保税仓库应经主管海关验收合格后，经海关注册登记并核发《保税仓库注册登记证书》，方可开展有关业务。

需要注意的是，现代物流服务企业常常是众多运输资源的整合集成，物流服务企业接受客户委托后可能并非由其实际承担运输任务，而是委托至具体从事运输业务的企业（即实际承运人，如经营船舶运输的船公司、经营航空器运输的航空公司、经营铁路运输的铁运公司等）承担，在此种情形下，物流服务企业还应考察其供应商即实际承运人是否具备相应业务资质；如实际承运人业务资质存在瑕疵，亦会影响物流服务企业本身业务合规性。

除上述物流服务环节涉及的业务资质外，由于供应链管理企业的业务链条常常延伸至客户的采购、销售等环节，涉及特殊产品经营（如食品、药品、医疗器械、危险化学品等）的，尚需根据产品监管情况取得特殊的经营许可（如食品经营许可证、药品经营许可证、医疗器械经营许可/备案、危险化学品经营许可证等）。

※相关审核案例

企业简称	反馈/问询问题
------	---------

日日顺（创业板 预披露，交易所 审核已通过）	请发行人：（1）结合发行人各项业务经营环节所涉及的监管政策，补充披露公司及其子公司生产经营所必须的全部资质、许可、认证的取得情况，是否存在超越资质、经营范围的情形；针对年内到期的生产经营资质续期的办理情况，说明无法续期的风险及对公司生产经营的影响；（2）结合我国电信经营相关法律法规，补充披露发行人是否合法拥有线上销售的资质、证照；仅获得增值电信业务许可证是否满足业务各环节需求；相应线上销售平台的产生背景，权属情况、是否完整履行审批程序，合法获取相关许可文号；发行人开展线上销售业务的合法合规性。
海晨股份 (300873, 2020 年上市)	发行人及子公司是否取得日常经营所需的资质许可或注册备案，相关道路运输许可证续期进展情况，是否存在无法续期或对发行人生产经营产生不利影响的风险。
东航物流 (601156, 2021 年上市)	请发行人补充披露：（1）生产经营各个环节需获得的审批、认证（含合格供应商认证）、备案等事项；（2）发行人及其子公司是否具备生产经营所必要的全部业务资质，说明相应的审批主体、资质或证书名称及有效期；（3）公司已取得的相关经营许可等证书有效期届满后，公司申请续期是否存在实质障碍，如有，则说明是否对公司业务造成重大不利影响并补充风险提示。

结合上述审核案例，我们建议拟 IPO 物流企业：

- 1、对照法律法规仔细梳理生产经营全流程涉及的许可/备案证书；如供应链管理业务涉及特殊产品经营的，还应梳理确认该产品是否属于特殊监管类产品，是否需要办理特殊经营资质；
- 2、对于即将到期的资质证书积极推进续期工作，确保不会出现资质“断档”；
- 3、建立健全供应商（包括但不限于实际承运人）管理机制，加强对供应商资质的核查工作，将具备相应资质作为供应商准入门槛之一。

二、瑕疵租赁问题

由于物流企业涉及仓储环节，且其通常布局较多物流网点，因此物流企业通常涉及较多仓库租赁、房屋租赁的情况，且物流企业由于其业务性质，其仓库往往设立在机场、海关监管区等特殊场所，该等场所可能由于产权关系不明晰导致物流企业租赁法律关系存在瑕疵。由于租赁瑕疵将影响仓库、房屋的正常使用，从而直接影响发行人的生产经营稳定性持续性，因此，租赁瑕疵问题在物流企业 A 股上市审核过程中亦颇受关注。

※相关审核案例

企业简称	反馈/问询问题
------	---------

企业简称	反馈/问询问题
东航物流（601156， 2021年上市）	发行人尚有合计面积为 23,280.94 平方米的 17 处房屋未取得产权证书，占发行人总房产面积的 8.32%。此外，发行人有 41 处租赁物业未能提供房屋产权证书等权属证明文件，7 处物业对应的土地性质为划拨。请发行人补充披露：（1）上述土地房产权属瑕疵事项具体内容、面积、占比、报告期涉及营业收入及占比情况，是否构成重大违法，是否构成本次发行上市的障碍，除上述土地房产瑕疵外，是否存在其他使用或租赁使用集体建设用地、划拨地、农用地、耕地、基本农田及其上建造的房产等情形，是否符合土地相关法律法规规定；（2）发行人主要生产经营场所相关土地使用权及房屋的取得和使用是否符合相关法律法规规定，主要生产经营场所是否存在搬迁风险，公司的应对措施及相关搬迁费用的具体承担主体，是否对公司生产经营造成重大不利影响。请保荐机构和发行人律师对发行人取得和使用土地是否符合《土地管理法》等法律法规的规定、是否依法办理了必要的审批或租赁备案手续、有关房产是否为合法建筑、是否可能被行政处罚、是否构成重大违法行为出具明确意见，说明具体理由和依据。
海程邦达（603836， 2021年上市）	请发行人说明：（1）补充披露相关不动产权属是否存在瑕疵，租赁不动产的租赁期限情况，及租赁关系是否存在瑕疵、是否可能被认定为无效租赁，是否可能对发行人及其子公司的经营产生重大不利影响。请发行人详细披露可能因“租赁合同到期或租赁仓库权属瑕疵不能续租”具体涉及的仓库，租赁到期、权属瑕疵的具体情况，相关仓库无法续租将对发行人业务产生何种影响，是否有搬迁替代方案，实施搬迁替代方案的费用情况及费用承担主体为何方；（2）瑕疵租赁目前的整改情况。是否涉及违法违规，是否会因此受到行政处罚；（3）租赁不动产的租赁期限、租赁关系是否存在瑕疵，是否可能被认定为无效租赁；（4）出租方不配合办理租赁备案的原因，是否存在纠纷或者潜在的纠纷；（5）上述瑕疵是否会导致发行人及其控股子公司遭受实际损失，是否会对发行人正常进行产生重大影响，是否对本次发行是构成实质障碍；（6）存在瑕疵的保税仓库与普通仓库的面积及占比，是否存在搬迁风险，是否会影响发行人各板块业务的正常发展。
三羊马 (001317, 2021 年上 市)	请发行人根据申报材料的披露情况说明发行人拥有的土地使用权与发行人自有房屋的对应关系，并说明发行人自有及租赁的不动产是否存在瑕疵，若有，请根据《首发业务若干问题解答》的要求作相应信息披露。

结合上述审核案例，我们建议拟 IPO 物流企业：

对已有的租赁物业进行产权、用途、性质、授权是否充分完整（转租的情形下）、是否已办理租赁备案的全面合规性梳理筛查；

如存在租赁瑕疵情形，应尽量降低瑕疵租赁的数量及面积占比，并保证对发行人生产经营有重大影响的租赁物业权属清晰，发行人使用该等物业不存在影响持续经营的重大风险；通常而言，有特殊要求的仓库（如保税仓库、危险品仓库等）由于可替代性低，重要性程度相对较高，一般仓库及办公室次之，员工宿舍一般可替代性较强，重要性程度亚于前两者；

落实租赁事前管理审批工作，在 IPO 筹备过程中，签署新租赁合同前公司即应对租赁合规性进行全面审查，对于不满足租赁合规要求的物业需谨慎租赁，事先规避租赁风险；

建立并管理维护租赁台账，全面记录保存租赁信息，及时根据实际租赁情况更新相关信息，以保证信息披露的真实性与完整性。

三、行政处罚问题

物流企业具备业务环节繁多、单量大的特点。对于进出口货运/货运代理物流企业而言，由于进出口报关量较大，且货物品类较多、信息繁杂，极容易因错报、漏报或操作人员输入错误等原因导致海关处罚频发；对于供应链管理型物流企业而言，如未能对其操作的货物性质及其监管要求进行深入了解，亦容易因不具备相应资质或触犯相关合规要求招致行政处罚；此外，部分物流企业为扩大网点规模，往往在各地设立分（子）公司，但由于后续疏于管理，因未能及时报税等引致的税务处罚亦并不鲜见。对于拟 IPO 企业而言，报告期内不存在重大违法违规是上市申报最基本的“红线”，过于频繁的行政处罚不仅增加了出现重大违法违规行为的风险，亦反映出发行人内控薄弱、合规意识不足，上市审核过程中极易成为重要“减分项”。

※相关审核案例

企业简称	反馈/问询问题
海晨股份（300873， 2020 年上市）	报告期内，发行人受到的行政处罚多达 50 项。请发行人说明并披露： (1) 屡次受到行政处罚的原因及合理性；(2) 相关内控制度是否健全且被有效执行。
中创物流（603967， 2019 年上市）	报告期内发行人及其控股子公司曾受到 48 笔行政处罚，因传输电子数据不准确或未按时保存相关电子文件受到 20 笔海关处罚，同时因逾期申报等原因受到税务处罚，每一笔罚款金额较小。请发行人说明： (1) 所受到的行政处罚对应的行为是否为重大违法违规行为，是否符合首发办法规定的条件；(2) 公司作为客户的代理，相关业务的

企业简称	反馈/问询问题
	责任及风险如何划分,发行人如何保证经营合法合规、各项风险可控。

处罚问题的核心与实质是企业内控问题。结合上述审核案例,我们建议拟 IPO 物流企业:

如报告期内存在处罚,建议全面梳理处罚事项并分析处罚原因,并有针对性地对处罚事项涉及的方面进行整改(包括但不限于健全内部规章制度、操作流程,加强员工合规意识培训等);

健全内部控制制度,从日常经营、业务流程等各方面建立全方位、全流程的规范运作体系,逐步减少、避免处罚事项的发生;

加强对分(子)公司的控制管理,建立有效的处罚防范制度以及处罚信息上报渠道。

四、劳务用工问题

虽然物流行业已在很多环节可以实现自动化,但物流行业仍属于劳动密集型行业,货物的装卸、操作、搬运、仓库管理、单证处理、客服等业务环节需要大量的人员支持维系。由于物流企业员工基数较大,其社会保险、公积金的合规缴纳情况往往成为在上市过程中的高频关注问题。同时,由于部分岗位专业技术要求较低,可替代性程度较高,为节约成本增加用工灵活性,物流企业通常采取劳务派遣、劳务外包等灵活用工方式以满足用工需求。在该等灵活用工模式下,通常会引申出劳务派遣/外包的合规性、是否存在名为外包实为派遣情形、劳务派遣/外包供应商是否主要为发行人服务,是否为发行人关联方等问题。

※相关审核案例

企业简称	反馈/问询问题
华光源海(872351,2022年上市)	说明报告期内自有船舶或光租船舶的船员人数及用工方式,船员是发行人的正式员工还是劳务派遣,如存在劳务派遣,说明劳务派遣的人数、占比,发行人是否需承担船员管理的责任,船员是否均取得从事相关业务的资质,是否存在违规用工的情形,是否因违规用工受到处罚或存在被处罚的风险。
中谷物流(603565,2020年上市)	请保荐机构、发行人律师补充披露:(1)报告期各期发行人正式员工应缴未缴社会保险和住房公积金的人数及原因,是否存在需要补缴的情况;如需补缴,说明并披露需要补缴的金额和措施,分析补缴对发行人经营业绩的影响。请保荐机构、发行人律师结合上述情况对发行人缴纳“五险一金”的合规性发表明确意见。(2)报告期各期,发行人劳务派遣员工的人数、占比、各项社会保险及公积金的缴纳情况以及发行人与其员工之间是否存在劳动合同纠纷的情况,说明报告

企业简称	反馈/问询问题
	期发行人劳务派遣方式的用工制度是否符合国家有关规定。
宏川智慧（002930， 2018年上市）	请保荐机构和律师核查并补充披露发行人报告期是否有劳务派遣或其他用工形式，提供劳务单位的经营资质是否合法合规，发行人与相关提供劳务单位签订合同的主要内容及安全生产责任的界定，提供劳务单位与发行人及其董事、监事及高级管理人员是否存在关联关系或其他利害关系，发行人及关联方是否存在以其他方式向其进行体外支付费用的情形。
嘉诚国际（603535， 2017年上市）	招股书披露，报告期内发行人将部分专业技术能力要求相对较低的岗位采用劳务派遣方式用工。（1）请补充披露各期劳务派遣人员薪酬总额和平均薪酬情况，与发行人员工是否存在差异，并结合当地平均工资情况，说明其合理性。（2）说明规范劳务派遣用工前后劳务派遣人数和派遣人员费用变化情况，请保荐机构说明发行人是否存在利用劳务派遣压缩薪酬费用的情况。（3）请保荐机构及律师核查披露公司使用劳务派遣工是否符合《劳务派遣暂行规定》等相关法律法规的规定。

结合上述审核案例，我们建议拟 IPO 物流企业：

逐步规范社会保险、住房公积金缴纳行为；

如需采用劳务派遣或劳务外包的用工方式，需关注适用岗位应仅限于辅助性、临时性、可替代性的岗位；并应尽量避免由关联方提供派遣/外包服务；

如采取劳务派遣用工方式，需特别关注以下事项：

（1）关注劳务派遣的用工人数比例是否超过法定限制，即是否超过用工企业总人数 10%；

（2）关注劳务派遣供应商是否具备相应劳务派遣经营资质；

（3）劳务派遣岗位是否与发行人同岗位员工同工同酬。

4、如采取劳务外包用工方式，需特别关注以下事项：

（1）劳务外包的人员管理权限、费用结算方式、风险承担方式是否符合外包性质，是否名为外包实为派遣；

（2）劳务外包供应商是否具备其所承担外包业务所对应的必要资质。

五、境外投资问题

跨境物流是现代物流企业最为常见的业务形式之一，在实践中，为布局海外网点、实现境内外物流资源融通，物流企业通常在境外设立分（子）公司对接跨境物流业务。相应地，企业境外投资所涉及的境内法律程序（包

括但不限于商务、发改、外汇等 ODI 手续）是否完备，企业在境外进行物流业务是否具备当地特定业务资质等问题亦应成为物流企业 IPO 筹备过程中的重点关注事项之一。

如拟 IPO 物流企业已进行境外投资或拟进行境外投资，我们建议：

全面梳理确认进行直接境外投资前，是否已取得商务部门核发的《企业境外投资证书》，是否已获得发改部门对于对外投资项目的核准/备案，资金汇出前是否已办理外汇登记；对于通过境外公司间接进行境外投资的情形，确认是否属于《对外投资备案（核准）报告暂行办法》中规定的通过平台公司投资最终目的地企业的情形，如构成，应按照《对外投资备案（核准）报告暂行办法》的要求履行商务部门审批手续；如不构成，应通过商务部系统报送境外再投资情况；

如相关境内法律程序存在瑕疵，建议及时咨询主管部门能否予以补办或采取其他补救措施；

企业境外投资内容、规模、投资额等发生重大变化的，应及时向商务、发改部门履行相应批准及备案的变更手续；

关注境外分（子）公司所在地的法律法规及政策，确认投资境外分（子）公司在当地从事特定业务是否存在法律限制（如境外投资者股权比例限制等），在当地从事各项业务是否需取得特定的资质、许可、备案等法律手续。

小结

现代物流行业具有大范围、跨领域、多层次、立体式、全方位的特点，现代物流行业的运转也折射出世界经济运行的多彩多姿。登陆资本市场亦势必增强行业领先现代物流企业的市场竞争力，同时也为现代物流行业的发展注入动力。期待每一个心怀梦想的物流企业都能够踏实地在法律合规的道路上行稳致远，尽量避免规范性风险，早日驶在资本市场的海洋中扬帆起航。

（2023 年 9 月）

中国跨境出口电商企业之架构选择及 ODI 手续办理

庞涛、邱博奇、张劭格格

近年来，随着互联网普及率和渗透率的不断攀升、第三方支付工具以及跨境物流等服务的日益完善，线上购物的形式逐渐渗透到零售市场，我国跨境电商的发展也进入了行业红利期。在政策的发布及落实方面，国家层面一直坚持推进跨境电商综合试验区的建设、党的二十大报告也提出了多项与跨境电商有关的举措以推动高质量、高水平的对外开放格局，各省市政府部门也分别部署了支持和鼓励跨境电商企业发展的有关政策。在实践方面，根据商务部早前发布的统计数据以及海关总署近期在第 40 届中国·廊坊国际经济贸易洽谈会上的介绍，2022 年中国跨境电商进出口规模首次突破 2 万亿元人民币，达到 2.1 万亿元人民币，同比增长 7.1%，其中，跨境出口电商出口额达到 1.55 万亿元，同比增长 11.7%，跨境出口电商企业扬帆出海的信心逐渐增强。

在这样的行业外部环境之下，如何结合跨境电商业务设置合理的企业架构，从企业起步阶段保证合规性、降低风险，便是各跨境电商企业稳扎稳打得以长足发展需考虑的首要问题。鉴于跨境出口业务是我国较多跨境电商关注的焦点、跨境出口电商亦为我国目前跨境电商行业的主力军、B2C 经营模式逐渐成为跨境出口电商企业的选择，本文将重点介绍 B2C 跨境出口电商企业的常见架构并梳理其境外投资审核与备案的要点，希望能为跨境出口电商企业在设计架构方面带来启发，为跨境出口电商企业迈出的第一步提供法律指引。

一、跨境出口电商企业的组织架构有哪些？

（一）以 B2C 模式为主的跨境出口电商企业

跨境电商企业的细分业态较为多元，广义而言，跨境电商企业包括跨境进、出口电子商务交易企业和为电子商务出口企业提供服务的其他企业，其中，跨境出口电商企业一般采用 B2B 或 B2C 两种商业模式。虽然跨境 B2B 模式一直为全国乃至全球电子商务交易贡献了大量交易额，但在传统贸易、产业带出海正在兴起的今天，诸多 B2C 电商正在积极布局海外，扩大自身销售覆盖渠道，B2C 模式成为越来越多外贸企业“出海”的新选择，本文主要聚焦以 B2C 模式为主的跨境出口电商的企业。

从经营平台或销售方式上看，B2C 跨境出口电商企业可以分为自建跨境电子商务销售平台的电子商务出口企业和利用第三方跨境电子商务平台开

展电子商务出口的企业两大类，前述的自建平台即企业通过自营网站将产品销售给海外终端消费者，而第三方平台（如 Amazon、Wish、eBay 等）则类似于企业在综合性商场中通过经营自己的品牌店铺向海外终端消费者销售产品。

（二）不同销售方式之常见架构选择

1、DTC 经营模式

自建平台的跨境出口电商企业销售采用的销售方式为 DTC 模式（Direct-to-Customer），即由企业直面终端消费者。在 DTC 经营模式的电商企业会利用自建渠道，以独立的身份直接面对终端消费者，品牌也无需借助第三方平台或批发零售商等中间渠道来触达市场。Snapchat 在 Marketing 研究院发布的《2022-2023 跨境出口电商白皮书：寻找确定性》一书中提及，“Eastdigait 数据表明观察发现，中国品牌正逐步建立 DTC 加速全球扩张，50% 中国出海零售品牌正在搭建或运营独立站，80% 中国跨境电商上市公司拥有自己的独立站。”

以大型综合 B2C 跨境出口电商棒谷科技（“Banggood”）为例，棒谷科技 2009 年起便注册成立独立站布局海外业务，长期深耕于 DTC 经营模式，棒谷科技现已依托其自建渠道和海内外完善的仓储物流体系覆盖了全球 200 多个国家和地区的消费者。棒谷科技的主力运营自建平台为 B2C 跨境电商综合网站 www.banggood.com，根据公开渠道查询以及棒谷科技独立站的有关信息显示，棒谷科技通过其境内主体“广州棒谷科技股份有限公司”持有 7 家境内全资子公司、1 家香港子公司，在境外则通过香港主体布局海外市场。

2、第三方平台经营模式

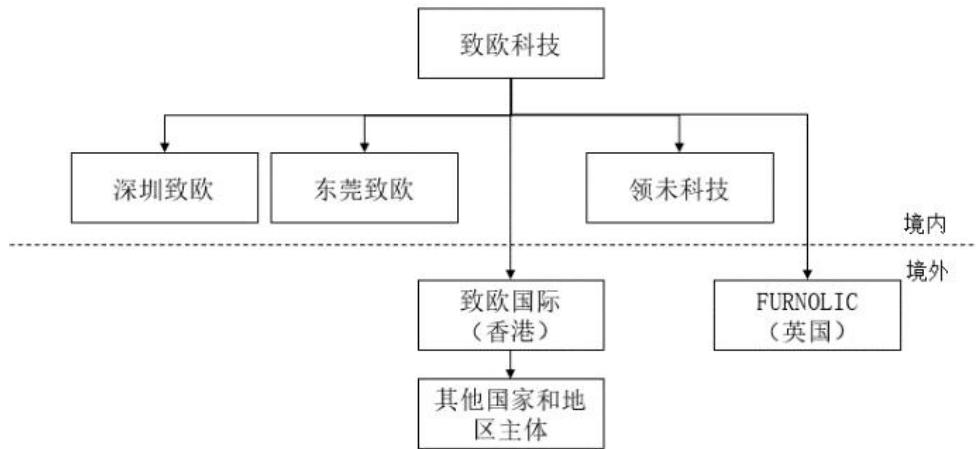
目前我国跨境出口零售电商企业也以第三方平台经营模式在海外开展业务。结合跨境电商企业的经营模式与业务流程，我们可从如下两则案例窥探此类企业的架构与职能安排。

● 致欧科技（301376.SZ）

全球知名的互联网家居品牌商致欧家居科技股份有限公司（“致欧科技”）主要从事自有品牌家居产品的研发。参考致欧科技公开披露的材料，其经营模式主要包括自主研发或合作开发、外协生产的产品供应模式，借助“国内外自营仓+平台仓+第三方合作仓”的跨境仓储物流体系通过亚马逊、ManoMano、Cdiscount、eBay 等海外电商平台进行销售。

致欧科技主要采用线上 B2C 模式运营，大部分境内主体主要服务于 B2C 的运营模式，负责产品研发、设计、供应链管理以及部分采购和销售业务；香港子公司致欧国际负责主要的采购业务、向境外子公司销售产品的业务；英国子公司 FURNOLIC 负责英国市场的销售与供应链管理业务。

致欧科技的公司架构如下图所示：

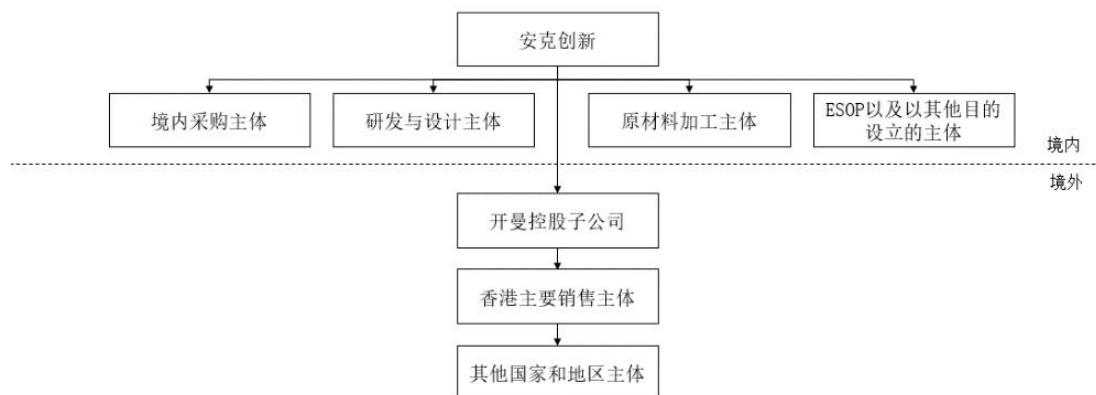


● 安克创新（300866.SZ）

安克创新科技股份有限公司（“安克创新”）是全球化的知名消费电子品牌企业，目前已经成功打造由六大品牌组成的全球化品牌矩阵。结合安克创新披露的数据，安克创新的整体经营模式包括产品设计和研发、外协生产和采购、仓储物流及出口、产品销售、售后服务环节，在销售方面，安克创新采取“线上+线下”的销售模式，主要通过第三方平台进行线上销售。

安克创新的境内子公司主要负责产品的生产制作；香港子公司主要负责产品采购及产品的海外终端销售；通过香港子公司直接投资的海外孙公司负责境外店铺的管理及销售。

安克创新的公司架构如下图所示：



3、小结

虽然跨境出口电商企业可以通过境内主体直接在境外开展业务，但选择设立境外子公司是跨境电商企业选择的主流路径。根据我们检索到的大部分跨境出口电商企业的公开文件的介绍，多数跨境电商企业在搭建海外架构时会考虑设立香港子公司，并由香港子公司主要负责采购、销售业务，这从一定程度上也可以看出，通过香港子公司开展境外零售业务是跨境出口电商企业的优选路径之一。从法规政策上看，这一方面是因为香港地区的外汇制度较为友好，企业因外汇、结汇处理不当而受到处罚的风险较小；另一方面，香港地区税种更少、税率较低，设置香港子公司对于跨境出口电商企业而言将一定程度地增加企业效益。

跨境出口电商企业设立的境外子公司将有益于衔接境内外的业务流程，但无论是通过在香港还是国外设立子公司搭建境外架构，境内主体在设立境外企业之前均应办理境外直接投资（Outbound Direct Investment；“ODI”）的审批或备案程序及外汇登记，以确保资金在境内外主体之间流动的合规性，这也是企业后续融资或上市发展的合规要求之一。

二、跨境出口电商企业的 ODI 手续办理

（一）ODI 手续办理概况

境外直接投资是指我国境内企业直接或通过其控制的境外企业，以投入资产、权益或提供融资、担保等方式，获得境外所有权、控制权、经营管理权及其他相关权益的投资活动。跨境出口电商企业如需设立境外子公司，则应当办理 ODI 手续，这个过程涉及的主要有商务部、发展改革委员会和外汇管理局三个部门。一般而言，在通过审批获得发改委备案通知书或核准文件、以及商务部《企业境外投资证书》后，企业方可到银行办理境外直接投资的外汇登记和资金汇出。

（二）核准管理 vs. 备案管理

虽然商务部及发改委都对 ODI 制定了备案及核准两套管理模式，对涉及敏感国家和地区、敏感行业的 ODI 实行核准管理，但两个机关对“敏感国家和地区”和“敏感国家”的解释稍有区别。“敏感国家和地区”和“敏感国家”在《境外投资管理办法》、《企业境外投资管理办法》和《境外投资敏感行业目录》（2018 年版）的内涵及外延分别如下：

	商务部和省级商务主管部门	发改委
敏感国家和地区	<ul style="list-style-type: none">● 与中国未建交的国家● 受联合国制裁的国家（必要时商务部可另行公布其他实行核准管理的国家和地区的名单）	<ul style="list-style-type: none">● 与我国未建交的国家和地区● 发生战争、内乱的国家和地区● 根据我国缔结或参加的国际条约、协定等，需要限制企业对其

	商务部和省级商务主管部门	发改委
		投资的国家和地区 <ul style="list-style-type: none"> ● 其他敏感国家和地区
敏感行业	<ul style="list-style-type: none"> ● 涉及出口中国限制出口的产品和技术的行业 ● 影响一国（地区）以上利益的行业 	<ul style="list-style-type: none"> ● 武器装备的研制生产维修 ● 跨境水资源开发利用 ● 新闻传媒 ● 房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部、在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台

拟设立境外子公司的跨境出口电商企业如果不涉及上述敏感行业及敏感国家和地区，那么只需要报相应的备案机关进行ODI备案。

（三）ODI办理流程

为规范境外投资的监管，商务部、发展改革委员会与外汇管理局均颁布了部门规章及规范性文件以明晰ODI办理步骤。由于不同部门规定的ODI核准或备案手续也有区别，我们在此以不同部门作为分类的口径，简要列示所需材料。

1、发改委

国家发展和改革委员会依据《企业境外投资管理办法》（发改委令第11号）及《境外投资敏感行业目录》（2018年版）对境外直接投资活动进行监管；在前述法规的基础上，省级发展和改革委员会根据地方法规的规定监管境外投资活动、确定下级发展改革委的管理范围。发改委关于核准及备案的具体管理要求如下表所示：

	核准管理	备案管理
主管机关	<ul style="list-style-type: none"> ● 国家发改委 	<ul style="list-style-type: none"> ● 中央管理企业（含中央管理金融企业、国务院或国务院所属机构直接管理的企业）的；地方企业且中方投资额3亿美元及以上的，报国家发改委备案； ● 地方企业且中方投资额3亿美元以下的，报注册地的省级发改委备案。 ● 除前述省级以上发改委外，地方法律法规可能会规定某些下级发改

	核准管理	备案管理
所需材料	<ul style="list-style-type: none"> ● 项目核准申报文件 ● 项目申请报告 ● 项目申请报告附件: <ul style="list-style-type: none"> a. 投资主体是境内企业的，项目申请报告应附具以下文件：追溯至最终实际控制人的投资主体股权架构图；最新经审计的投资主体财务报表；投资主体投资决策文件；具有法律约束效力的投资协议或类似文件；证明投资资金来源真实合规的支持性文件；境外投资真实性承诺书。 b. 投资主体是境内事业单位、社会团体等非企业组织的，项目申请报告应附具以下文件：最新经审计的投资主体财务报表；投资主体投资决策文件；具有法律约束效力的投资协议或类似文件；证明投资资金来源真实合规的支持性文件；境外投资真实性承诺书。 c. 投资主体是境内自然人的（境内自然人通过其控制的境外企业开展境外投资），项目申请报告应附具以下文件：投资主体投资决策文件；具有法律约束效力的投资协议或类似文件；境外投资真实性承诺书。 	<p>委亦有备案管理 ODI 登记的职权。例如，根据《江苏省企业境外投资管理办法》的规定，属于设区市发展改革委、江苏省直管试点县（市）发展改革委备案管理的，应在江苏省的网络系统及当地备案管理机关要求的系统中备案。</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 项目备案申报文件 ● 项目备案表 ● 追溯至最终实际控制人的投资主体股权架构图 ● 最新经审计的投资主体财务报表 ● 投资主体投资决策文件 ● 具有法律约束效力的投资协议或类似文件 ● 证明投资资金来源真实合规的支持性文件 ● 境外投资真实性承诺书
上述文件示范文本详见国家发改委发布的《企业境外投资管理办法配套格式文本》（2018 年版）[1]。		

[1] 网址链接：

<https://services.ndrc.gov.cn/ecdomain/portal/portlets/bjweb/newpage/guide/guidService.jsp?idseq=4d3dc371153a492092c4b2190dbbbdde&code=&state=123>。

	核准管理	备案管理
不 予 通 过 的 情 形	<ul style="list-style-type: none"> 项目违反有关法律法规、违反有关规划或政策、违反有关国际条约或协定、威胁或损害我国国家利益和国家安全 投资主体通过恶意分拆项目、隐瞒有关情况或提供虚假材料等手段申请核准、备案 	
备注：投资主体通过其控制的境外企业开展中方投资额 3 亿美元及以上的大额非敏感类项目的，投资主体应当在项目实施前通过网络系统提交大额非敏感类项目情况报告表，将有关信息告知国家发展改革委。		

2、商务部及省级商务主管部门

商务部及省级商务主管部门根据《境外投资管理办法》（商务部令 2014 年第 3 号）和《对外投资备案（核准）报告暂行办法》（商合发〔2018〕24 号）等法规规范海外投资发展，备案及核准管理要求分别如下表所示。

	敏感类项目核准	非敏感类项目备案
主管机关	<ul style="list-style-type: none"> 中央企业向商务部提出申请 地方企业通过所在地省级商务主管部门向商务部提出申请 	<ul style="list-style-type: none"> 中央企业报商务部备案 地方企业报所在地省级商务主管部门备案
所需材料	<ul style="list-style-type: none"> 申请书（主要包括投资主体情况、境外企业名称、股权结构、投资金额、经营范围、经营期限、投资资金来源、投资具体内容等） 《境外投资申请表》（加盖印章） 境外投资相关合同或协议 有关部门对境外投资所涉的属于中华人民共和国限制出口的产品或技术准予出口的材料 企业营业执照复印件 	<ul style="list-style-type: none"> 《境外投资备案表》（加盖印章） 企业营业执照复印件
不 予 通 过	<ul style="list-style-type: none"> 危害中华人民共和国国家主权、安全和社会公共利益，或违反中华人民共和国法律法规 损害中华人民共和国与有关国家（地 	企业不如实、完整填报《备案表》

	敏感类项目核准	非敏感类项目备案
的情形	区) 关系 <ul style="list-style-type: none"> ● 违反中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定 ● 出口中华人民共和国禁止出口的产品和技术 ● 企业提供虚假材料 	
备注：核准境外投资的项目还应当征求我国驻外使（领）馆（经商处室）意见。中央企业的，由商务部征求意见；涉及地方企业的，由省级商务主管部门征求意见。		

3、外汇管理局（银行）

（1）ODI 前期费用登记及外汇登记

根据《外汇管理条例》（国务院令第 532 号）的规定，在办理完毕发改委及商务部（或省级商务主管部门）的批准或备案手续后，开展 ODI 的跨境出口电商企业还应当办理外汇登记。由于《国家外汇管理局关于进一步简化和改革直接投资外汇管理政策的通知》（汇发[2015]13 号）规定外汇主管部门通过授权银行办理外汇审批及结汇售汇，取消直接投资项目下外汇登记核准，境内外投资主体可直接到企业注册地银行办理境外投资项目下相关外汇登记。

由于各企业注册地以及各银行展业要求不同，且各个地区的外汇局分局在当地官网列举出的办事指南材料清单也并不完全一致，办理外汇登记的具体流程及要求应当以实际办理地的银行管理要求及外汇管理局的监管口径为准。

（2）存量权益登记

境外投资企业（包括境内居民个人在境外设立的特殊目的公司）的境内投资主体应于每年 6 月 30 日（含）前，通过向外汇局报送上年度境外企业存量权益相关信息。被确定参加存量权益抽样调查的样本企业，还应按季度报送存量权益数据。多个境内主体共同投资一家境外投资企业的，应确定其中一个主体作为申报主体，其他境内投资主体不再申报，持股最多的原则上为申报责任主体。

（四）ODI 许可的时效及变更

境内企业在办理上述核准或备案程序之后并非永久地获得了对外投资的许可，商务部《企业境外投资证书》、发改委的备案通知书或核准文件均有时效要求。发改委下发的备案通知书或核准文件的有效期为 2 年，若投资主体需延长有效期，应当在有效期届满的 30 个工作日前向出具该项目

核准文件或备案通知书的机关提出延长有效期的申请；商务部则要求企业应当在领取《企业境外投资证书》之日起2年内在境外开展投资活动，否则《企业境外投资证书》将自动失效。

此外，当境外投资项目发生变更时，企业应当依据商务部、发改委和外汇管理局的要求分别办理变更手续。

四、合规风险与建议

在跨境出口零售业务下，部分海外电商平台并不要求入驻商家是法人或非企业组织，这也意味着自然人可以直接在电商平台上向消费者出售产品。由于ODI手续的办理有时限和文件方面的要求，部分主体可能会先行设立境外子公司开展业务、以咨询或技术服务费的形式向境外子公司提供运营资金，后续视情况补办登记。这些行为均存在合规风险。

（一）自然人能否成为海外平台入驻商家、开展境外投资？

参考广东省商务厅在2019年11月20日对“国内自然人以个人名义境外投资如何办理备案？”一问的回复，中国自然人境外投资不属于商务主管部门管理范畴。中国自然人为其在境内控制的资产实现境外上市而设立境外特殊目的公司，属于外汇局管理范畴，外汇局负责为其办理相关的外汇登记手续。^[2]虽然《外汇管理条例》第17条在应然层面体现了境内个人直接开展境外投资活动的可能，规定了境内个人向境外直接投资的应当按照国务院外汇管理部门的规定办理登记，但国务院外汇管理部门并没有就此做出具体细则，只是出台了境内居民个人设立境外特殊目的公司时的外汇登记规定^[3]。所以除了设立或控制境外特殊目的公司之外，境内居民实际上无法办理境外直接投资的外汇登记。

而对于IPO的发行人而言，如果发行人的实际控制人直接（而非通过其设立的公司）在境外开展投资活动，纵使其境外投资的公司已经注销或者不再运营，证券交易所亦会关注其境外投资全过程的合规问题。因此，在现行法律法规的要求下，投资主体以企业形态走出国门、开展投资活动的方式更符合法律的要求。

（二）企业未办理ODI核准或备案的后果

根据法律法规的规定，如果企业未及时办理ODI备案或核准手续，主管机关有权依法采取相应的处罚或管制措施，企业及企业的有关负责人可

[2] 具体网址链接：http://com.gd.gov.cn/hdj1/cjwt/dwtzhz/content/post_2894400.html

[3] 根据国家外汇管理局发布的《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》（汇发〔2014〕37号）的规定，境内居民（含境内机构和境内居民个人）以投融资为目的，以其合法持有的境内企业资产或权益，或者以其合法持有的境外资产或权益，在境外直接设立或间接控制境外企业之前应当向外汇局申请办理境外投资外汇登记手续。

能需要承担以下不利后果：

1、外汇、海关等有关部门的手续办理受到影响。

根据《企业境外投资管理办法》第33条的规定，属于核准、备案管理范围的项目，投资主体未取得有效核准文件或备案通知书的，外汇管理、海关等有关部门依法不予办理相关手续，金融企业依法不予办理相关资金结算和融资业务。届时，ODI全过程的资金出入境合规性便无法保证、外汇进出受限，企业无法在境内实现换汇、在境外获得的利润也难以转回境内。

2、投资主体及有关责任人可能承担行政责任，如构成犯罪，还将追究刑事责任。

根据《企业境外投资管理办法》第53条第（一）项的规定，未取得核准文件或备案通知书而擅自实施境外投资的企业，核准、备案机关责令投资主体中止或停止实施该项目并限期改正，对投资主体及有关责任人处以警告；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3、为没有经过核准或备案的项目提供融资、担保的金融企业及有关负责人将被发改委通报并处罚。

根据《企业境外投资管理办法》第57条的规定，金融企业为属于核准、备案管理范围但未取得核准文件或备案通知书的项目提供融资、担保的，由国家发展改革委通报该违规行为并商请有关金融监管部门依法依规处罚该金融企业及有关责任人。

五、总结

设立海外的子公司对于我国跨境出口电商企业而言具有一定优势。在确定具体的架构安排后，作为出海的第一步，开展境外直接投资活动的跨境出口电商企业应当依法完成发改委、商务部（或省级商务部门）以及外汇管理局要求的ODI审批、备案或登记程序，以使得跨境出口电商业务能够在合规经营的框架下稳步运营、最大程度地降低经营风险。

（2023年7月）

电商行业 IPO 过程中的关注问题

王月鹏、段心月

电商行业伴随着网络购物时代的发展而不断发展，并在 2000 年后不断有企业通过不同的方式进入资本市场。这些公司主要集中在创业板及沪深主板，涵盖了线上零售、电商服务、跨境电商等业务类型，其中既有若羽臣（003010.SZ）、丽人丽妆（605136.SH）、凯淳股份（301001.SZ）等在 IPO 申报时主营业务即为电商相关业务的企业，也有从事相对传统行业的上市公司通过收购从事电商行业的子公司或自建电商平台的方式将主营业务扩展至电商板块，如跨境通（002640.SZ）、华鼎股份（601113.SH）等。

在经历了 2017-2020 年的一波上市高峰后，电商行业于 2021 年后进入相较上市低谷期，尤其是跨境电商所涉及的账号设置、数据出境、境外经营的税费缴纳等问题日渐引起监管部门的重视，日趋完善的电商监管体系对电商企业的合规情况提出了更高的要求。但是在线上销售将会持续作为一种主要销售方式的大背景下，只要企业依法规范经营，电商行业依然可以借助资本市场继续发展壮大。

本文拟通过梳理我国现阶段对于电商行业的监管要求，同时结合相关审核案例，分析电商行业企业在 A 股 IPO 审核中的重点关注问题。

一、电商行业涉及的主要法律法规及监管要求

目前电商行业的监管体系以《电子商务法》为核心，部分立法分布于《消费者权益保护法》《网络交易监督管理办法》《互联网信息服务管理办法》等法律法规中，从事跨境电商业务的企业还应当遵循《对外贸易法》《海关法》等涉外规范。同时，《个人信息保护法》《数据安全法》等法律法规对运营电商平台或虽不参与平台运营但在交易过程中涉及消费者个人信息的电商企业提出了信息保护及数据安全方面的要求。下文拟从电子商务、跨境商务、平台运营及信息保护三个方面对电商行业的监管规则予以梳理。

（一）主要法律法规

1、电商业务及电商平台经营

法律法规名称	发文机关	实施/修订时间	主要内容
--------	------	---------	------

法律法规名称	发文机关	实施/修订时间	主要内容
《个人信息保护法》	全国人民代表大会常务委员会	2021年11月1日	对个人信息处理规则、个人信息跨境传输、个人信息处理活动的权利、信息处理者的义务、监管部门职责以及罚则等作出了全面的规定。
《数据安全法》	全国人民代表大会常务委员会	2021年9月1日	在中国境内开展数据处理活动及其安全监管进行规定。
《电子商务法》	全国人民代表大会常务委员会	2019年1月1日	构建电子商务的监管框架，规范电子商务行为。
《网络安全法》	全国人民代表大会常务委员会	2017年6月1日	对网络运行安全、网络信息安全等方面进行规定，并明确了网络运营者等主体的法律责任。
《消费者权益保护法》	全国人民代表大会常务委员会	2014年3月15日	对消费者的权利、经营者的义务、消费者组织及争议解决作出了规定。
《互联网信息服务管理办法》	国务院	2011年1月8日	明确从事互联网信息服务活动应当取得的资质、行为规范及违反相关条款应当承担的法律责任。
《第三方电子商务交易平台服务规范》	商务部	2011年4月12日	规定了在中国境内从事第三方电子商务交易平台服务和经营活动的行为规范。
《网络交易监督管理办法》	国家市场监督管理总局	2021年5月1日	明确网络交易经营者的主体责任，同时规定了网络交易中的消费者保护条款。
《网络购买商品七日无理由退货暂行办法》	国家市场监督管理总局	2020年10月23日	明确了不适用七日无理由退货的商品范围和商品完好标准，并对退货程序进行规定，同时规定了网络商品销售者、网络交易平台提供者的法律责任。

2、跨境电商

法律法规名称	发文机关	实施/修订时间	主要内容
--------	------	---------	------

法律法规名称	发文机关	实施/修订时间	主要内容
《对外贸易法》	全国人民代表大会常务委员会	2022年12月30日	对对外贸易经营者资质、货物进出口与技术进出口、国际服务贸易、对外贸易有关的知识产权保护等对外贸易所涉的各个环节进行了规范。
《海关法》	全国人民代表大会常务委员会	2021年4月29日	对货物、行李物品、邮递物品和其他物品的进出境等海关监督管理内容加以规定。
《进出口商品检验法》	全国人民代表大会常务委员会	2021年4月29日	对进出口商品检验工作及行为进行规范。
《进出口商品检验法实施条例》	国务院	2022年5月1日	明确进出口商品检验工作的主管机关，规范进出口商品检验程序。
《进出口关税条例》	国务院	2017年3月1日	规定了进出口货物的关税税率、完税价格、征收及进境物品进口税的征收。
《外汇管理条例》	国务院	2008年8月5日	制定了我国外汇管理制度，规定国际收支统计申报制度，明确国务院外汇管理部门应当对国际收支进行统计、监测，定期公布国际收支状况。
《关于开展跨境电子商务企业对企业出口监管试点的公告》	海关总署	2020年7月1日	增列海关监管方式代码“9710”“9810”。
《关于跨境电子商务零售进出口商品有关监管事宜的公告》	海关总署	2019年1月1日	规定了跨境电子商务企业管理、零售进出口商品通关管理等事项。
《关于增列海关监管方式代码的公告》	海关总署	2016年12月1日	增列海关监管方式代码“1239”。
《关于跨境电子商务零售进口税收政策的通知》	财政部 海关总署 国家税务总局	2016年4月8日	明确跨境电子商务零售进口商品按照货物征收关税和进口环节增值税、消费税，同时规定了跨境电子商务零售进口商品的单次交易限值及个人年度交易限值。

法律法规名称	发文机关	实施/修订时间	主要内容
《关于完善跨境电子商务零售进口税收政策的通知》	财政部 海关总署 国家税务总局	2019年1月1日	提高跨境电子商务零售进口商品的单次和年度交易限值，明确已经购买的电商进口商品属于消费者个人使用的最终商品不得进入国内市场再次销售。
《关于增列海关监管方式代码的公告》	海关总署	2014年8月1日	增列海关监管方式代码“1210”。
《关于增列海关监管方式代码的公告》	海关总署	2014年2月10日	增列海关监管方式代码“9610”。
《跨境电子商务零售进口商品清单》	各相关部委	动态调整	<p>跨境电子商务零售进口商品清单中商品按《关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知》中规定的监管要求执行，包括进境检疫应符合有关法律法规的要求等。</p> <p>属于《通知》适用范围以外的，跨境电子商务零售进口商品清单中的商品免于向海关提交许可证件；网购保税商品“一线”进区时需按货物监管要求执行，“二线”出区时参照个人物品监管要求执行。依法需要执行首次进口许可批件、注册或备案要求的化妆品、婴幼儿配方奶粉、药品、医疗器械、特殊食品（包括保健食品、特殊医学用途配方食品等）等，按照国家相关法律法规的规定执行。</p>

（二）监管要求

1、电商业务经营

涉及环节	监管要求
登记	经营者应当依法办理市场主体登记。但是，个人销售自产农副产品、家庭手工业产品，个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动和零星小额交易活动，以及依照法律、行政法规不需要进行登记的除外。

涉及环节	监管要求
经营信息公示	经营者应当在其首页显著位置，持续公示营业执照信息、与其经营业务有关的行政许可信息、属于依照《电子商务法》规定的不需要办理市场主体登记情形等信息，或者上述信息的链接标识。前述信息发生变更的，经营者应当及时更新公示信息。
	经营者自行终止从事电子商务的，应当提前三十日在首页显著位置持续公示有关信息。
标的商品/服务性质	经营者销售的商品或者提供的服务应当符合保障人身、财产安全的要求和环境保护要求，不得销售或者提供法律、行政法规禁止交易的商品或者服务。
不正当竞争	网络交易经营者不得以下列方式，作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者：（1）虚构交易、编造用户评价；（2）采用误导性展示等方式，将好评前置、差评后置，或者不显著区分不同商品或者服务的评价等；（3）采用谎称现货、虚构预订、虚假抢购等方式进行虚假营销；（4）虚构点击量、关注度等流量数据，以及虚构点赞、打赏等交易互动数据。
搭售	经营者搭售商品或者服务，应当以显著方式提请消费者注意，不得将搭售商品或者服务作为默认同意的选项。
自动展期、自动续费业务	经营者采取自动展期、自动续费等方式提供服务的，应当在消费者接受服务前和自动展期、自动续费等日期前五日，以显著方式提请消费者注意，由消费者自主选择；在服务期间内，应当为消费者提供显著、简便的随时取消或者变更的选项，并不得收取不合理费用。
直播销售	通过网络社交、网络直播等网络服务开展网络交易活动的经营者，应当以显著方式展示商品或者服务及其实际经营主体、售后服务等信息，或者上述信息的链接标识。
商品/服务的交付及风险承担	经营者应当按照承诺或者与消费者约定的方式、时限向消费者交付商品或者服务，并承担商品运输中的风险和责任。但是，消费者另行选择快递物流服务提供者的除外。
经营者所涉七日无理由退货	经营者应当采取技术手段或者其他措施，对于相关法律法规规定的不适用七日无理由退货的商品进行明确标注。对于可以不适用七日无理由退货的商品，经营者应当在商品销售必经流程中设置显著的确认程序，供消费者对单次购买行为进行确认；如无确认，经营者不得拒绝七日无理由退货。
	经营者可以与消费者约定退货方式，但不应当限制消费者的退货方式。

涉及环节	监管要求
	经营者应当建立完善的七日无理由退货商品检验和处理程序。对能够完全恢复到初始销售状态的七日无理由退货商品，可以作为全新商品再次销售；对不能够完全恢复到初始销售状态的七日无理由退货商品而再次销售的，应当通过显著的方式将商品的实际情况明确标注。
押金	经营者按照约定向消费者收取押金的，应当明示押金退还的方式、程序，不得对押金退还设置不合理条件。消费者申请退还押金，符合押金退还条件的，电子商务经营者应当及时退还。
消费者个人信息保护	经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务的搜索结果的，应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项，尊重和平等保护消费者合法权益。
	经营者收集、使用其用户的个人信息，应当遵守法律、行政法规有关个人信息保护的规定。
	经营者应当明示用户信息查询、更正、删除以及用户注销的方式、程序，不得对用户信息查询、更正、删除以及用户注销设置不合理条件。 经营者收到用户信息查询或者更正、删除的申请的，应当在核实身份后及时提供查询或者更正、删除用户信息。用户注销的，经营者应当立即删除该用户的信息；依照法律、行政法规的规定或者双方约定保存的，依照其规定。
	经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。
	经营者不得采用一次概括授权、默认授权、与其他授权捆绑、停止安装使用等方式，强迫或者变相强迫消费者同意收集、使用与经营活动无直接关系的信息。收集、使用个人生物特征、医疗健康、金融账户、个人行踪等敏感信息的，应当逐项取得消费者同意。
	经营者及其工作人员应当对收集的个人信息严格保密，除依法配合监管执法活动外，未经被收集者授权同意，不得向包括关联方在内的任何第三方提供。
商业性信息的发送	经营者未经消费者同意或者请求，不得向其发送商业性信息。经营者发送商业性信息时，应当明示其真实身份和联系方式，并向消费者提供显著、简便、免费的拒绝继续接收的方式。消费者明确表示拒绝的，应当立即停止发送，不得更换名义后再次发送。

2、电商平台运营

涉及环节	监管要求
电商经营者资质的审核与报送	<p>电子商务平台经营者应当要求申请进入平台销售商品或者提供服务的经营者提交其身份、地址、联系方式、行政许可等真实信息，进行核验、登记，建立登记档案，并至少每六个月核验更新一次。</p> <p>电子商务平台经营者应当按照规定时间向住所地省级市场监督管理部门报送平台内经营者的身份信息，提示未办理市场主体登记的经营者依法办理登记，并配合市场监督管理部门，针对电子商务的特点，为应当办理市场主体登记的经营者办理登记提供便利。电子商务平台经营者应当按照规定向税务部门报送平台内经营者的身份信息和与纳税有关的信息，并应当提示依照《电子商务法》规定不需要办理市场主体登记的电子商务经营者按照相关规定办理税务登记。</p>
平台服务协议和交易规则的公示与修改	<p>电子商务平台经营者应当在其首页显著位置持续公示平台服务协议和交易规则信息或者上述信息的链接标识，并保证经营者和消费者能够便利、完整地阅览和下载。</p> <p>电子商务平台经营者修改平台服务协议和交易规则，应当在其首页显著位置公开征求意见，采取合理措施确保有关各方能够及时充分表达意见。交易规则的修改应当至少提前 30 日予以公示。用户不接受修改的，可以在修改公告之日起 60 日内书面通知退出。平台经营者应当按照原交易规则妥善处理用户退出事宜。</p>
平台内商品/服务的信息审核	<p>电子商务平台经营者发现平台内的商品或者服务信息存在违反相关法律法规的，应当依法采取必要的处置措施，并向有关主管部门报告。</p> <p>电子商务平台经营者依据平台服务协议和交易规则对平台内经营者违反法律、法规的行为实施警示、暂停或者终止服务等措施的，应当及时公示。</p>
信用评价制度	电子商务平台经营者应当建立健全信用评价制度，公示信用评价规则，为消费者提供对平台内销售的商品或者提供的服务进行评价的途径。电子商务平台经营者不得删除消费者对其平台内销售的商品或者提供的服务的评价。
平台内搜索结果	电子商务平台经营者应当根据商品或者服务的价格、销量、信用等以多种方式向消费者显示商品或者服务的搜索结果；对于竞价排名的商品或者服务，应当显著标明“广告”。

涉及环节	监管要求
平台所涉七日无理由退货	电子商务平台经营者应当与其平台上的网络商品销售者订立协议，明确双方七日无理由退货各自的权利、义务和责任。
	电子商务平台经营者应当对其平台上的网络商品销售者履行七日无理由退货义务建立检查监控制度，发现有违反相关法律、法规、规章的，应当及时采取制止措施，并向网络交易平台提供者或者网络商品销售者所在地市场监督管理部门报告，必要时可以停止对其提供平台服务。
	电子商务平台经营者应当建立消费纠纷和解和消费维权自律制度。消费者在网络交易平台上购买商品，因退货而发生消费纠纷或其合法权益受到损害时，要求平台方调解的，平台方应当调解；消费者通过其他渠道维权的，平台方应当向消费者提供其平台上的网络商品销售者的真实名称、地址和有效联系方式，积极协助消费者维护自身合法权益。
网络安全	<p>电子商务平台经营者应当采取技术措施和其他必要措施保证其网络安全、稳定运行，防范网络违法犯罪活动，有效应对网络安全事件，保障电子商务交易安全。电子商务平台经营者应当制定网络安全事件应急预案，发生网络安全事件时，应当立即启动应急预案，采取相应的补救措施，并向有关主管部门报告。</p> <p>日交易额1亿元人民币以上（含1亿元）的第三方电子商务交易平台应当设置异地灾难备份系统，建立灾难恢复体系和应急预案。</p>
信息保护	电子商务平台经营者应当记录、保存平台上发布的商品和服务信息、交易信息，并确保信息的完整性、保密性、可用性。商品和服务信息、交易信息保存时间自交易完成之日起不少于三年；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。
	站内经营者和交易相对人的身份信息的保存时间自其最后一次登录之日起不少于两年；交易信息保存时间自发生之日起不少于两年。
知识产权保护	知识产权权利人认为其知识产权受到侵害的，有权通知电子商务平台经营者采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施。电子商务平台经营者接到通知后，应当及时采取必要措施，并将该通知转送平台内经营者。

涉及环节	监管要求
	平台内经营者接到转送的通知后，可以向电子商务平台经营者提交不存在侵权行为的声明。声明应当包括不存在侵权行为的初步证据。电子商务平台经营者接到声明后，应当将该声明转送发出通知的知识产权权利人，并告知其可以向有关主管部门投诉或者向人民法院起诉。
	电子商务平台经营者应当及时公示收到的上述通知、声明及处理结果。
	电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者侵犯知识产权的，应当采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施
终止经营	第三方交易平台歇业或者其他自身原因终止经营的，应当提前三个月通知站内经营者，并与站内经营者结清财务及相关手续。 涉及行政许可的第三方交易平台终止营业的，平台经营者应当提前三个月向行政主管部门报告；并通过合同或其他方式，确保在合理期限内继续提供对消费者的售后服务。

3、跨境电商的分类监管

监管方式	适用范围	监管要求
9610 全称：跨境贸易电子商务 简称：电子商务	境内个人或电子商务企业通过电子商务交易平台实现交易，并采用“清单核放、汇总申报”模式办理通关手续的电子商务零售进出口商品（通过海关特殊监管区域或保税监管场所一线的电子商务零售进出口商品除外）。	以“9610”海关监管方式开展电子商务零售进出口业务的电子商务企业、监管场所经营企业、支付企业和物流企业应当按照规定向海关备案，并通过电子商务通关服务平台实时向电子商务通关管理平台传送交易、支付、仓储和物流等数据。

监管方式	适用范围	监管要求
1210 全称：保税跨境贸易电子商务 简称：保税电商	境内个人或电子商务企业在经海关认可的电子商务平台实现跨境交易，并通过海关特殊监管区域或保税监管场所进出的电子商务零售进出境商品。海关特殊监管区域、保税监管场所与境内区外（场所外）之间通过电子商务平台交易的零售进出口商品不适用该监管方式。 经所在地海关确认符合监管要求后，所有自贸试验区、跨境电商综试区、综合保税区、进口贸易促进创新示范区、保税物流中心（B型）所在城市（及区域）可以适用“1210”监管方式。	按照个人自用进境物品监管，不执行有关商品首次进口许可批件、注册或备案要求。但对相关部门明令暂停进口的疫区商品和对出现重大质量安全风险的商品启动风险应急处置时除外。 以“1210”海关监管方式开展跨境贸易电子商务零售进出口业务的电子商务企业、海关特殊监管区域或保税监管场所内跨境贸易电子商务经营企业、支付企业和物流企业应当按照规定向海关备案，并通过电子商务平台实时传送交易、支付、仓储和物流等数据。
1239 全称：保税跨境贸易电子商务 A 简称：保税电商 A	境内电子商务企业通过海关特殊监管区域或保税物流中心（B型）一线进境的跨境电子商务零售进口商品。	适用监管方式代码“1239”进口政策的商品，按《跨境电子商务零售进口商品清单》尾注中的监管要求执行。
9710 全称：跨境电商企业对企业直接出口 简称：跨境电商 B2B 直接出口	跨境电商 B2B 直接出口的货物。	跨境电商企业、跨境电商平台企业、物流企业等参与跨境电商 B2B 出口业务的境内企业，应当依据海关报关单位注册登记管理有关规定，向所在地海关办理注册登记；开展出口海外仓业务的跨境电商企业，还应当在海关开展出口海外仓业务模式备案。
9810 全称：跨境电商出口海外仓 简称：跨境电商出口海外仓	跨境电商出口海外仓的货物。	跨境电商企业或其委托的代理报关企业、境内跨境电商平台企业、物流企业应当通过国际贸易“单一窗口”或“互联网+海关”向海关提交申报数据、传输电子信息，并对数据真实性承担相应法律责任。

二、电商行业 IPO 审核中的重点关注问题

（一）税务合规

电商行业为千禧年左右产生的新兴行业，且由于相关技术的更新迭代，电商行业不断产生新形式、新业态，因此电子商务交易中的纳税种类、纳

税主体等方面的规定一直处于日臻完善阶段。同时，随着对外贸易的蓬勃发展及消费者对不同品类商品的需求不断扩大，跨境电商的交易量亦水涨船高，跨境直购、保税直购等交易方式的出现亦对从事电商业务的企业提出了更为细致和复杂的纳税要求。因此，在IPO审核中，电商行业企业的纳税情况尤为受到关注，审核机构的关注点主要集中于：（1）货物流转过程中不同环节的所涉税种、缴纳情况；（2）涉及跨境业务的发行人，其税款缴纳是否符合当地规定，是否存在通过设置境外账户规避境内税负的情形。

※相关审核案例

企业简称	反馈/问询问题
致欧科技 (2022年创业板过会)	申报材料及审核问询回复显示发行人境外销售涉及多个国家和地区，请发行人结合境内以及境外不同地区的销售收入及税收政策、具体征税标准及税率，进一步说明流转税、关税、所得税及其他税费的税务缴纳情况以及是否合规，是否存在少缴或应缴未缴的情形，是否存在被追缴或处罚的风险，并做充分的风险提示。
三态股份 (2022年创业板过会)	申报材料显示发行人以多店铺模式在海外第三方电商平台开展销售活动，以B2C的方式将中国制造的各类商品销售给世界各地的终端消费者。请发行人：（1）补充说明货物流转过程中的具体涉税环节、关税、增值税、销售税、企业所得税等税收缴纳方式、缴纳情况，是否符合当地海关、税务等法律法规的相关规定、是否取得相关主管部门无违法违规的证明；（2）补充说明发行人是否将主要收益留存在境外或个人账户以规避缴纳境内企业所得税、资金汇回境内是否按照境内外实际税负情况补缴企业所得税、税收缴纳情况及是否符合企业所得税等税法的相关规定、是否取得主管税务部门无违法违规的证明。

结合上述案例，我们建议拟IPO电商企业建立健全有效的财务制度和内部控制制度，增强税务合规意识，规范资金管理及内部财务工作流程，避免个人账户收付款，如实申报无票收入；从事跨境电商业务的企业可以制定进出口税收优惠政策适用指引，规范进出口退税、免税的申报行为，亦应充分了解、遵守境外税收法规和政策，并根据当地税收政策的变化及时进行调整，降低税务风险，必要时可寻求专业税务咨询机构、税务律师的帮助，以确保企业境外纳税行为的合法合规。

（二）跨境业务的合规性

跨境电商近些年蓬勃发展，其不可避免地会涉及海关、外汇、境外监管等问题，并且实践中许多企业存在于境外设立主体从事境外业务运营的

情形。因此在 IPO 审核中，除进出口涉及的税务问题外，审核机构还重点关注以下几个方面：（1）发行人是否履行完毕依法应当履行的进出口报关流程，（2）发行人外汇收支的合法合规性，（3）发行人境外主体的设立及经营是否符合当地法律法规要求，（4）出口商品是否需要具备当地法律法规要求的相关资质或应当通过反倾销、反垄断、反不正当竞争审查。

※相关审核案例

企业简称	反馈/问询问题
青木股份 (301110.SZ, 2022 年上市)	请发行人补充披露：（1）跨境电商业务的业务模式及具体内容，包括但不限于涉及的店铺类型、销售商品内容、品牌方授权情况、是否全部从事商品进口、发货地点、海外发货原因、仓储及中转仓库情况、物流供应商的选择及物流中转情况、仓储物流费用分担情况、进口申报及纳税情况、是否存在未进行申报程序或未如实申报的商品、报告期各期商品进口（或出口）业务收入的金额，业务开展过程中是否存在虚假宣传（如宣传为海外进口商品实际为境内生产、采购的商品）、未及时缴纳税款、进出口程序瑕疵、不符合天猫、京东等平台业务规则、违反与品牌方的合作协议等合规风险；（2）向境外分销商销售商品的基本流程、客户开拓方式、发行人代理的境外品牌通过发行人销往境外的原因及合理性、向境外分销商销售商品与审核问询回复所述“公司不存在开展出口业务的情形”是否存在矛盾；（3）在相关境外主体存在境内经营实体的情形下与境外主体签署合同的背景、原因，发行人是否存在业务发生地点在境外的情形、是否为境外平台的店铺开展代运营、消费者运营服务或品牌数字营销等业务及相关具体情况、合同约定的结算货币、报告期各期外汇收支情况、相关业务开展的合规性。
赛维时代 (2022 年创业板过会)	发行人开展跨境电商商品销售业务，主要产品类别为服饰配饰、百货家居、运动娱乐等时尚生活品类产品。请发行人结合向境外销售商品的产品类别、具体型号、供应商情况及销售规模等，补充披露发行人向目标国家/地区销售相关产品是否需通过目的地的质量认证、进口相关认证或反垄断、反倾销、反不正当竞争审查等，如有，请对发行人获取的境外认证、许可进行补充披露，并说明相关资质及认证在产品销售中的必要性、发行人获取/未获取的合规性。
致欧科技 (2022 年创业板过会)	申报文件和审核问询回复显示：（1）根据日本律师的法律意见书，《日本外汇和外贸法》规定海外投资原则上需在投资后向日本银行报告相关情况，发行人子公司 ZIELJP 未提交该报告，日本律师认为该行为对 ZIELJP 影响很小。（2）子公司 ZIELJP 采用委托第三方协助管理的模式开展经营活动。请发行人补充说明：（1）子公司 ZIELJP 未按照《日本外汇和外贸法》规定提交报告的背景、原因和合理性，该行为可能产生的具体影响；（2）ZIELJP

企业简称	反馈/问询问题
	采用委托第三方协助管理的具体操作模式，是否存在相关合法合规风险，发行人能否有效控制该公司；

根据相关法规及审核案例，我们建议从事跨境业务的电商企业：

1、加强企业内部合规体系建设，制定报关、外汇等方面的工作合规指引及专项管理制度，对于负责跨境业务岗位的人员，应加强其合规、风控意识，亦可建立交叉审查、复核制度，确保海关、外汇申报信息的充分、真实和准确。

2、关注海关、外汇等法律法规、政策及监管口径的变化，保持良好的外汇管理信用等级。同时，及时了解监管措施的变化、充分理解与适用法规政策条文，亦有利于企业在自查发现问题时利用自查自报等路径寻求主管部门的指导与帮助。

3、充分了解境外地区的法律规定及监管要求，包括但不限于企业应当取得的业务资质、是否需要履行反倾销反垄断审查等，保证境外业务在符合当地法律法规的范围内运行。

（三）个人信息保护及数据安全

大数据与电商运营可谓相辅相成，电商企业在平台运营或交易开展中会接触到消费者的个人信息以及平台运营相关数据，如店铺的销量、访问量、消费者地域分布、性别分布等群体特征。随着《个人信息保护法》的出台，信息保护与数据安全愈发受到各方的重视，从事跨境电商的企业亦需要符合境外国家或地区的信息保护、数据安全、网络安全等方面规则的要求。纵观近两年的A股审核案例，几乎所有电商行业企业均被问询了个人信息保护与数据安全相关问题，可见该问题已开始成为审核机构关注的焦点。

※相关审核案例

企业简称	反馈/问询问题
赛维时代 (2022年创业板过会)	请发行人：(1)结合发行人消费者运营服务的业务流程补充披露发行人能够获取消费者个人信息的环节、信息内容范围，数据采集过程是否获得客户许可，是否存在违规使用用户数据、侵犯用户权益的情形，对消费者相关信息数据的采集、使用是否符合互联网用户数据使用及数据安全方面的法律、法规及规章制度；(2)补充披露发行人获取消费者个人信息后的用途、利用方式，是否存在过度利用的情形，发行人在保护消费者个人信息方面所采取的措施，是否存在法律风险。
致欧科技 (2022年创业板过会)	请发行人补充说明主要销售国家或地区数据保护和网络安全相关法律法规的规定和发行人符合规定的情况，是否存在数据泄露造成发行人及客户损

企业简称	反馈/问询问题
	失，利用相关收集信息进行牟利等侵犯个人隐私、商业秘密等的违法违规行为。
三态股份 (2022年创业板过会)	申报材料及审核问询回复显示公司依托自主开发的智能选品系统按照多重召回策略从不同海外第三方电商平台、第三方收费数据接口获取热品、新品信息。请发行人说明经营过程中涉及客户信息、第三方信息获取及处理的环节及主要内容，发行人所使用的相关数据来源是否需经过授权，是否存在数据合规性风险。
数聚智连 (2022年创业板过会)	根据申报材料，发行人利用如阿里巴巴数据银行、京东数坊等平台工具及定制的SCRM系统（社交化客户关系管理系统），整合来自不同渠道的用户资源，实现对目标客群的定位及全流程会员管理，为运营及品效营销业务开展提供解决方案支持。 请发行人：（1）说明发行人自电商平台获取数据的主要类型（如用户个人信息、订单管理信息、平台运营信息等），是否取得相关数据的所有权。（2）说明发行人运用电商平台相关数据向客户（主要指品牌商及代理授权商）提供服务的主要模式，对相关数据的运用是否需要经由电商平台、个人消费者或其他相关方授权同意。（3）说明发行人在保护消费者个人信息方面所采取的措施，报告期内是否存在与数据使用相关的争议纠纷、违法违规情形，是否存在法律风险。

根据上述审核案例，审核机构对于个人信息保护及数据安全的全链条均颇为关注，主要包括：（1）发行人经营过程中所获取的数据类型；（2）采集数据的方式是否合法合规、是否取得相关主体的授权；（3）对前述数据的利用方式、利用目的是否合法合规，是否存在用于牟利等违法违规行为，是否存在过度利用；（4）发行人是否制定并执行了消费者个人信息保护及数据安全方面的制度与措施；（5）是否存在与个人信息、数据安全相关的争议、纠纷或因此受到行政处罚；（6）涉及到数据跨境流通的，相关环节及措施是否符合境外地的个人信息保护、数据安全要求，是否依法进行了数据出境申报。

因此，我们建议相关电商企业：

1、建立覆盖“采集-存储-流通-利用”全周期的个人信息及数据管理制度，依法设置网络安全负责人，对于工作过程中能够接触相关信息的员工，建议依照“最小权限原则”，仅授予其能够完成工作所需的最小的处理权限及处理频次，对于敏感信息及其他重要信息的访问、操作设置审批程序，并定期对相关员工进行信息保护、数据安全培训。

2、在信息数据收集和使用中遵循合法、正当、必要的原则，不得收集与提供的服务无关的个人信息，应当通过隐私政策等文件告知消费者信息数据采集的范围及内容，严格落实“告知-同意”制度。

3、涉及数据跨境流通的企业，应当在采集个人信息前以隐私政策等明文方式告知消费者其个人信息的数据出境情况，依法需要进行数据出境申报的，应当及时申报。同时，由于不同国家或地区对信息保护、数据安全的监管程度、监管措施各不相同，建议企业充分了解境外地区的法律规定及监管要求，必要时可咨询相应地区的律师等专业人士，确保数据流通符合当地规定。

（四）市场推广模式及推广费

市场推广是品牌建设中不可或缺的一环，各类新媒体的发展更是进一步拓展了市场推广的方式和平台，因此在审核中市场推广模式和推广费问题亦颇为受到重视。一方面审核机构关注市场推广费的构成、定价公允性、获客成本以及推广模式的合法合规性等问题，另一方面部分拟 IPO 企业被要求将前述数据与同行业公司进行比较以论证其市场推广模式及推广费结构的合理性。

※相关审核案例

企业简称	反馈/问询问题
若羽臣 (003010.SZ, 2020 年上市)	请发行人说明报告期内市场推广费的主要内容（方式）及金额、收费标准、相关的服务商背景及定价方式、结算方式及交易金额，结合相关数据进行匡算，说明变动的原因及合理性，说明是否存在跨期费用，相关费用是否支付给终端服务商，说明是否存在促销费用，如何进行账务处理。
戎美股份 (301088.SZ, 2021 年上市)	申报材料显示报告期内发行人销售费用分别为 8,793.12 万元、9,380.14 万元、10,254.73 万元，主要由推广费、职工薪酬、运杂费等构成。其中，推广费主要为门店推广所花费的超级推荐、钻展、直通车、淘宝客等支出；职工薪酬系运营相关人员薪酬；运杂费系向客户发货时产生的快递费及其他杂费。 请发行人补充披露：（1）推广费波动与销售金额变动不匹配的原因，超级推荐、钻展、直通车、淘宝客等相关推广支出的性质，各项目费用的变动情况及原因，是否一次性计入销售费用或在一定期间内摊销，是否存在跨期确认费用的情形，费用归集是否完整；（2）发行人获客方式，单位获客成本变动情况及原因，对比可比电商上市公司披露发行人获客成本的合理性；（3）对比电商行业上市公司分析销售费用率的合理性。
赛维时代 (2022 年创业板过会)	根据申报资料，发行人主要市场营销和推广模式可分为站内营销和站外营销。站内营销模式主要为各第三方电商平台的 CPC 类广告，站外营销模式主要通过 Facebook、Google 等渠道进行广告的投放。

企业简称	反馈/问询问题
	请发行人补充披露：（1）报告期内推广费主要构成，各销售渠道的推广方式及其合法合规性，是否存在虚假广告等不正当竞争行为。（2）报告期内发行人与相关推广合作渠道的合作内容，相关推广方式对应的推广频率、时长、位置、推广费用、计费模式、计价标准、单价及定价公允性、单客户获客成本、发行人获客成本占比，并说明报告期内发行人各推广费构成对应的推广费用与收入的比例及变动原因。（3）根据行业内相关通用指标，进一步说明报告期内发行人具体推广内容的推广效果，包括但不限于各个电商平台页面浏览量、新增访问人数、独立访客访问数、新客户数量、成交金额等，并说明报告期内发行人对各推广费构成的推广费用与推广效果的匹配度。

结合上述案例，我们建议电商企业：

1、建立健全广告发布内部审批制度，层层确认推广方式及广告内容的合法性、适当性，避免虚假广告、欺骗或诱导性广告、出现绝对化用语等禁止情形，保健食品、化妆品、药品、医疗器械等特殊商品的广告应当遵循相应的监管规则。在广告形式方面，建议谨慎采用与友商产品进行对比的“比较广告”方式，避免被认定为商业诋毁的风险。

2、建立健全企业内部的反商业贿赂制度，高度关注推广费用与获客率水平不匹配的情形，及时进行自查自纠；与员工、推广商签订反商业贿赂协议，加强员工的廉洁从业意识。

（五）业务资质及品牌授权

电商行业覆盖了种类多样的商品，根据销售商品类型的不同，企业需要取得不同的资质，如通过电商平台销售药品的企业应当取得与销售药品种类匹配的药品经营许可证、销售“械”字号化妆品的企业应比照医疗器械销售取得医疗器械经营许可或备案，电商平台的运营商还应当具备相应的电信资质。同时，部分企业以买断方式向品牌方或其代理商采购产品，经授权后在电商平台开设品牌官方旗舰店或专营店，此时合作品牌授权的稳定性、与合作方间是否存在争议纠纷等问题也是审核中关注的主要问题之一。

※相关审核案例

企业简称	反馈/问询问题
丽人丽妆 (605136.SH, 2020年上市)	招股说明书披露，发行人以买断方式向品牌方或其国内总代理采购产品，并在电商平台开设品牌官方旗舰店。请发行人补充说明以品牌名义开设品牌官方旗舰店，是否取得品牌方授权；发行人可否转授权其他方开设品牌官方旗

企业简称	反馈/问询问题
	<p>舰店；如出现质量纠纷，发行人和品牌方如何确定责任。</p> <p>招股说明书披露，发行人及其分公司具有 10 个经营资质。请发行人补充披露：</p> <p>（1）该等资质、许可、认证的初始授予时间，是否存在被取消的风险，如取消对发行人有何影响。（2）相关资质有效期到期后申请的程序和条件，是否存在不能通过复审的风险，如不能通过复审，则对发行人有何影响。请保荐机构、发行人律师核查发行人从事相关生产经营是否已取得全部相关资质、许可、认证，报告期内发行人是否持续符合拥有该等资质、许可、认证所需的条件，是否存在超越许可范围从事生产经营的情形，是否存在受到行政处罚的法律风险。</p>
凯淳股份 (301001.SZ, 2021 年上市)	<p>招股说明书披露，品牌线上销售服务业务下，发行人以买断方式向品牌方或其代理商采购产品，经授权后在电商平台开设品牌官方旗舰店或专营店。请发行人补充披露以品牌名义开设品牌官方旗舰店，是否取得品牌方授权；发行人可否转授权其他方开设品牌官方旗舰店，如出现质量纠纷，发行人和品牌方如何确定责任。</p>

根据相关法律法规及审核案例，我们建议从事电商业务的企业应持续关注业务所涉及的商品（如化妆品、食品、药品等）的监管要求，根据相关法律法规办理从事相关业务应当取得的资质。例如企业为通过自建平台进行商品销售，即应当依法取得增值电信业务许可证；涉及跨境业务的企业应当进行海关备案，年度货物贸易收汇或付汇累计金额超过等值 20 万美元的跨境电商企业还应当办理“贸易外汇收支企业名录”登记；如拟设立境外主体开展境外经营，企业应当依法履行申请对外投资批准、对外投资项目备案、外汇登记等程序；如销售药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品等特殊商品，则应当依法取得相应的资质或行政许可。

业务模式为以买断方式向品牌方或其代理商采购产品、经授权后在电商平台开设品牌官方旗舰店或专营店的企业，建议在与品牌方或其代理商建立合作关系时，于合作协议、授权协议等文件中约定授权的范围（如产品系列、商标的使用权等）、产品质量出现问题时的责任承担、售后服务的提供方与责任方等，确保权责清晰及合作的稳定性。

（六）直播业务的合规性

近年来，“直播带货”呈爆发式增长趋势，并逐渐趋于常态化发展，电商公司纷纷开展直播推广业务。其中部分企业与专业 MCN 机构合作，由 MCN 旗下主播为其提供直播带货服务；部分企业则选择在内部培养及招募带货主播。对于直播这一新业态，审核机构主要关注直播涉及的业务资质、

直播内容是否合法合规以及与 MCN 机构等合作过程中涉及的业务模式、完税情况等。

※相关审核案例

企业简称	反馈/问询问题
数聚智连 (2022 年创业板 过会)	根据申报材料及审核问询回复，发行人与 MCN 机构旗下主播合作过程中，MCN 机构向发行人提供发票并应就该等服务费承担相应的税务责任。就部分发行人未取得相关服务发票的情况，发行人申报纳税时对该等支出按照无票支出处理。 请发行人：（1）说明未取得 MCN 机构发票的原因，该等情形所对应的业务规模。（2）说明发行人对该类无票支出税务核算的具体过程及其合规性。
尚品宅配 (300616.SZ, 2017 年上市)	报告期内，发行人以自有网站和微信公众号平台为自有定制家具品牌提供线上营销服务，并打造 MCN 机构，通过自行孵化 IP 家居类达人和签约外部达人的方式打造网红矩阵，并通过达人为发行人自有业务以及其他合作方的产品或服务进行引流获客和销售推广。 请发行人补充说明：（1）发行人自有互联网平台的经营模式和具体内容，是否仅需办理 ICP 备案，新居网是否仅涉及已取得许可的两项电信业务，是否还需取得其他备案或许可，相关经营是否合法合规；（2）MCN 等网红业务的经营模式和具体内容，发行人是否涉及国家发改委《市场准入负面清单（2021 年版）》中相关情形，是否符合相关规定；（3）发行人及其子公司 O2O 引流服务、通过视频和直播圈粉，通过达人引流获客和销售推广等业务是否涉及传媒领域，传媒业务的主要内容及收入占比情况，是否合法合规。 (2022 年向特定对象发行证券之一轮问询)

根据《关于加强网络直播营销活动监管的指导意见》《网络直播营销管理办法（试行）》《网络直播营销行为规范》等规定并结合上述审核案例，我们建议采用直播销售方式的电商企业：如直播业务系与外部机构合作、由其旗下主播为企业提供直播带货服务，建议在建立合作关系前，严格审核 MCN 机构的业务资质、经营情况及具体提供直播服务的主播个人的既往从业情况，评估与该机构及主播合作的风险；同时，在合作协议中明确约定主播的行为规范应当符合相关规范性文件之要求；在筛选外部机构及与外部机构的合作过程中关注业务及资金往来的合法合规，如是否公对公转账、是否依法开票等，做到全流程合规。

三、结语

电商行业在发展过程中不断涌现新业态、新活力、新模式，我们建议企业在推进新型电商业务模式时应全面了解该等模式的具体流程，充分关

注每一环节涉及的法律法规及监管要求，在合规经营的前提下不断成长，也期待有更多的电商企业能够进入资本市场，带动行业的进一步发展。

(2023年4月)



争议解决

网络交易中商家标错价格的民事责任分析

马成龙、杨佩峰

618 电商大战已蓄势待发。在过往电商促销活动中，商家标错价格时有发生。例如，某知名鞋品旗舰店曾误将大量市价在 300 元至 2000 元的鞋子设为 20 元上架销售，买家簇拥而至，引发了系列网购合同纠纷。却也有商家冒着风险故意标低价格、大肆宣传、赚足流量，结果是自食苦果。

尽管消费者权益保护是《电子商务法》的立法目标之一，但在网络交易中，如商家确因工作失误而标错价格，也不应对商家苛以过重的责任，避免利益失衡。本文将通过梳理法律规定与司法案例，总结司法实务中处理网络交易中商家标错价格的倾向性意见。

一、网购合同是否成立？

（一）合同是否成立之争

基于互联网的传播特性，一旦电商商家价格标错，尤其是远低于市场价格时，极大可能引来不计其数的买家下单，商家发现错误后只能拒绝发货，进而买家起诉请求履行合同或者赔偿损失。在诉讼案件中，合同是否成立是首个争议焦点。

在张超、上海启铂电子商务有限公司买卖合同纠纷^[1]中，商家通过网店销售购物卡，商品图片显示“电子卡 98 折优惠”，但 1000 元面值礼品卡标注的售价是 490 元，买家以 490 元下单购买，二审法院认为商家真实意思是 980 元价格出售 1000 元面值礼品卡，买家以 490 元购买，承诺与要约内容不一致，合同未成立。

但上述裁判观点并非主流意见，法院倾向于认为商家标错价格往往不会影响到网购合同的成立。例如，在南通慧道纺织品有限公司与康红才网络购物合同纠纷^[2]中，商家误将 39 元/件错标为 3.9 元/件，买家按 3.9 元/件下单购买，一审法院认为，对于当事人表示行为错误，若相对方非为明知，为保护交易安全考虑，做出错误表示的一方当事人仍应受其错误意思表示的拘束，本案买卖合同已经成立。其他诸多案件中均采纳了此合同成立观点^[3]。

[1] （2019）津 01 民终 7320 号。

[2] （2020）浙 0192 民初 5718 号。

[3] 相关案例包括大成文华文化交流（天津）有限公司与莆田市戴氏家居有限公司等信息网络买卖合同纠纷【（2021）京 0491 民初 37030 号】、佛山聚阳新能源有限公司与邬斌、杭州阿里巴巴广告有限公司买卖合同纠纷【（2018）苏 13 民终 2202 号】、凤岩岩诉淄博鼎瀛经贸有限公司买卖合同纠纷【（2015）淄商终字第 89 号】等。

《电子商务法》第四十九条规定，电子商务经营者发布的商品或者服务信息符合要约条件的，用户选择该商品或者服务并提交订单成功，合同成立。我们理解，商家在商品销售页面标注明确的商品名称、规格、数量、价格等具体信息，买家下单付款即生成订单、商家需按订单发货，商家发布的信息构成要约。当商家发布的信息发生错误，导致外在表意与内心真意不一致时，应对其意思表示进行解释。

根据《民法典》第一百四十二条“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义”之规定，结合意思表示理论，有相对人的意思表示解释是以客观情况为主^[4]，即在相对人不知悉或不应当知悉表意人真意的，原则上按照外在表意解释意思表示，以此保护相对人合理信赖，维护交易安全。此外，与合同订立传统方式不同，电商商家和消费者订立合同具有成交快速、非面对面、针对不特定群体等特点，且商家展示的信息是消费者直观了解的内容，交易安全的重要性更为突出。因此，如果商家在商品销售页面标注的信息已然明确，即使标示错误，消费者并非明知商家的错误而下单付款的，商家标示错误的行为并不影响到网购合同的成立。

（二）影响合同不成立的因素分析

当然，法院审理案件时不会照搬合同成立观点，而是审视双方当事人的真实意思和主观认知，在如下案例中，法院具体问题具体分析并认定网购合同不成立。

1、买家明知商家标错价格

在谭江与广东佳庆信息有限公司买卖合同纠纷^[5]，买方通过QQ群得知商家网店中商品标价错误并下单订购，一审法院认为买方下单购买时明知该商品价格有误，不能认定商家已就涉案商品价格与买方达成合意，买卖合同未成立。

我们认同上述裁判观点，在商家意思表示错误的情况下，如果消费者下单时明知商家标注的价格并非真实意思，已然不存在所要保护的信赖利益和交易安全，此时应以商家内在真意来解释其意思表示，双方的买卖合同不成立。当然，在诉讼案件中，商家对于消费者明知的证明难度颇高，仅凭标注的价格异常不足以完成证明责任。

2、平台规则

在万峰与上海耕企至源工贸有限公司等买卖合同纠纷^[6]中，商家误将

[4] 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总则编理解与适用[下]》，人民法院出版社，第718页。

[5] （2018）粤0106民初19268号。

[6] （2018）京0105民初18872号。

显示器价格标为 5 元/台，买家按 5 元/台下单购买，订单中有加粗字体载明“此邮件仅确认我们已收到了您的订单，只有当我们向您发出发货确认的电子邮件，通知您我们已将您订购的商品发出时，方构成我们对您的订单的确认，我们和您之间的订购合同才成立”。此后商家发送邮件载明订单因价格设置错误而取消。一审法院认为，本案购买时间在《电子商务法》之前，不适用该法，网站使用条件约定了商品展示为要约邀请，消费者下单为要约，只有网站发出送货确认才构成承诺。消费者同意该使用条件，故商家未向买家确认可以发货，双方买卖关系未成立。

商家网站中展示明确具体的商品信息，此种展示属于要约还是要约邀请曾是争议问题，但在 2019 年 1 月 1 日《电子商务法》施行后，电子商务经营者发布的商品或者服务信息符合要约条件的即构成要约，平台或商家均不得以格式条款等方式约定消费者支付价款后合同不成立。平台规则已经不再是影响合同不成立的考量因素。

二、商家能否基于重大误解撤销网购合同？

即便买卖合同成立，针对商家的意思表示瑕疵，为了避免利益失衡，民法上仍有合同撤销制度可供救济。结合《民法典》相关规定，商家或可尝试以重大误解为由请求撤销合同。

（一）商家标错价格可能构成重大误解

1、商家因工作失误将价格标注极低

在深圳周大福在线传媒有限公司与王欣信息网络买卖合同纠纷^[7]中，商家因工作失误导致产品标价远低于日常售价，消费者下单购买，商家以重大误解主张撤销合同，一审法院认为商家的行为明显不符合正常销售行为，事发后即向买家表示了错误和歉意、进行了赔付，能够证明存在重大误解，根据公平原则，订单合同应予撤销。上述裁判观点在其他诸多案件中均有适用^[8]。

《民法典》第一百四十七条规定，基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。《最高人民法院关于适

[7] (2021)沪0106民初22754号。

[8] 相关案件包括上海宝原体育用品商贸有限公司与祝凤信息网络买卖合同纠纷【(2022)沪0112民初35383号】、邹颖与致美生活(北京)科技有限公司信息网络买卖合同纠纷【(2021)京0491民初44285号】、南通慧道纺织品有限公司与康红才网络购物合同纠纷【(2020)浙0192民初5718号】、周颖琦与百丽电子商务(上海)有限公司、江苏苏宁易购电子商务有限公司网络购物合同纠纷【(2020)粤0192民初26975号】、王忠生、广州视宇计算机科技有限公司买卖合同纠纷【(2019)粤01民终6916号】、广州视宇计算机科技有限公司、刘树茂买卖合同纠纷【(2019)冀09民终5257号】、王国平与北京趣拿信息技术有限公司等买卖合同纠纷【(2016)京01民终2712号】、杨波与北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司、北京东方安艺商贸有限公司网络购物合同纠纷【(2014)浦民一(民)初字第15666号】等。

用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第十九条规定，行为人对行为的性质、对方当事人或者标的物的品种、质量、规格、价格、数量等产生错误认识，按照通常理解如果不发生该错误认识行为人就不会作出相应意思表示的，人民法院可以认定为民法典第一百四十七条规定的重大误解。

重大误解，是指误解人作出意思表示时，对涉及合同法律效果的重要事项存在认识上的显著缺陷，其后果是使误解人受到较大损失，以至于根本达不到缔约目的^[9]。我们理解，商品价格是买卖合同的重要事项，若商家因工作失误标错价格，导致页面展示的价格远低于日常售价，商家对商品价格产生错误认识，导致其行为后果与其真实意思相悖，如果没有标错价格则商家就不会以该低价销售商品，并且如果该订单合同继续履行，商家将遭受较大经济损失，买卖双方利益有所失衡，商家构成重大误解，有权请求撤销合同。

尽管也存在法院认定价格标错不属于重大误解的司法案例，比如在王潇与浙江天猫网络有限公司等网络购物合同纠纷^[10]中，一审法院认为商家失误操作导致价格标错不符合合同法规定重大误解。但采纳此种观点的司法案例较少，我们认为，价格是买卖合同重要内容，上述司法解释亦已将当事人对价格产生错误认识纳入重大误解的范围，如商家确因工作失误而标错价格，为了避免继续履行订单合同而遭受较大经济损失，建议商家尝试通过重大误解来请求撤销合同。

商家故意标低价格

实践中也有商家故意以低价作为噱头吸引消费者下单，随后又以重大误解为由请求撤销合同，此种违背诚信、故意作出虚假意思表示的行为不构成重大误解，也无法通过司法途径获得救济。

例如，在赵强与北京寺库商贸有限公司信息网络买卖合同纠纷^[11]中，法院认定商家以“1元购”促销手段吸引客户后又取消订单，有两种可能：其一，商家根本没有涉案商品，而虚拟上架以吸引流量；其二，商家在发现被同一客户购买多单后通过取消订单方式试图“止损”。不论是哪种情况从消费者的需求侧来看均可以从最“恶意”的角度理解为欺诈行为，进而按照《消费者权益保护法》第五十五条假一赔三规定赔付消费者损失。在佛山聚阳新能源有限公司与邬斌、杭州阿里巴巴广告有限公司买卖合同纠纷^[12]中，商家为提高销量排名安排“一元交易”刷单，买家根据销售页面展

[9] 崔建远主编：《合同法》（第七版），法律出版社2021年6月第7版，第82页。

[10] （2019）京0491民初37237号。

[11] （2021）京0491民初26812号。

[12] （2018）苏13民终2202号。

示信息下单后却被拒绝发货，法院认定商家拒不履行交货义务应承担赔偿责任，并参照商品市场价格判令商家的赔偿额。

（一）商家以重大误解请求撤销合同的要点分析

1、关于重大误解的证明责任

商家主张构成重大误解，需对此承担证明责任，仅凭标注价格远低于日常售价这一点难以达到证明标准。实践中，法院通常综合如下诸多因素，考虑商家标错价格的行为是否明显与正常的商业行为不符：

- (1) 商家标错价格时是否有促销活动；
- (2) 商家是否宣传了低价促销；
- (3) 标错的价格与日常售价是否相差悬殊；
- (4) 商家在何时发现错误；
- (5) 商家发现错误后是否立即纠正和弥补等。

尤其是，若商家在发现错误后未第一时间纠正和弥补，法官可能不会采信商家的重大误解主张。比如，在张莉与浙江百诚网络科技发展有限公司网络购物合同纠纷^[13]中，由于商家未及时采取补救措施，法官未采信商家关于价格设置错误发生重大误解的主张，并判令商家根据订单交付商品。

2、撤销权的行使方式

根据《民法典》第一百四十七条以及《全国法院民商事审判工作会议纪要》第四十二条规定，当事人只能请求法院或仲裁机构撤销合同，提出请求的方式包括起诉、反诉和提出抗辩。由于撤销权需在除斥期间内行使，建议商家在可行的情况下主动起诉，避免因超过除斥期间而丧失权利。

3、撤销权的除斥期间

为了稳定法律关系，当事人需在法律规定的期限内行使撤销权。《民法典》第一百五十二条规定，重大误解的当事人应自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内行使撤销权，否则撤销权消灭。关于 90 天期限的起算点，在网络交易中，消费者下单购买后商家即可第一时间获知订单内容，因此商家知道或应当知道价格标错的时间点通常即订单有效生成的时间点。

4、合同撤销后的法律后果

根据《民法典》第一百五十五、一百五十七条规定，合同被撤销后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

若法院认定商家构成重大误解，则网购合同被撤销、不具有法律约束

[13] (2016)冀0203民初4909号。

力，商家首先需返还消费者已支付的价款。由于合同被撤销主要是商家过错所致，商家理应承担缔约过失责任，在其过错范围内赔偿对方合理信赖利益损失。在司法案例中，法院对商家是否需承担赔偿责任以及赔偿责任的范围具有较大裁量权。根据我们的检索，商家被判令承担赔偿责任的范围有如下情形：

(1) 周颖琦与百丽电子商务（上海）有限公司、江苏苏宁易购电子商务有限公司网络购物合同纠纷^[14]中，法院认定商家构成重大误解，参照电商平台未及时发货的赔偿金规则判令商家的赔偿责任。

(2) 广州视宇计算机科技有限公司、刘树茂买卖合同纠纷^[15]中，法院支持商家请求撤销合同的诉请，因商家过错引发纠纷，法院判令商家承担案件受理费。

(3) 杨波与北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司、北京东方安艺商贸有限公司网络购物合同纠纷^[16]中，法院认定商家构成重大误解，参照商家在双方协商中所作的赔付承诺判令商家的赔偿责任。

三、要求商家履行合同是否符合诚实信用原则和公平原则？

商家误将价格标注过低可能会产生大量订单合同，要求商家就每份订单逐个提起合同撤销之诉不具有实操性。北京互联网法院曾在数个案件中以诚实信用原则、公平原则作为考量认为合同不能继续履行、并判决驳回了买方关于继续履行合同或者赔偿损失的诉请。

例如，在尉国庆与致美生活（北京）科技有限公司信息网络买卖合同纠纷^[17]中，商家将奢侈品背包标价为 50 元以及运费 12 元，买家以实付款 62 元/个购买了 6 个背包并起诉请求发货。北京互联网法院认为，买家连续下单购买远低于市场价格的奢侈品背包，在商家及时告知买方价格配置错误要求取消订单，且愿意给予一定现金补偿后，买方仍要求发货，有违诚实信用原则，要求商家继续履行合同也有违公平原则，故不支持买方要求继续履行合同的诉求。类似案例还包括陈勇与北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司等信息网络买卖合同纠纷、李珊与上海启铂电子商务有限公司信息网络买卖合同纠纷^[18]等。

在陈勇与北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司等信息网络买卖合同纠纷^[19]中，针对买方要求按照商品价值赔偿损失的诉请，法院认为涉案合

[14] (2020)粤 0192 民初 26975 号。

[15] (2019)冀 09 民终 5257 号。

[16] (2014)浦民一(民)初字第 15666 号。

[17] (2021)京 0491 民初 32955 号。

[18] (2019)京 0491 民初 21198 号。

[19] (2021)京 0491 民初 10641 号。

同不符合诚信原则，继续履行会导致权利滥用，利益损害一方可就履行障碍要求解除合同，商家已将订单金额退回给买方，故不支持买方的赔偿损失诉请。在万峰与莆田市淘蜜贸易有限公司等网络购物合同纠纷^[20]中，法院认定买方明知涉案商品价格远低于市场价格而连续下单，有违诚实信用原则，不支持继续履行合同的诉求，但因商家对此次交易无法顺利进行存在过错，故商家返还货款并赔偿相应货款的利息。

在上述案例中，商家错误标注的价格与日常售价差距悬殊，买方从生活常识即可推断商家可能标错了价格，在商家事后已及时作出补救和致歉的情形下，买家仍要求继续履行合同，法官可能将之识别为俗称的“薅羊毛”行为，对于买方的倾斜保护不再绝对化，而是基于诚实信用原则和公平原则调整双方关系，认为合同不能继续履行，亦没有判令商家按照商品价值赔偿损失，在经济后果上与撤销合同相当。

但在《民法典》中，诚实信用原则和公平原则是法律原则，并非合同不能继续履行的具体规定，法院在审理案件中是否采纳上述裁判意见属于其自由裁量范围。因此，仅以诚实信用原则和公平原则来抗辩不能继续履行合同不宜作为商家应对价格标错的首选解决方案。如果商家起诉撤销合同确实存在较大难度或者已经超过了撤销权行使期间，则可以考虑参考上述案例援引相关法律和事实依据，尽量减轻己方的经济损失，避免因一时工作疏忽而承受过高代价。

四、结语与建议

在网络交易中，消费者主要依赖于商家在商品及服务销售页面中展示的信息了解商品，这加强了对商家合法合规经营的要求。向消费者提供周到的服务也始终是企业的社会责任。但商家经营过程中不可避免会出现失误，如果动辄由商家承受全部后果而无救济渠道，则可能导致商家与消费者之间的利益失衡，损害正常的商业秩序，不利于电商行业长远发展。若商家确因工作失误而标错了价格，建议商家寻求法律救济，并积极采取补救措施：

(1) 建议商家发现错误后第一时间采取纠正措施，包括但不限于更正标错的价格或者下架相关商品、在店铺发布工作失误和致歉公告、主动联系消费者道歉并协商取消订单、视订单规模决定是否向平台沟通报备等，并固定好沟通记录，避免因消极对待而丧失获得司法救济的途径。

(2) 商家在致歉公告以及与消费者沟通过程中即可表明工作失误、请求撤销合同的意思并提供合理解决方案，同时应避免表达出同意继续履行合同的意思或者根据订单向消费者发货，否则会产生放弃撤销权的后果。

[20] (2019)京 0491 民初 29233 号。

(3) 针对未能协商解决的订单合同，建议在订单生成后 90 天内及时向法院起诉或者反诉请求撤销合同，避免撤销权因超过行使期限而消灭的不利后果。

(2023 年 5 月)

代理进口真的比货物买卖风险小吗

张国豪

一、背景简介

X公司是一家长期从事冷链食品进口业务的国际贸易公司，惯常的交易模式是与境外卖家签订国际货物买卖协议，同时与境内买家签订货物买卖协议，通过赚取差价实现盈利。

近年多种因素导致货物的市场价格大幅波动，一不小心跌幅就超过了已经收取或缴纳的定金范畴，且货物一旦涉疫即面临无法正常清关乃至直接被销毁的巨大风险。按照之前的交易模式，X公司需要自行承担跌价时境内买家抛单、涨价时境外卖家擅自解约、向下游买家退款、赔偿损失、支付违约金等等风险和责任，同时却囿于国际贸易纠纷中境外卖家强势、追责时间和经济成本双高、判决或仲裁结果难以执行等困境，往往很难向实际的责任方主张权利以弥补损失。

由此，X公司考虑参照部分同行的做法，将以往的买卖交易模式改成代理进口模式，与境内买家签订《代理进口协议》，这样就不需要自行承担买卖合同项下的违约风险了。于是X公司将原来的《购销协议》名称修改为《代理进口协议》，对合同内容略作调整，并增加了货物进口合同项下的相关风险由被代理方承担的合同条款。

X公司从此就可以高枕无忧了吗？代理进口真的比货物买卖风险小吗？

二、代理是权利和义务的同时让渡

X公司为了规避买卖合同风险而将其与境内买家的买卖关系改为代表关系，在法律关系上变成由境内买家直接向境外卖家采购，X公司仅作为境内买家的代理人。这样一来，X公司的确不用向境内买家承担买卖合同项下的义务，但同样的，X公司也不能向买家主张合同项下的权利，比如要求买家履行买卖合同的权利。



案例 1:

X 公司与下游买家 J 公司签订《代理进口协议》。J 公司按约支付了 30% 预付款，没想到支付尾款前货物市场价格已经接近腰斩，J 公司遂通知 X 公司抛单，但 X 公司与上游渠道有长期合作关系，且同时在进行多笔交易，抛单会严重损害 X 公司的商业信誉，同时也会影响其他交易的顺利进行。因此，X 公司希望 J 公司继续履行买卖合同。

在原先的买卖法律关系下，要求 J 公司继续履行买卖合同是 X 公司的基本权利，但是变成代理关系后，X 公司只能主张代理合同项下的权利，是否履行与境外卖家买卖合同的决定权在被代理人 J 公司，X 公司只能遵照 J 公司的指示处理，而不能强行要求其继续履行买卖合同。

再比如货权的保留和留置权的行使。

在原来的买卖法律关系下，货权基于买卖关系在三方间转移了两次，X 公司作为卖方，在权利受到侵害的时候可以依法保留货权、行使留置权甚至收回标的物；变成代理关系后，货权在买卖双方之间转移，并不经过代理人，所以 X 公司无法通过保留货权、收回标的物的方式进行风险救济，行使留置权也会受到条件的限制。根据《民法典》的规定，留置权的行使以合法占有债务人的动产为前提，但在国际贸易实务中，往往都会由独立的第三方公司代为办理货物的清关、仓储和运输，代理进口方不会在任何环节合法占有货物，因而 X 公司往往没有行使留置权的机会。

三、履约保证金的性质

案例 2:

X 公司在《代理进口协议》中沿用了原《购销协议》的条款：“J 公司应于订单签署后 3 日内向 X 公司支付不低于总货款 30% 的履约保证金，由于 J 公司的原因导致买卖合同未能正常履行的，X 公司有权将履约保证金作为违约金没收不予退回”。

实务中，我们在多份代理进口合同里均看到过类似的条款。这一条款是否有效、履约保证金的性质为何呢？

会做这样的约定，是因为 X 公司忽略了买卖合同和代理进口合同在合同标的上的重大差异。如图所示，如果 X 公司与 J 公司签订《购销协议》，则合同标的为货款 105 万；但如果签订的是《代理进口协议》，则需要进行分拆，其中 100 万为 J 公司与境外公司买卖合同的标的，剩余的 5 万元代理费才是《代理进口协议》的标的。一份预期利益只有 5 万元的合同却约定了超过 30 万的违约金，明显不合常理。

这也带出来一个隐含的问题，“履约保证金”的性质到底是什么？保证的是履哪个约？买卖合约还是代理合约？原来的买卖法律关系下自然没有歧义，但在合同的法律性质改变以后，就成了一个很微妙的问题。

实务中，境内买方如 J 公司在支付上述履约保证金后，通常不会再另行支付买卖合同项下的定金或预付款，代理进口方如 X 公司通常在收取保证金以后，也会将保证金的全部或绝大部分部分转付给境外卖方作为买卖合同项下的定金、履约保证金或预付款。因此，这笔以“履约保证金”名义收取的款项，实质上更像是代收代付款而非代理合同项下的履约保证金。既然是代收代付款，“X 公司有权将履约保证金作为违约金没收不予退回”的说法就不成立：

1、如果 J 公司明确要求抛单的时候，X 公司已经收到履约保证金且已经完成对外支付，客观上就没有作为违约金没收的可能性；

2、如果 J 公司明确抛单的时候，X 公司已经收到履约保证金但尚未对外支付，X 公司应当第一时间按照被代理人 J 公司的指示停止对外支付，X 公司作为 J 公司的代理人、此时不可能代境外卖方没收被代理人的保证金，同时 J 公司抛单并不必然构成代理合同项下的违约，X 公司也没有理由仅仅基于 J 公司的抛单行为、自行没收 J 公司的履约保证金；

3、即使 J 公司构成代理合同项下的违约，如前所述，代理合同的标的只有 5 万元，X 公司却要收取超过 30 万元的违约金，绝大多数情况下不会得到法律的支持。

X 可否先按照订单价格自行购入货物、再以订单价格和市场价格之差向 J 公司主张损害赔偿责任呢？这仍然是买卖合同的维权逻辑，在代理法律关系中，X 公司作为代理人，依法应当按照被代理人的指示处理受托事务，在 J 公司明确指示抛单的情况下，X 公司自行履约造成的损失，难以认定与《代理进口协议》有关，更难认定与 J 公司基于代理协议的违约行为存在因果关系，因此，X 公司通常无法向 J 公司主张因此产生的损失。

四、验收及质量保证

案例 3：

X 公司原《购销协议》的验收条款约定：“买方应当于提货时清点、验收货物并对货物进行签收，货物受损、灭失等风险自货物交付时转移至买方。货物自提取之日起 3 日内，买方有权就货物的隐蔽瑕疵提出异议，逾期未提出的视同无异议。”

《代理进口协议》原封不动照抄了上述条款。乍一看并无不妥，但仔细一想，X 公司作为买方的代理人，怎么能在代理协议中限制买方对境外卖方的权利呢？货物质量发生问题，代理方的责任应该是协助买方与境外卖方交涉、维权，而非要求被代理人自行放弃权利。

因此，《代理进口协议》对于验收及质量保证更为妥善的约定方式可以是：“被代理方应当于提货时对货物数量、规格、包装等进行确认，并于提货后 3 日内对货物的其他表面及隐蔽瑕疵提出书面异议，代理方应协

助被代理方确认具体情况并与相关方协商解决方案。被代理方未于收货当时对商品数量、规格、包装等提出异议，或未于约定期限内对其他商品瑕疵提出书面异议的，相关责任及后果由被代理方自行承担。”

五、解约权的行使



案例 4：

X 公司与 J 公司的《代理进口协议》中还沿用了原买卖协议的解约权条款，约定“J 公司在合同生效后不得单方解约，……J 公司未按合同约定支付款项超过 5 日的，X 公司有权单方解除合同，并要求 J 公司按总货款 30% 的标准支付违约金”。

这个约定再次混淆了买卖合同和代理合同的界限，存在法律效力和最终后果不确定的问题：

1、根据《民法典》第 173 条，委托代理可因被代理人取消委托或者代理人辞去委托而终止，因此，J 公司单方取消委托代理是其法定权利，不能通过双方约定被剥夺，X 公司仅能基于双方的代理合同追究 J 公司有限的违约或损害赔偿责任；

2、X 公司行使单方解除权的后果是什么？

X 公司作为代理协议的一方当事人，行使解除权的对象应该是代理协议而不是买卖协议，因此，行使解除权的后果不是买卖合同一并解除，只是 X 公司退出代理，由被代理人 J 公司自行或另行委托他人继续处理买卖协议项下的事务。X 公司作为代理方，行使解除权的同时还需要承担附随的配合交接义务，处理不当可能要反过来向 J 公司承担赔偿责任。而这些潜在的风险都不是 X 公司作此约定的初衷。可见，约定单方解除权是买卖合同中很好的维权救济条款，却未必是代理协议的好选择。

六、代理方的特殊责任

1、隐名代理

一般情况下，将买卖法律关系变更为代理，代理人在代理权限内，以

被代理人名义实施的民事法律行为，依法对被代理人发生效力，确实可以达到规避买卖合同项下风险的目的。但在国际贸易中，X公司为了防止被跳单，常常会选择避免上下家直接接触的交易方式，即隐名代理。隐名代理在满足法定条件的情况下，X公司仍然可能要承担买卖合同项下的责任。

根据《民法典》第926条规定：“受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利。但是，第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但是第三人不得变更选定的相对人。”

2、转委托

代理进口过程中，代理方往往会另行委托第三方代为提供清关、检验检疫、运输仓储等服务，这就涉及到转委托的相关法律规定。《民法典》第169条规定：“代理人需要转委托第三人代理的，应当取得被代理人的同意或者追认。转委托代理经被代理人同意或者追认的，被代理人可以就代理事务直接指示转委托的第三人，代理人仅就第三人的选任以及对第三人的指示承担责任。转委托代理未经被代理人同意或者追认的，代理人应当对转委托第三人的行为承担责任；但是，在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。”

根据上述规定，《代理进口协议》需要特别关注以下几点：

(1) 转委托应当取得被代理人的同意或者追认，否则除特殊情况外，代理人需要对第三人的行为承担责任；

(2) 转委托经被代理人同意或者追认的，代理人的责任风险可以较好的得到控制，但同时被代理人也被赋予了跳过代理人、直接向第三人下达指示的权利，考虑到国际贸易中代理方防止被跳、控货等特殊诉求，合同条款设置和具体实操中都需要更多权衡；

(3) 关于代理方能否在代理费之外、另行就转委托部分的服务赚取差价的问题，《民法典》规定“代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外。”在没有特别约定的情况下，赚取差价的行为可能因为违反了这一强制规定而被认定无效。

可以考虑把这部分服务排除在代理范围之外，作为附随的额外服务让被代理方确认并同意另行支付费用，如约定“协议双方一致同意：代理方在代理进口服务之外，另行按照约定收费标准向被代理方提供下述附随服务，……，相应服务费用由被代理方在代理费用之外单独支付”。

3、代理事项违法的责任

关于代理事项违法、代理人责任是否可以通过约定排除的问题，《民法典》明确规定：“代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的，被代理人和代理人应当承担连带责任。”因此，代理事项的违法责任无法通过合同约定彻底免除，代理人仍然要对代理事务的合法性进行独立判断。

七、总结

买卖协议和代理协议的法律关系基础不同，协议各方基于不同法律关系所享有、承担的权利、义务、法律风险均不相同，法律法规对两种法律关系亦有不尽相同的强制性规定，需要结合客观情况、合同目的等，确定哪种法律关系更为适合。

同时，由于两种协议的法律基础有实质性的差别，仅仅改变协议的名称、而不对协议的具体条款进行有针对性的调整，可能会导致协议条款实操性、有效性上的双重风险，甚至从实质判断角度，名为《代理进口协议》的合同还可能最终被认定为买卖协议，协议各方当事人都将承担更多不确定的法律风险。建议审慎对待每一个合同条款，以更好地匹配对应的基础法律关系，降低不确定性和各方当事人的潜在风险，使合同能够更好的服务于交易本身。

(2023年1月)

以案说法之海关监管货物保全

张国豪

一、基本案情

2020年8月，国内S公司向巴西肉厂购买了一批冷冻牛肉，合同履行过程中，双方产生纠纷，肉厂以邮件形式向S公司发送了单证的扫描件以后，拒绝向S公司交付单证原件，并以S公司违约为由单方取消交易，同时要求S公司承担违约责任。

S公司利用收到的单证扫描件在海关系统进行了预报关操作，但是没有单证原件、无法清关提货，遂向法院提起诉讼，要求肉厂解除合同、赔偿损失，同时向法院提出财产保全申请，要求保全已经到港、尚未清关的货物。法院根据S公司的申请于8月20日作出保全裁定，并于8月28日向集装箱所在码头送达了《协助执行通知书》。

由于被告为境外公司，保全裁定一直未完成对被告的送达。巴西公司在不知道货物被保全的情况下，将货物转卖给了第三方M公司，向M公司交付了除提单之外的单证原件，并以M公司为收货人对货物完成了电放，完成电放的时间分别为8月27日和29日。

虽然货物完成电放，但因货物被S公司预申报，M公司无法办理正常报关、清关手续，在多方交涉试图解决预申报问题的过程中，M公司于10月份意外得知货物不但被预申报了，还被法院保全了，遂向法院提起了保全异议。

二、货物性质及权属辨析

1、一般动产 or 特殊动产

系争货物毫无疑问属于动产，问题是属于一般动产还是特殊动产。正常流通领域的牛肉不用登记、以实物交付实现物权转移，自然属于一般动产。但在国际贸易中尚未清关、尚未完成交付的牛肉不同，首先是不能通过实物交付完成物权转移，其物权的转移一般通过提单交付实现，买受方取得物权时绝大多数情况下无法查看实物；其次，提单的收货人信息特别是完成电放的提单所有人信息，在船公司系统有明确的登记，买受人想要最终取得货物，还要通过海关系统进行申报、由海关审核全部单证并办理清关手续后才能放行。因此，我们倾向于认为这个阶段的货物属于特殊动产。

2、海关监管货物

根据《海关法》的规定，进口货物自进境起到办结海关手续止，出口货物自向海关申报起到出境止，过境、转运和通运货物自进境起到出境止，

属于海关监管货物，应当接受海关监管。因此，本案的系争货物属于典型的海关监管货物。

《海关法》对监管货物的处置作出了特别规定：“海关监管货物，未经海关许可，不得开拆、提取、交付、发运、调换、改装、抵押、质押、留置、转让、更换标记、移作他用或者进行其他处置。……人民法院判决、裁定或者有关行政执法部门决定处理海关监管货物的，应当责令当事人办结海关手续。”

根据以上规定，人民法院直接对海关监管货物的处理应当以办结海关手续为前提，结合海关监管货物的定义，实际上就是人民法院判决、裁定或者有关行政执法部门不得处理海关监管货物。仅仅对海关监管货物采取保全措施而未做实际处置是否属于“处理海关监管货物”，假设我们可以做不同的理解，但如果无法对保全物进行最终处理，保全还有什么意义呢？因此，从实务操作的角度，我们倾向于认为，保全本身也属于处理。

3、所有权转移

如前文所述，国际贸易中的物权转移基本都是通过提单交付实现的。提单虽然在理论上有记名提单、指示提单和不记名提单，但在实务中绝大多数都是记名提单，本案中也是如此。因此，本文重点探讨记名提单的纸质交付和电放情况下对所有权转移的认定。

海商法中，提单一般被认为兼具债权凭证和物权凭证的功能，承运人在目的港收回正本提单交付货物，在买卖双方间，正本提单交付完成通常标志物权转移完成。上世纪 90 年代，航运界出现了一种变通的做法即“电放提单”，即由托运人（卖方）在装运港向船公司提出申请、提供保函并交回正本提单或直接不申请正本提单，船公司马上以电讯方式通知目的港代理，允许该票货物由托运人指定的收货人凭身份或者自己盖章后的“电放提单”传真件提货，而无须凭正本提单放货。

电放提单的产生解决了目的港“货到提单未到”的矛盾，相关法律、国际公约却至今没有对电放提单情形下所有权转移节点作出明确的认定。理论上，传统提单交付以正本提单交付为物权转移标准，并未对交付地点作出要求。按照这个逻辑，我们也可以认为电放提单实际上是在装运港由托运人将正本提单交付给了船公司，并在申请电放的同时锁定了收货人，在此种模式下，将电放完成时间认定为所有权转移时间、指定收货人认定为物权受让人是比较合理的逻辑。

这一逻辑也为中国的司法实践所采纳。

因此，以电放时间为标志，系争案件的两柜货物所有权转移时间分别为 8 月 27 日和 29 日。

三、法院保全效力分析

1、保全的普遍效力分析

如前所述，本案中的人民法院在未责令当事人办结海关手续的情况下，直接对海关监管货物作出保全裁定，违反了《海关法》的规定，存在被认定为错误的巨大风险，即使最终没有被撤销，在后续处置中如因单证、税款、滞纳金等问题无法办结海关手续，很可能出现保全物无法处置的情况，从而让各方都陷入非常被动的尴尬局面。

2、保全对被申请人的效力分析

除了普遍效力存疑，本案的保全裁定还存在何时对巴西肉厂产生法律效力的问题。根据《最高法院民二庭法官会议纪要》第三条，“人民法院作出的查封裁定一经送达给当事人就产生法律效力，被查封的当事人其后所为的任何处分行为均构成无权处分，原则上不能产生预期的法律后果。”

本案中的保全裁定由于一直未完成对巴西肉厂的送达，实际上并未对巴西肉厂产生法律效力，因此巴西肉厂对系争牛肉的处分即转卖行为应当认定为有权处分，完成电放以后，货物的权属实际上已经发生了变化，归属 M 公司所有。

3、保全对第三人的效力分析

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第 24 条规定：“对案外人提出的排除执行异议，人民法院应当审查下列内容：（1）案外人是否系权利人；（2）该权利的合法性与真实性；（3）该权利能否排除执行。”第 25 条规定：“对案外人的异议，人民法院应当按照下列标准判断其是否系权利人：……其他财产和权利，有登记的，按照登记机构的登记判断；无登记的，按照合同等证明财产权属或者权利人的证据判断。”

在本案中，M 公司基于真实合法的买卖关系，在支付货款、货物电放之后取得货物的所有权，前两点审查内容应无异议，关键在于第三点，该权利能否排除执行。根据《最高法院民二庭法官会议纪要》，查封裁定生效但未完成查封公示，被查封人处分被查封财产，构成善意取得的，相对人仍可依法取得物权，从而排除对该标的物的执行。

《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第 6 条规定，“查封、扣押动产的，人民法院可以直接控制该项财产。人民法院将查封、扣押的动产交付其他人控制的，应当在该动产上加贴封条或者采取其他足以公示查封、扣押的适当方式。”第 7 条规定，“查封、扣押、冻结已登记的不动产、特定动产及其他财产权，应当通知有关登记机关办理登记手续。”第 24 条规定，“人民法院的查封、扣押、冻结没有公示的，其效力不得对抗善意第三人。”

那么本案是否完成查封公示了呢？

回溯到基本案情，系争案件保全裁定作出时间是8月20日，《协助执行通知书》于8月28日送达集装箱所在码头，两柜货物分别于8月27日、29日完成电放，很显然8月27日完成电放的货物是在公示以前的。那么29号这柜呢？

鉴于我们对货物属于特殊动产的倾向性认定，《协助执行通知书》应当送达登记机构海关及船公司才可以视为已经进行了公示；即使不作为特殊动产，人民法院也应该在动产上加贴封条或者采取其他足以公示查封、扣押的适当方式。本案中，人民法院仅向集装箱存放的码头送达了《协助执行通知书》，且没有任何证据证明人民法院在货物上加贴了封条或者采取其他足以公示查封、扣押的适当方式，而在国际贸易中，早在去码头提货之前，买家早已完成了船公司交单、清关放行等一系列关键步骤，货物所有权早已转移，就算在码头加贴封条，也完全达不到公示查封、扣押的效果。

因此，虽然人民法院于8月28日向码头送达了《协助执行通知书》，实际上并没有完成查封公示，8月29日电放的货物仍然构成善意取得，可以排除对该标的物的保全查封。

四、通过海关扣留及处理货物探讨

既然人民法院直接查封及处理海关监管货物在效力和实际操作中存在巨大风险，是否可以通过海关扣留及处理呢？

根据《海关法》的相关规定，“海关依法扣留的货物、物品、运输工具，在人民法院判决或者海关处罚决定作出之前，不得处理。但是，危险品或者鲜活、易腐、易失效等不宜长期保存的货物、物品以及所有人申请先行变卖的货物、物品、运输工具，经直属海关关长或者其授权的隶属海关关长批准，可以先行依法变卖，变卖所得价款由海关保存，并通知其所有人。”

上述规定通常是针对罚没物品，对民事诉讼的涉案货物是否适用、如何适用尚无具体细则，海关是否有义务配合人民法院对裁定查封的货物予以扣留，亦无定论。在苏美达国际技术贸易有限公司与大连海关及大连保税区长信汽车贸易有限公司财产损害赔偿纠纷及其关联案件中，大连市中级人民法院于2004年9月向大连海关送达了协助执行通知书，要求大连海关协助查封在该关监管的36辆进口车辆，大连海关在未对协助执行通知书提出异议的情况下，后续又对被查封车辆进行了清关放行，最终被裁定在被保全车辆范围内，向申请执行人承担赔偿责任。而该案从2004年事发至今，虽有生效裁定要求大连海关承担赔偿责任，但该裁定并未得到实际履行，这也是作为申请执行人需要关注的实务风险。

我们对上述案件的审判逻辑和相关法律法规进行总结：1、海关监管货物的查封保全和处置应当通过海关进行；2、人民法院向海关送达《协助执

行通知书》，海关如未依法提出异议，则应当受其约束，对涉案货物进行扣留；3、被查封货物作为海关依法扣留的货物，一般在人民法院判决前不得处理，如需先行变卖，须经直属海关关长或者其授权的隶属海关关长批准，由海关进行处置并保存所得价款。

综合各种情况的分析，虽然仍然存在风险，通过海关扣留和处理海关监管货物仍然是最为合法和可行的方式。而在本案中，由于涉案海关监管货物的《协助执行通知书》并未送达海关，海关亦不会存在配合扣留和处理的义务，这也是该案保全程序的重大瑕疵。

五、预报关的法律风险

既然申请保全、查封海关监管货物在理论和实务上均存在难度和风险，原告在无法获知境外被告的其他财产线索的时候是否可以通过预报关来自我救济呢？

预报关即目前海关实行的“提前申报，货到放行”制度，买家提前向海关发送报关单电子数据本来是为了加速通关流程，但在双方产生纠纷的情况下，一旦取得报关单电子数据却未实际取得正本提单的纠纷一方在海关系统抢先预报关，会导致实际买家因为无法预报关而无法正常清关提货，从而迫使卖家和相关利益方妥协。

抢先预报关虽往往能达到逼卖家迅速就范的奇效，但也并非全无风险，实际上，抢先预报关是一场刺激的悬崖博弈。滞留港口超期未清关的货物不同于正常货物，每天都会有巨额的滞箱费、滞港费、滞报费产生，几个月相关费用就可能超过货物的价值。这一方面是让对方迅速屈服的筹码，但是一旦对方也很强势，拒绝屈服，如前文分析，海关监管货物的所有权变动非常难以把控，一旦实际买家作为善意第三人向预报关一方主张侵权损失，预报关一方就很可能偷鸡不成蚀把米，蒙受更大损失。

(2021年8月)