

# 跨境电商品牌代理问题对策建议

2024 年 4 月

# 目录

第一部分 跨境电商概述.....	4
一、 跨境电商的定义.....	4
(一) 一般性定义.....	4
(二) 狭义定义.....	5
(三) 购买海外商品的其他方式.....	5
二、 跨境电商生态中的业务领域.....	6
(一) 电商企业.....	6
(二) 物流.....	6
(三) 第三方支付.....	7
三、 跨境电商的发展特点.....	7
(一) 发展势头迅猛, 产业规模迅速增长.....	8
(二) 物流流程较长, 涉及多方法律关系.....	9
(三) 法律关系复杂, 消费者保护问题凸显.....	11
第二部分 跨境电商零售政策框架及存在的问题.....	13
一、 现有规范性文件梳理.....	13
(一) 文件目录整理.....	13
(二) 监管趋势分析.....	17
二、 现有监管框架简析.....	18
(一) 适用范围.....	18
(二) 各方主体责任.....	19
三、 跨境电商零售进口政策存在的问题.....	23
(一) 对境内卖家和个人卖家缺乏针对性监管政策.....	23
(二) 非强制性中文电子标签或不足以维护消费者知情权.....	24
(三) 平台对非正常交易行为监控手段不足且自由裁量权过大.....	24
(四) 品牌代理模式下境内代理商的商业利益缺乏合理保护.....	25

四、 小结 .....	26
第三部分 跨境电商商标代理中的现实问题 .....	27
一、 代理商间激烈竞争导致品牌方频繁毁约 .....	27
二、 代理商与品牌方间利益不一与互信缺失 .....	29
三、 首次代理商投入成本与风险过大 .....	31
四、 代理商境外维权成本过高 .....	33
第四部分 针对境内代理商侵权问题的法律建议 .....	35
一、 以实质标准判断侵权行为成立与否， 避免机械司法 .....	35
（一） 境内代理商缺乏故意侵权的认知因素 .....	35
（二） 境内代理商缺乏故意侵权的意志因素 .....	36
二、 谨慎认定不正当竞争， 合理划分权益归属 .....	37
（一） 作为解释对象的“不完备”合同 .....	38
（二） 作为保护对象的特殊法益 .....	39
（三） 作为追求目标的实质正义 .....	41
（四） 作为重要考量因素的社会效果 .....	44
三、 综合考虑当事人商业合作背景， 审慎确定赔偿额度 .....	45
（一） 类似案件不具备惩罚性赔偿的适用前提 .....	45
（二） 即使适用惩罚性赔偿， 也应减轻数额 .....	47

# 第一部分 跨境电商概述

近年来，随着互联网经济的进一步纵深发展，电子商务继续保持增长态势。在各种形态的电商经营模式之中，跨境电商更是一枝独秀，持续迅猛发展，成为电子商务经济增长的新的的重要驱动力。跨境电商具有不同于传统电商形态的全新特征，参与主体涉及境内外各个方面，在法律关系上，牵涉到复杂的域内外的法律问题，对政策制定与司法裁判提出了全新挑战。例如，在品牌代理模式下，境内代理商的合法权益如何得到妥善保护，就成为考验司法者智慧和对相关商业模式的认知是否全面和准确的关键问题之一。

本报告将首先对跨境电商进行定义，分析其类别，并初步剖析跨境电商所涉及的各方主体的利益关系。随后我们将着重以案例的形式分析**跨境电商中的品牌代理模式**，展示该种模式之下境内代理商遭受的商业和法律困境。最后我们将从裁判的视角针对境内代理商的保护提出建议，以期在同类案件中实现良好的法律效果与社会效果。

## 一、 跨境电商的定义

### （一） 一般性定义

就其定义而言，跨境电商是指“不同国境地域的交易主体之间，以电子商务的方式达成交易。（在线订购、支付结算，并通过跨境物流递送商品，清关，最终送达，完成交易的一种国际商业活动。）<sup>1</sup>

按照交易类型，跨境电商主要可以分为 B2B、B2C 和 C2C 等不同的模式。其中，B2B 是指企业与企业间的经营，B2C 和 C2C 是指由企业或个人向最终消费者进行销售的模式，即为零售模式。另外根据商品流向的不同，跨境电商主要可以分为跨境 B2B（出口）、跨境 B2B（进口）、跨境电商零售（出口）、跨境电商零售（进口）等模式。<sup>2</sup>举例而言，跨境 B2B（出口）的企业包括阿里巴巴国际站、中国制造网、环球资源网、敦煌网等，跨境电商零售（出口）的企业包括速卖通、ebay、Amazon、Wish 等，跨境 B2B（进口）的企业包括 1688.com、海带网等，而跨境电商零售（进口）的企业则包括天猫国际、网易考拉等国内消费者熟知的跨境电商企业。

<sup>1</sup> 电子商务研究中心：“2017 年度中国跨境电商政策研究报告”，网信社 <http://www.100ec.cn/detail--6441350.html>

<sup>2</sup> 艾媒咨询：“艾媒报告|2018 上半年中国跨境电商行业监测报告”，艾媒网 <http://www.iimedia.cn/62146.html>

## (二) 狭义定义

一般而言,狭义的跨境电商即指跨境电商零售进口。商务部、发改委等六部委于 2018 年 11 月 28 日发布的《关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知》中将“跨境电商零售进口”定义为:“跨境电商零售进口,是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。”本报告将主要关注跨境电商中的零售进口,并围绕该文件展开。

“直购进口”是指“符合条件的电子商务企业或平台与海关联网,境内个人跨境网购后,电子商务企业或平台将电子订单、支付凭证、电子运单等传输给海关,电子商务企业或其代理人向海关提交清单,商品以邮件、快件方式运送,通过海关邮件、快件监管场所入境,按照跨境电子商务零售进口商品征收税款。”<sup>3</sup>

“网购保税进口”是指“符合条件的电子商务企业或平台与海关联网,电子商务企业将整批商品运入海关特殊监管区域或保税物流中心(B型)内并向海关报关,海关实施账册管理。境内个人网购区内商品后,电子商务企业或平台将电子订单、支付凭证、电子运单等传输给海关,电子商务企业或其代理人向海关提交清单,海关按照跨境电子商务零售进口商品征收税款,验放后账册自动核销。”<sup>4</sup>

## (三) 购买海外商品的其他方式

### 1. 代购

代购是指国内消费者通过在海外的个人或机构直接购买商品并通过邮寄或直接携带的方式,将商品从国外送至国内消费者手中的购物方式。一般而言,该等商品不经过报关流程,但海关可能会对其进行抽检,如抽检到则需缴纳相关税费。

需要注意的是,该等交易模式与跨境电商企业 C2C 模式下的交易模式十分类似,但根据《关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知》文件内容,这两种交易模式都不属于跨境电商零售进口。

### 2. 个人海淘

---

<sup>3</sup> “跨境电商 | 四种跨境电子商务零售进出口模式,你都知道吗?”,中华人民共和国海关总署网站 <http://gec.customs.gov.cn/gec/745985/1458709/index.html>

<sup>4</sup> 同上注。

个人海淘是消费者在国外电商网站上直接下单购买商品，并通过海外直邮方式运至国内消费者手中的购物方式。一般而言，该等购物方式因涉及国外段运输及国内段运输，其物流速度一般较慢。一般可由商家直接发送国际快递或填写转运公司地址，由转运公司签收并转运回国内。对于该等方式购买的商品，无需进行海关报关，但海关可能会对其进行抽检，如抽检到则需缴纳相关税费。通常而言，个人海淘也并不是与跨境电商有关产业政策的主要关注对象。

## 二、 跨境电商生态中的业务领域

跨境电商涉及多方主体，业务领域构成复杂。除提供商品销售的平台或自营商品销售的电商企业外，在跨境电商生态中还包括物流与支付。三者又各自发展出了复杂的业务形态，可以区分为不同的类型。

### （一） 电商企业

根据跨境电商企业的主题类型划分，主要可分为平台类、自营类和平台+自营类。平台类是指电商企业作为第三方交易平台，为商家或个人与消费者提供交易平台。对于平台类电商企业而言，收入主要来自入驻费用、交易佣金和广告费等。自营类是指电商企业自身即为零售商，负责海外商品的购买，并在平台商进行销售，主要依靠产品的差价获得盈利。

对于平台类而言，跨境零售进口电商可以分为 C2C 和 B2C，C2C 是指个人通过平台销售商品，B2C 是指企业通过平台销售商品。在消费者常用的跨境电商服务中，洋码头作为典型，其业务模式包括 C2C 模式，即入驻洋码头平台的不仅包括商家，还有大量来自全球各地的买手。

### （二） 物流

跨境电商行业中的物流可以分为第三方物流、转运物流和平台自建物流。

第三方物流是指“一个具实质性资产的企业公司对其他公司提供物流相关之服务，如运输、仓储、存货管理、订单管理、资讯整合及附加价值等服务，或与相关物流服务

的行业者合作，提供更完整服务的专业物流公司”。<sup>5</sup>典型的第三方物流公司包括 UPS、DHL、FedEx、中国邮政、圆通速递、顺丰快递等。

转运物流是指提供将货物国外转运至国内的物流服务的公司。典型的转运物流公司包括运淘美国、快鸟转运、海带宝等。

平台自建物流是指电商平台根据自身需求建立的物流公司。典型的平台自建物流包括菜鸟物流、京东物流、亚马逊物流等。

### （三）第三方支付

跨境进口第三方支付主要可以分为“跨境电商进口国内收单和国内结算”和“跨境电商进口国内收单人民币结算出境”。<sup>6</sup>

“跨境电商进口国内收单和国内结算的第三方支付，主要适用于境内电商在中国市场开展业务，境内消费者希望购买境外产品。消费者通过第三方支付渠道支付人民币，国内收单后由第三方支付工具结算进入境内电商账户。”<sup>7</sup>典型的支付服务商包括银联在线支付、支付宝、微信支付、财付通、京东支付等。

跨境电商进口国内收单人民币结算出境的第三方支付 “适用于境外电商企业进入中国市场，境内消费者希望购买境外产品。消费者通过第三方支付渠道支付人民币，由第三方支付工具向合作银行进行外汇结算，并依托托管银行账户将外币支付至海外账户。”<sup>8</sup>

## 三、 跨境电商的发展特点

不同于传统的电子商务模式，跨境电商在发展中显现出自身独有的特点，因此需要及时更新治理思路，及时出台规制政策，引导跨境电商良好健康发展。具体而言，跨境电商具备以下发展特征。

---

<sup>5</sup>“第三方物流”百度百科 <https://baike.baidu.com/item/第三方物流/137216?fr=aladdin>

<sup>6</sup> 中国（杭州）跨境电子商务综合试验区建设领导小组办公室、亿邦动力研究院，《跨境电子商务创新研究报告》

<sup>7</sup> 同上注。

<sup>8</sup> 同上注。



## (一) 发展势头迅猛，产业规模迅速增长

图 1 2019-2024 中国跨境电商交易规模及预测

最近一些年，跨境电商发展迅速。海关数据显示，2023 年前三季度，我国跨境电商进出口 1.7 万亿元，同比增长 14.4%。<sup>9</sup>又根据电子商务研究中心的数据，2024 年春节期间（2 月 10 日-2 月 17 日），中国跨境电商进出口交易额达 327 亿元，同比增长 5.08%。<sup>10</sup>中商产业研究院发布的《2022-2027 年中国跨境电商市场需求预测及发展趋势前瞻报告》预测，2024 年我国跨境电商市场规模将达 17.9 万亿元。<sup>11</sup>

按照产品流向，跨境电商可以分为出口跨境电商和进口跨境电商。根据中商情报网的统计，2023 年上半年中国跨境电商出口 8210 亿元，进口 2760 亿元，二者各自占比约为 74.54%、25.45%。预计随着进口市场的不断扩大，进口跨境电商占比也将不断提升。

<sup>12</sup>

<sup>9</sup> 商务部电子商务和信息化司：“2023 年前三季度中国电子商务发展报告”，[https://dzswgf.mofcom.gov.cn/news\\_attachments/8c838acc35d4bf354c3935ba0c35eb820d23ac33.pdf](https://dzswgf.mofcom.gov.cn/news_attachments/8c838acc35d4bf354c3935ba0c35eb820d23ac33.pdf)

<sup>10</sup> 电子商务研究中心：“春节电商数据：中国跨境电商进出口交易额达 327 亿元”，亿邦动力 <https://www.ebrun.com/20240222/541932.shtml>

<sup>11</sup> 中商产业研究院：“2022-2027 年中国跨境电商市场需求预测及发展趋势前瞻报告”，中商情报网 <https://www.askci.com/reports/20220810/0844387845924557.shtml>

<sup>12</sup> 中商情报网：“2023 年中国跨境电商进出口数据及分布占比分析”，中商情报网

仅以进口而论，根据商务部整理的数据，2023 年前三季度中国进口跨境电商市场规模达 1.7 万亿元，同比增长 14.4%。<sup>13</sup>目前主要的跨境进口零售电商包括天猫国际、网易考拉、京东海囤全球、唯品国际、小红书、洋码头、蜜芽等。



## (二) 物流流程较长，涉及多方法律关系

图 2 2019-2023 年上半年跨境电商进出口数据统计

不同于传统的电子商务，跨境电子商务因涉及不同国别或地区间的买卖交易，在物流过程中涉及国际物流、出入境检疫、海关报关清关，<sup>14</sup>因此存在较多法律问题需进行进一步分析。

按照物流/海关通关模式的不同，跨境电商零售进口大致可以分为网购保税进口和直购进口两种模式。在网购保税模式中，保税是主要指货物是经由保税仓而送至消费者手中。跨境电商企业通过海外批量采购，并将商品统一由海外发货至国内保税仓库，当消费者下单后，商品由保税仓库配送至消费者。保税仓库，是指“经海关批准设立的专

<https://www.askci.com/news/chanye/20230805/174537269122873726147403.shtml>

<sup>13</sup> 商务部电子商务和信息化司：“2023 年前三季度中国电子商务发展报告”，

[https://dzswgf.mofcom.gov.cn/news\\_attachments/8c838acc35d4bf354c3935ba0c35eb820d23ac33.pdf](https://dzswgf.mofcom.gov.cn/news_attachments/8c838acc35d4bf354c3935ba0c35eb820d23ac33.pdf)

<sup>14</sup> 清关是指依照各项法律法规，进出口或转运货物出入一国关境时应当履行的手续。

门存放保税货物及其他未办结海关手续货物的仓库。”<sup>15</sup>保税仓分为公用型保税仓和自用型保税仓，公用型保税仓库“由主营仓储业务的中国境内独立企业法人经营，专门向社会提供保税仓储服务。”而自用型保税仓库是“由特定的中国境内独立企业法人经营，仅存储供本企业自用的保税货物。”因此，保税仓中的货物的所有者既可以是境外商家也可以是电商企业。在网购保税模式下，货物从海外运至境内，经过保税报关手续，经过商检，货物将被集中储存在由海关部分监管的保税仓库。当用户网购下单后，电子商务企业或平台将电子订单、支付凭证、电子运单等传输给海关，据此完成清关环节，并经由国内配送运送至消费者手中。从用户角度而言，因为其下单后货物是直接由境内的保税仓发货，一般而言，物流速度较快。根据研究可见，现主流跨境电商企业均采取该模式。该模式的主要优点包括：保证税率低（即无关税+70%增值税+70%消费税）、配送快、物流易追踪、清关快、退货便利<sup>16</sup>等。

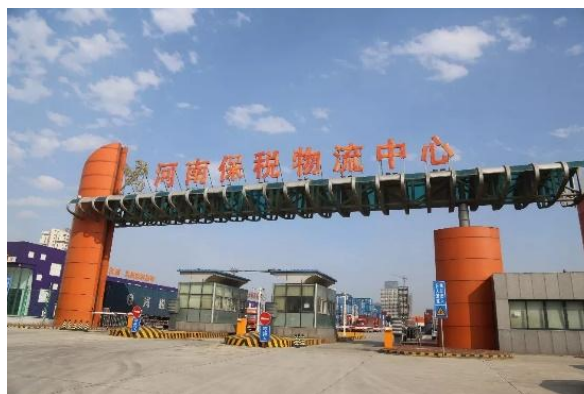


图 3 位于河南郑州的保税仓库<sup>17</sup>

而在直邮模式下，先由用户下单，根据用户的下单，货物才会在境外进行运送，并经报关清关手续后，再境内运送至消费者手中。对直邮模式进行进一步细分，存在直邮和拼邮的区别，直邮是指根据用户的订单直接进行发货，而拼邮是指将多个订单进行合并，货物一同入境、清关，并在国内分包后分别配送。

举例而言，天猫国际就对境外商品的购买具有三种物流模式，分别是进口保税、海外直邮和进口现货。对于使用三种模式的物流流程，天猫国际均在商品的展示页面予以提示，下图为天猫国际对三种模式的图示说明：

<sup>15</sup> 海关对保税仓库及所存货物的管理规定。

<sup>16</sup> 一般而言，保税进口的商品若需退货，电商企业一般会在国内建立退货仓，以供退货物品仓储。而对于直邮进口的商品，若该品牌不存在国内保税仓或国内分支，则需退货回海外。

<sup>17</sup> 见前注 8。



图 5 天猫国际对进口保税、海外直邮和进口现货三种模式的图示<sup>18</sup>

进口保税是指商品先经由海外段的运输至保税仓，虽然图示中显示为海外保税仓，但从商品介绍中可见，保税仓均为国内保税仓。之后在用户下单后，商品将经过报关清关的过程，并通过国内快递运送至消费者。

海外直邮是指用户下单后，商品由国外发货至国内，中间流经国际物流、海关报关清关和国内快递过程。

进口现货是指商家和商家境内经营方或电商企业先签订进口合同，商品先经一般进口贸易形式，并经海关清关报关，运送至国内的普通仓库，当用户下单后，将商品从国内的普通仓库直接发货。对于前两种物流方式，消费者均需提供个人身份信息以完成海关清关流程，而对于进口现货而言，因商品以清关进入中国国内，则无需消费者提供身份信息以完成海关清关流程。

上述分析充分说明了跨境电商物流模式之复杂。跨境电商物流模式从总体上可以区分为网购保税进口和直购进口，而各个电商平台和物流企业又会根据自身的经营特点和实际需要进一步调整物流模式，从而形成了更为复杂多样的物流运作样态，牵涉大量法律问题，对此必须加以充分研究，并及时出台相关的相关政策加以引导和规制。

### （三）法律关系复杂，消费者保护问题凸显

伴随着科技与商业模式的发展，国内外交易日益频繁，跨境电商为境外产品通关进入中国提供了更为便捷的方式。应当注意到，跨境进口电商在满足消费者多元消费需求

<sup>18</sup> 参见天猫国际商品展示页面，

[https://detail.tmall.hk/item.htm?spm=a220m.1000858.1000725.2.6aa925b6HGa7h7&id=535430261395&skuld=3611626384622&user\\_id=2630993141&cat\\_id=52792006&is\\_b=1&rn=670dbead34a13596ef4ed48f42af451b](https://detail.tmall.hk/item.htm?spm=a220m.1000858.1000725.2.6aa925b6HGa7h7&id=535430261395&skuld=3611626384622&user_id=2630993141&cat_id=52792006&is_b=1&rn=670dbead34a13596ef4ed48f42af451b),

[https://detail.tmall.hk/item.htm?spm=a220m.1000858.1000725.1.6c99691eQqSQJ3&id=563615190967&user\\_id=2867500223&cat\\_id=52792006&is\\_b=1&rn=6f9f5ecf37e27c0aec5671948894e499](https://detail.tmall.hk/item.htm?spm=a220m.1000858.1000725.1.6c99691eQqSQJ3&id=563615190967&user_id=2867500223&cat_id=52792006&is_b=1&rn=6f9f5ecf37e27c0aec5671948894e499),

[https://detail.tmall.com/item.htm?spm=a220m.1000858.1000725.1.694b24d2FfL0Tg&id=578231780028&skuld=3999030950347&user\\_id=2807304908&cat\\_id=52792006&is\\_b=1&rn=ffc826a4f8b63c40572a029bbe53e334](https://detail.tmall.com/item.htm?spm=a220m.1000858.1000725.1.694b24d2FfL0Tg&id=578231780028&skuld=3999030950347&user_id=2807304908&cat_id=52792006&is_b=1&rn=ffc826a4f8b63c40572a029bbe53e334)

的同时，也带来了一些产品责任和维权监管方面的挑战。跨境电商往往涉及跨国交易和跨文化交流，消费者常常处于信息不对等的状态，容易受到欺诈或误导。同时，由于商品来自不同国家或地区，售后服务可能存在时区差异、语言沟通障碍等问题，也涉及多国多元的法律体系和司法程序，给消费者的维权带来困难。目前，我国消费者进行境外商品购买依然主要借助于 B2C 平台，购买商品品类也以日常用品为主，较为生活化，对优质产品、服务的需求也日益提升。这一消费现状更加强调了跨境进口电商中消费者保护的必要性。概括言之，跨境电商领域存在的十大问题：假货问题、退换货难的问题、霸王条款问题、物流问题、信息安全问题、信用问题、商品标准统一问题、票据问题、消费者意识短缺问题、知识产权保护问题。如果我们进一步抽象来看，那么其实跨境电商存在的问题主要集中在两大问题，即服务问题和货物问题。随着跨境电商产业规模的持续增长，上述问题都需要在法律上予以及时和适当的回应。

## 第二部分 跨境电商零售政策框架及存在的问题

随着跨境电商行业的迅猛发展，目前已经出台了为数众多的规范性文件，涵盖跨境电商产业的各个方面。这当中既包括《电子商务法》这样全局性的法律，也包括 2018 年《关于完善跨境电商零售进口监管有关工作的通知》等细化规定，有关跨境电商的规范体系已经初步形成，对跨境电商的良好发展起到了积极作用。然而也应该看到，现有的针对跨境电商的政策框架体系还存在不足之处，需要在细致梳理的基础上加以分析。本部分将首先梳理目前存在的规范性文件，随后对当前的政策框架进行剖析，最后指出目前的政策框架可能存在的不足之处。

### 一、现有规范性文件梳理

#### （一）文件目录整理

以时间为线索，针对跨境电商零售进口的监管政策以 2016 年 3 月 24 日公布的《财政部、海关总署、国家税务总局关于跨境电子商务零售进口税收政策的通知》为起点，历经几次延缓和过渡期政策的适用，将过渡期限定在 2018 年底，2018 年颁布的《电子商务法》第二十六条规定“电子商务经营者从事跨境电子商务，应当遵守进出口监督管理的法律、行政法规和国家有关规定。”在七十一条<sup>19</sup>和七十二条<sup>20</sup>分别对跨境电子商务的监管内容和方向进行了规定。2018 年 11 月底各部委公布了《财政部、发展改革委、工业和信息化部、生态环境部、农业农村部、商务部、人民银行、海关总署等公告 2018 年第 157 号——关于调整跨境电商零售进口商品清单的公告》、《商务部、发展改革委、财政部等关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知》和《财政部、海关总署、国家税务总局关于完善跨境电子商务零售进口税收政策的通知》，以安排过渡期后的监

<sup>19</sup> 第七十一条：国家促进跨境电子商务发展，建立健全适应跨境电子商务特点的海关、税收、进出境检验检疫、支付结算等管理制度，提高跨境电子商务各环节便利化水平，支持跨境电子商务平台经营者等为跨境电子商务提供仓储物流、报关、报检等服务。

国家支持小型微型企业从事跨境电子商务。

<sup>20</sup> 第七十二条 国家进出口管理部门应当推进跨境电子商务海关申报、纳税、检验检疫等环节的综合服务和监管体系建设，优化监管流程，推动实现信息共享、监管互认、执法互助，提高跨境电子商务服务和监管效率。跨境电子商务经营者可以凭电子单证向国家进出口管理部门办理有关手续。

管，相对此前的政策内容进行了调整，在 2019 年 1 月 1 日与《电子商务法》一同生效。在此之后，国家各部门又出台了若干有关跨境电商的规范性文件，对前述通知的要求进行进一步的细化或者调整。

**以规范性文件的主要意旨为线索**，现有的有关跨境电商的产业政策可以区分为管理类政策和促进类政策。前者主要聚焦于跨境电商的规范发展，强调跨境电商全流程运作的合法性；后者主要表现为对跨境电商行业的促进和支持，对跨境电商健康发展加以政策性的激励。表 1.1 与表 1.2 分别梳理了跨境电商领域主要的管理类政策与促进类政策。

表 1 跨境电商零售进口主要监管及发展促进政策沿革

表 1.1 跨境电商零售进口主要监管政策沿革

日期	主要文件	内容
2016 年 3 月 24 日	《财政部、海关总署、国家税务总局关于跨境电子商务零售进口税收政策的通知》	经国务院批准，规定跨境电子商务零售（企业对消费者，即 B2C）进口税收政策。
2016 年 4 月 6 日	《财政部、发展改革委、工业和信息化部、农业部、商务部、海关总署、国家税务总局、质检总局、食品药品监管总局、质检总局、密码局公告 2016 年第 40 号——关于公布跨境电子商务零售进口商品清单的公告》	包括 1142 个税则号列商品。清单内商品免于向海关提交许可证件，检验检疫监督管理按照国家相关法律法规的规定执行；直购商品免于验核通关单，网购保税商品“一线”进区时需按货物验核通关单、“二线”出区时免于验核通关单。
2016 年 4 月 15 日	《财政部、发展改革委、工业和信息化部、环境保护部、农业部、商务部、中国人民银行、海关总署、国家税务总局、质检总局、新闻出版广电总局、食品药品监管总局、质检总局、密码局公告 2016 年第 47 号——关于公布跨境电子商务零售进口商品清单（第二批）的公告》	包括 151 个税则号列商品。依法需要经过注册或备案的医疗器械、特殊食品（包括保健食品、特殊医学用途配方食品等），按照国家相关法律法规的规定执行。
2016 年 5 月 15 日	国家质量监督检验检疫总局发布公告	强调跨境电商网购保税进口商品的属性为“货物”，检验检疫应依法签

		发通关单, 只有跨境电商直购商品可以免于签发通关单。
2016年5月	财政部关税司负责人发表谈话	经国务院批准, 出台了跨境电商零售进口有关监管要求过渡期政策, 新政监管措施将延缓一年执行。
2016年11月15日	商务部发言人发表关于延长跨境电商零售进口监管过渡期的谈话	确定过渡期进一步延长至2017年底。
2017年9月20日	国务院第187次常务会议	研究决定, 将跨境电商零售进口监管过渡期政策再延长一年至2018年底。
2018年11月20日	《财政部、发展改革委、工业和信息化部、生态环境部、农业农村部、商务部、人民银行、海关总署等公告2018年第157号——关于调整跨境电商零售进口商品清单的公告》	包括1321个税则号列商品。增加了健身器材等63个税目商品。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。
2018年11月28日	《商务部、发展改革委、财政部等关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知》	经国务院同意, 确定过渡期后有关监管安排。对尚不满足通知监管要求的企业, 允许在2019年3月31日前继续按过渡期内监管安排执行。
2018年11月29日	《财政部、海关总署、国家税务总局关于完善跨境电子商务零售进口税收政策的通知》	将跨境电子商务零售进口商品的单次交易限值由人民币2000元提高至5000元, 年度交易限值由人民币20000元提高至26000元。单个商品超过单次限值但累加后低于年度交易限值的单次交易, 可以自跨境电商零售渠道进口, 交易额计入年度交易总额。
2018年12月10日	《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	规定跨境电子商务企业、消费者(订购人)通过跨境电子商务交易平台实

	事宜的公告》	现零售进出口商品交易，并根据海关要求传输相关交易电子数据的海关监管事宜。
2019年12月24日	《财政部、发展改革委、工业和信息化部、生态环境部、农业农村部、商务部、人民银行、海关总署、税务总局、市场监管总局、药监局、密码局、濒管办公公告2019年第96号—关于调整扩大跨境电子商务零售进口商品清单的公告》	包括1413个税则号列商品。增加了冷冻水产品、酒类、电器等商品。
2020年3月28日	《海关总署公告2020年第45号—关于跨境电子商务零售进口商品退货有关监管事宜的公告》	明确退货商品责任主体。退货运抵操作时间延长15天。取消了退货商品“符合二次销售要求”“原装运抵”的规定，同时增加了“可以对《申报清单》内全部或部分商品申请退货”的表述，更加符合退货实际。根据业务模式对退回场地进行了细化。
2022年1月28日	《财政部、发展改革委、工业和信息化部、生态环境部、农业农村部、商务部、海关总署、中华人民共和国濒危物种进出口管理办公室关于调整跨境电子商务零售进口商品清单的公告》	包括1476个税则号列商品。增加滑雪用具、番茄汁、高尔夫球用具等近年来消费需求旺盛的29个商品税目，删除刀剑1个商品税目。根据近年我国税则税目变化情况调整部分商品的税则号列，根据监管要求调整优化了部分清单商品备注。

表 1.2 跨境电商零售进口主要发展促进政策沿革

日期	主要文件	内容
2020年1月17日	《商务部、发展改革委、财政部、海关总署、税务总局、市场监管总局关于扩大跨境电商零售进口试点的通知》	将50个城市（地区）和海南全岛纳入跨境电商零售进口试点范围，可开展网购保税进口（海关监管方式代码

		1210) 业务。
2020 年 4 月 7 日	国务院常务会议	推出增设跨境电子商务综合试验区、支持加工贸易、广交会网上举办等系列举措，决定延续实施普惠金融和小额贷款公司部分税收支持政策。
2021 年 3 月 18 日	《商务部、发展改革委、财政部、海关总署、税务总局、市场监管总局关于扩大跨境电商零售进口试点、严格落实监管要求的通知》	将跨境电商零售进口试点扩大至所有自贸试验区、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）。
2021 年 5 月 8 日	《国务院关于同意在河南省开展跨境电商零售进口药品试点的批复》	自批复之日起 3 年，就已取得我国境内上市许可的 13 个非处方药，在河南省开展跨境电商零售进口药品试点。
2021 年 9 月 10 日	《海关总署公告 2021 年第 70 号—关于全面推广跨境电子商务零售进口退货中心仓模式的公告》	全面推广“跨境电子商务零售进口退货中心仓模式”，即跨境电商企业境内代理人或其委托的海关特殊监管区域内仓储企业可在海关特殊监管区域内设置跨境电商零售进口商品退货专用存储地点，将退货商品的接收、分拣等流程在原海关特殊监管区域内开展的海关监管制度。

## （二）监管趋势分析

由上述表格可以看出，在时间线索上，与跨境电商有关的政策不断完备，已经初步形成了一个产业政策体系。跨境电商零售进口的监管政策呈现出逐渐放宽的趋势，且根据实际进口业务细化实施细节，以适应不同业务模式，例如，海关总署公告 2020 年第 45 号公告根据退货实际和业务模式，对部分退货作出规定，对退回场地进行细化。此外，监管政策随着消费者的需求而灵活调整，跨境电子商务零售进口商品清单的两次调整均

增加近年消费需求旺盛的商品，并根据监管要求调整备注。在立法分类上，管理性政策和促进性政策并举，既重视跨境电商的合法依归发展，也采取实际的政策手段鼓励和扶持跨境电商产业规模的扩大。跨境电商零售进口的发展促进政策在商品、地域、制度模式等多方面采取试点—扩大—推广的发展模式，立法过程比较稳健成熟。

在前述文件中，2018年《关于完善跨境电商零售进口监管有关工作的通知》（后称《通知》）基本反映了目前针对跨境电商的监管思路和整体安排，是分析现有跨境电商产业政策的良好抓手。下文以2018年通知内容为主要框架对跨境电商零售进口相关政策进行分析，并指出其中可能存在的改进空间。

## 二、现有监管框架简析

### （一）适用范围

在适用的商品对象上，《通知》首先对其适用的跨境电商零售进口进行了划定，即“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’<sup>21</sup>（海关监管方式代码1210）或‘直购进口’<sup>22</sup>（海关监管方式代码9610）运递进境的消费行为。”其中商品的范围则应满足属于《跨境电子商务零售进口商品清单》内、个人自用、满足跨境电商零售进口税收政策规定、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”比对或者未通过与海关联网的电子商务交易平台交易，但进出境快件运营人、邮政企业能够接受相关电商企业、支付企业的委托，承诺承担相应法律责任，向海关传输交易、支付等电子信息的条件。<sup>23</sup>

在适用的地域上，跨境电商零售进口过渡期监管政策采取试点模式，同时适用“网购保税进口”和“直购进口”，最初仅限于开展网购保税进口的十个试点城市，其他地区则只能通过“直购进口”模式开展跨境电商零售进口业务，最初的十个试点城市包括天津、上海、杭州、宁波、郑州、广州、深圳、重庆、福州、平潭，2018年1月1日起，

<sup>21</sup> “网购保税进口”海关监管模式：符合条件的电子商务企业或平台与海关联网，电子商务企业将整批商品运入海关特殊监管区域或保税物流中心（B型）内并向海关报关，海关实施账册管理。境内个人网购区内商品后，电子商务企业或平台将电子订单、支付凭证、电子运单等传输给海关，电子商务企业或其代理人向海关提交清单，海关按照跨境电子商务零售进口商品征收税款，验放后账册自动核销。

<sup>22</sup> “直购进口”海关监管模式：符合条件的电子商务企业或平台与海关联网，境内个人跨境网购后，电子商务企业或平台将电子订单、支付凭证、电子运单等传输给海关，电子商务企业或其代理人向海关提交清单，商品以邮件、快件方式运送，通过海关邮件、快件监管场所入境，按照跨境电子商务零售进口商品征收税款。

<sup>23</sup> 参见《商务部、发展改革委、财政部等关于完善跨境电子商务零售进口监管有关工作的通知》。

新增合肥、成都、大连、青岛和苏州 5 个试点城市，此次又新增了包括北京、呼和浩特、沈阳、长春、哈尔滨、南京、南昌、武汉、长沙、南宁、海口、贵阳、昆明、西安、兰州、厦门、唐山、无锡、威海、珠海、东莞、义乌 22 个试点城市；至此，《通知》的规定内容适用于 37 个城市（地区）的跨境电商零售进口业务，覆盖全国 26 个省级行政区。暂不适用的省级行政区为山西、西藏、青海、宁夏和新疆（港澳台地区未列入其中）。非试点城市的直邮进口业务，参照《通知》相关规定执行。原本对清单和税改政策适用范围均为全国所有地区，但过渡期政策则对其进行相应的限缩，继续采用试点模式，《通知》虽是对过渡期后有关监管的安排，实际上是在优化过渡期政策的基础上对过渡期进一步进行了延长，同时对税收政策与清单同时进行了修改，形成将来较长一段时间内的跨境电商零售进口所适用的规则。

## （二）各方主体责任

《通知》较为详尽地规定了跨境电商中的各方主体责任，设定了一套相对完备的权利义务框架，和其他法律及规范性文件一道，为执法活动提供了遵循依据。但是通过分析可以发现，《通知》所进行的规定仍然存在一些问题。

### 1. 跨境电商企业

首先，跨境电商企业须承担商品质量安全责任与相关义务。《通知》规定跨境电商企业“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”跨境电商企业作为境外注册企业无法在海关取得报关企业注册登记许可，也造成了此前难以对其进行监管，通过委托境内企业法人注册登记为报关企业，由境内企业法人接受委托，办理代理报关，接受监管并且与跨境电商企业承担民事连带责任，落实跨境电商企业的监管责任，《民法总则》第一百六十七条规定“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。”也就意味着要求被委托企业对其所受委托申报的商品质量安全情况进行了解。

其次，跨境电商企业须承担提醒告知义务。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并且要求消费者确认同意后方可下单购买，当下跨境电商平台大多均在订购网页等位置标明了告知书，但是大多平台无须确认同意即可下

单。告知书内容包括：（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。值得注意的是此处对中文标签作出了回应，跨境电商零售进口商品本身可以无须中文标签，对网站的中文电子标签也并无强制性规定。对于进口商品的中文标签要求规定在《中华人民共和国食品安全法（2015 修订）》和《中华人民共和国产品质量法（2009 修正）》中，《食品安全法》第九十七条规定：“进口的预包装食品、食品添加剂应当有中文标签；依法应当有说明书的，还应当有中文说明书。标签、说明书应当符合本法以及我国其他有关法律、行政法规的规定和食品安全国家标准的要求，并载明食品的原产地以及境内代理商的名称、地址、联系方式。预包装食品没有中文标签、中文说明书或者标签、说明书不符合本条规定的，不得进口。”对进口食品的包装标注进行了明确的规定；至于其他商品，《产品质量法》第二十七条规定：“产品或者其包装上的标识必须真实，并符合下列要求：（一）有产品质量检验合格证明；（二）有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址；（三）根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成份的名称和含量的，用中文相应予以标明；需要事先让消费者知晓的，应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料；（四）限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期；（五）使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品，可以不附加产品标识。”第三十六条规定：“销售者销售的产品标识应当符合本法第二十七条的规定。”此两条适用所有在中国境内销售的产品标识，进口产品自然也在适用范围之内。《食品安全法》和《产品质量法》对违反中文标签的法律责任也进行了规定。

再次，跨境电商企业应当向海关实时传输相关数据。跨境电商企业需要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，并承担相应责任。对此进口交易数据的要求同样适用于跨境电商平台和境内服务商，《电子签名法》第二条规定：“电子签名，是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。”对以上三方的此要求也就代表着其需要在向海关提供三单数据之前应自身核查进口交易数据的真实性，加强其对于自身的事前监管的责任。对“三单”数据的收集不仅限于三方对其的提供，2018年11

月 8 日发布的《海关总署公告 2018 年第 165 号——关于实时获取跨境电子商务平台企业支付相关原始数据有关事宜的公告》对海关实时获取跨境电子商务平台企业支付相关原始数据有关事宜进行了规定，“参与跨境电子商务零售进口业务的跨境电商平台企业应当向海关开放支付相关原始数据，包括订单号、商品名称、交易金额、币制、收款人相关信息、商品展示链接地址、支付交易流水号、验核机构、交易成功时间以及海关认为必要的其他数据，供海关验核。”跨境电商平台将平台内支付相关的原始数据开放给海关，海关即能够实现以其所掌握的信息与各方向其提供的信息进行交叉对比从而对交易数据进行验证，实现监管。

最后，电商企业负有消费者权益保障责任。《通知》规定跨境电商企业需要承担的消费者权益保障责任“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”，此外还规定了停止销售和召回义务，在发生商品存在问题时停止销售，召回已销售商品并且妥善处理，并及时将召回和处理情况向海关等监管部门报告。跨境电商企业须建立商品质量安全风险防控机制，包括收发货质量管理、库内质量管控和供应商管理；建立网购保税进口商品质量追溯体系，《通知》规定“追溯信息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。”首先将商品质量的追溯体系限定在网购保税进口商品之上，《商务部、工业和信息化部、公安部等关于推进重要产品信息化追溯体系建设的指导意见（2017）》对产品进出口的追溯体系建设进行了规定，要求“整合产品进出口国别（地区）、产地、生产商、品牌、批次、进出口商或代理商、收货人、进出口记录及销售记录等信息，与海关报关信息、检验检疫信息和产品标签标识相衔接”《质检总局办公厅关于推进重要进出口产品质量信息追溯体系建设的意见

（2017）》进行了细化，此处对跨境电商企业的该项要求是建立产品质量信息追溯体系的组成部分。

## 2. 跨境电商平台

跨境电商平台要求其进行境内登记和海关注册登记，并实时传输进口电子交易数据；审核交易真实性和消费者身份真实性并承担责任；此外，平台需建立管理制度，包括平台内交易规则、交易安全保障、消费者权益保护、不良信息处理等，审核并公示跨境电商企业信息并与之签署协议；平台还需要对跨境电商零售进口进行独立区块/频道管理，与国内电商企业建立相互独立的区块或频道，或以明显标识对跨境电商零售进口商品和非跨境商品予以区分，避免误导消费者；在消费者维权方面，平台需要建立纠纷处理和

消费维权自律制度，在消费者合法权益受损，平台须协助其维护自身合法权益，跨境电商企业承担质量安全的主体责任，而平台在此时则需要履行“先行赔付”责任，在之后平台再根据其跨境电商企业之间的约定向其追索；在商品质量安全方面，建立风险防控机制，在网站醒目位置及时发布商品风险监测信息、监管部门发布的预警信息，并督促跨境电商企业加强质量安全风险防控发布，当商品发生质量安全问题时，敦促跨境电商企业做好商品召回、处理并报告，对不采取主动召回处理措施的跨境电商企业，可对其暂停其跨境电商业务的处罚措施；平台对在售商品进行管理，需要履行及时关闭页面和报送相关部门的义务。对跨境电商平台的义务规定内容体现了《电子商务法》对其义务的规定内容。

### **3. 境内服务商**

境内服务商要求其在境内办理工商登记，向海关提交相关资质证书并办理注册登记，“提供支付服务的银行机构应具备银保监会或原银监会颁发的《金融许可证》，非银行支付机构应具备人民银行颁发的《支付业务许可证》，支付业务范围应包括‘互联网支付’；物流企业应取得国家邮政局颁发的《快递业务经营许可证》。”《通知》还对不同类型的企业进行不同的规定：支付、物流企业应如实向监管部门实时传输施加电子签名的跨境电商零售进口支付、物流电子信息，并对数据真实性承担相应责任；报关企业须接受跨境电商企业委托向海关申报清单，承担如实申报责任；物流企业则应向海关开放物流实时跟踪信息共享接口，严格按照交易环节所制发的物流信息开展跨境电商零售进口商品的国内派送业务。对于发现国内实际派送与通关环节所申报物流信息（包括收件人和地址）不一致的，应终止相关派送业务，并及时向海关报告。

### **4. 消费者**

消费者作为境内购买者，首先是纳税义务人，承担纳税义务，“跨境电商平台、物流企业或报关企业为税款代扣代缴义务人，向海关提供税款担保，并承担相应的补税义务及相关法律责任。”其次，消费者应当认真、仔细阅读风险告知书，并依此作出消费判断。最后，消费者不得对其已经购买了的跨境电商零售进口商品进行再次销售；在以往的监管实践中，海关部门未能及时、完整获取跨境电商平台上的交易相关数据，产生跨境电商通过伪造信息，冒用个人用户进行限额内刷单，以偷逃关税，如上文所述，《通知》的规定不仅要求各方主体在海关进行注册，还要求其向海关开放数据传输，并且运用电子签名的方式进行交易数据的核实，以此对冒用个人信息进行刷单的行为进行限制。此外，对此的规定也将个人卖家与境内卖家排除在跨境电商零售进口的经营主体之外，

类似淘宝全球购卖家这种个人采购之后再行出售的C2C行为模式在此无疑不能划入跨境电商，今后也难以运作，线下对其供货的卖家也会受到相应的打击。

### 三、跨境电商零售进口政策存在的问题

#### （一）对境内卖家和个人卖家缺乏针对性监管政策

事实上从事跨境电商进口零售业务的境内卖家和个人卖家缺乏针对性监管政策，在《电子商务法》实施后，此种经营方式应对措施具体的实施细节尚不明确。

《通知》对于跨境电商企业的认定将境内卖家和大量的个人卖家排除在外，针对此部分经营主体虽然如今在规则上通过禁止再次销售，仅限个人自用的规定将其排除在跨境电商零售进口的经营者之外，但是其却在事实上从事着此种跨境电商的进口零售业务，产生了甚至相较于一般跨境电商企业更为严峻的问题，对其却没有针对性的跨境电商监管政策，境内卖家若为一般注册企业，尚可以通过一般的监管措施对其进行事后的控制，若为个人卖家，则会面临更加严峻的监管问题；此两种经营主体的商品货源一般来自于个人进口邮件或者国内假货工厂，即使是境外邮寄，也存在国外假货工厂供货的问题，此两种进货方式均不为现行规定所承认。虽然各方均相信在《电子商务法》生效以及新的监管措施适用之后，更加规范化的跨境电商零售进口服务模式会对其造成打击从而将其淘汰，在国新办举行的“介绍跨境电商零售进口过渡期后有关政策吹风会”上，也说明了在跨境电商方面关于个人卖家和代购并无针对性的监管政策，而是由现有的监管措施对其进行监管，但是现有的监管只能通过海关的抽检进行，其中绝大部分的商品都伪装成个人物品成功进入境内成为个人卖家和境内卖家的货源。

个人卖家可以分为微信个人代购和平台内代购，微信个人代购直接面向消费者，通过朋友圈广告吸引顾客，建立微信群以不断扩大影响力，消费者只能凭借对卖家个人的信任与之交易，即使要求出示交易记录、购物小票，也并非不能伪造，并且大多数微信个人卖家认为其只是代替消费者购买，不应当承担售后的责任，大多均会规定一旦售出不予退换，为节省运输的成本和进货的空间，微信个人卖家还会在事前将商品的外包装拆除，若要保持外包装消费者则需要承担更高的购入价格；即使出现假货问题，微信个人卖家也因其并不同于传统意义上的商家难以被相关部门监管。平台内代购也即平台内的个人卖家，在平台上注册自然人网店出售代购商品，其问题与微信个人卖家类似，其

相对较好的是在平台的规则规制下需要承担售后的责任，《电子商务法》要求这类商家原则上需要进行市场主体登记，那么在《电子商务法》生效之后，此类网店是否只能关闭？若不关闭，又要如何应对此种经营方式？微信个人卖家又要如何应对？具体的实施细节目前尚不明确，但是笔者认为，与其将其禁止，不如制定与之相适应的政策加以规则，使其能够以更为正规化的方式经营，将跨境电商零售进口完全交与大型电商企业或许并非是最优的选择。

## **（二）非强制性中文电子标签或不足以维护消费者知情权**

如今《通知》以非强制性的中文电子标签代替此前的中文标签，其合法性与合理性都值得商榷。中文标签是消费者用以了解进口商品的重要途径，问题在于首先，尚无法保证所有的跨境电商零售进口的购买页面都会有相应的中文电子标签；其次，中文电子标签是否需要遵循相应的标准，平台显示的商品信息页往往只包括一些最为基本的简略的内容，如今在一些跨境电商平台内显示的商品详情中，对商品本身的客观描述内容远远少于对该商品功效的宣传，消费者的知情权要如何在此得到维护值得思考。

## **（三）平台对非正常交易行为监控手段不足且自由裁量权过大**

平台对盗用身份的非正常交易行为缺乏有效监控手段，即使仅具有被动审查义务，其审查主体范围和具体方式等尚不明确。现有平台的控制方式给予平台过大自由裁量权。

为防止虚假交易和对二次销售风险进行控制，平台须对非正常交易行为进行监控，对短时间内同一购买人、同一支付账户、同一收货地址、同一收件电话反复大量订购，以及盗用他人身份进行订购进行控制，但是此处的问题在于平台如何监控盗用他人身份进行订购？又如何分辨盗用他人身份订购？平台在此项下对盗用身份这一条所承担不应当是主动的审查义务，而应当是被动的审查义务，当然即使照此，此时又会带来新的问题，如要求平台进行审查的主体范围是哪些，通过何种方式对平台进行要求等，均要在将来进行细化。如今平台对异常订单往往采取取消的方式对其进行控制，下图所示的是天猫国际对于此类“异常订单”的限制措施，其问题在于给予了平台过于强大的自由裁量权，因此对该规则的细化不仅能够限制真正的非消费者合理自用的异常订单，也能

够限制平台对消费者的过度限制。



图 7 天猫国际官方直营商品限购说明<sup>24</sup>

#### （四）品牌代理模式下境内代理商的商业利益缺乏合理保护

在我国目前的跨境进口电商的运行机制中，境内代理商发挥着非常重要的作用。这是因为，采取跨境进口电商渠道进入中国市场的国外品牌商，往往是那些在国内缺乏知名度，缺乏商业推广渠道，他们主要依托我国跨境电商政策体系中设定的宽松监管政策，希望迅速地打开中国市场。例如前述 486 号文的第三条就明确规定：对跨境电商零售进口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、注册或者备案要求。这一规定对于一些希望进入中国市场的保健品和化妆品的品牌来说，就是一个非常重要的政策利好。但由于在我国缺乏相应的商业推广的渠道，因此这些品牌方高度依赖境内的代理商进行市场拓展。由于跨境进口电商这种商业模式本身的特点，也决定了国外的品牌方不会在我国境内，独立地进行大规模的品牌建设、宣传和推广活动（主要原因在于通过跨境电商模式进入中国市场的商品，直接售卖到消费者手中，不允许进行二次转卖，另外相关商品一般来说也未获得在中国正式的进口许可，没有进行过必要的注册和备案，因此在境内进行宣传推广，也面临一些政策层面上的限制）。在这一背景之下，境外品牌方往往采取独家授权的模式，依托境内的代理商的工作来实现市场的推广。

但是在这一过程中，往往存在着一种非常典型的道德风险。如果相关品牌的境内代

<sup>24</sup> “商品限购说明”天猫国际官方直营：

[https://pages.tmall.com/wow/jinkou/act/zpbz?spm=a224i.236608.4698244241.8.ed963517CUVnmm&acm=lb-zebra-236607-3905693.1003.4.3950187&scm=1003.4.lb-zebra-236607-3905693.OTHER\\_15326531855481\\_3950187](https://pages.tmall.com/wow/jinkou/act/zpbz?spm=a224i.236608.4698244241.8.ed963517CUVnmm&acm=lb-zebra-236607-3905693.1003.4.3950187&scm=1003.4.lb-zebra-236607-3905693.OTHER_15326531855481_3950187)

理商在商业推广的过程中，获得了显著成功，为其代理的境外品牌打开了中国市场，建立了相关品牌在中国的知名度，这时候境外品牌方为了实现其利益最大化，有足够的动力抛开最初的境内代理商，去寻找第二个代理商。对于后者来说，由于是“摘现成的桃子”，因此在确定代理条件的时候，往往会对品牌方进行巨大的让利。这一因素也是促使境外品牌方摆脱最初的一起“打天下”的境内代理商的重要动机。

对于这种情况，如果不能深入分析相关的商业合作中深层次的利益结构，往往可能导致在双方发生纠纷的时候，过于形式化地来处理相关的问题。针对跨境电商当中的品牌代理问题，目前还不存在针对性的法律或者政策，“因事立法”或许也并非最佳的解决路径。面对不断出现的新情况，唯有通过司法者在个案裁断中的智慧，才能较为妥善地平衡各方利益，从而促进产业模式的进一步发展。在这个过程中，司法者首先需要理解跨境电商品牌代理的运作机制及其背后的利益格局，方能在法律规定的限度内作出实质妥当的判决，真正发挥出司法在快速变动的商业社会中应有的规范和导向作用。

## 四、 小结

对跨境电商进口零售的监管几经波折，监管部门不断在实践中探索新的经验与理论相结合，中国在将来还将不断加快跨境电子商务此类新业态的发展。2018年底出台的一系列政策法规文件针对过渡期后政策进行了规定，实际上延续了过渡期政策的监管内容，同时与《电子商务法》和现实情况的变化相适应对其进行了调整，优化了对跨境电商零售进口的监管，但同时仍然存在一些问题需要在未来得到细化和阐释。在各种问题中，境内代理商等有关主体的权益保护问题尤为突出。在未来，只有通过行政部门、司法部门和企业的相互协调、共同行动，才能实现跨境电商零售进口的良性发展。**有鉴于跨境电商品牌代理中境内商家面临问题的特殊性，对于这一问题，本报告将在下一章节展开更为详尽的分析。**

# 第三部分 跨境电商商标代理中的现实问题

在跨境电商行业中，境外品牌方授权境内代理商进行产品销售是一种常见的合作模式。这种合作模式既有利于境外品牌方拓展中国市场，又能为境内代理商提供丰富的产品资源和市场机会，是跨境电商合作中的重要形式之一。境外品牌方通过授权代理商，可以将自己的产品引入中国市场，借助代理商的销售网络和资源，快速打开市场，提升品牌知名度和市场份额。同时，境内代理商也能从境外品牌方获得高质量的产品资源和技术支持，降低市场开发和产品研发的成本，提升自身的竞争力和盈利能力。

然而，在当前的发展态势及政策制度之下，跨境电商代理商在中国的业务开展仍然面临诸多挑战。本部分将就代理商之间竞争激烈、品牌商与代理商利益不一致、首代风险极高以及境外诉讼仲裁成本高昂等重点问题进行阐释，并以真实案例为基础展开探讨，梳理此类问题的成因与后果。

## 一、代理商间激烈竞争导致品牌方频繁毁约

随着跨境电商领域竞争的不断加剧，代理商之间为争夺国际品牌的独家代理权采取各种竞价手段已成为常态。其中，挖角现象尤为突出，导致代理商之间竞争加剧，呈现逐底竞争的趋势。为了获取品牌方的青睐，各方不惜降低代理费用、提供更为优厚的销售条件，甚至可能忽略长期可持续发展的考量，而只注重眼前利益，竭力争夺市场份额。这种竞争导致品牌方频繁违约的情况，直接损害了代理商的利益和经营模式。本部分将就这一现象展开探讨，分析其成因和表现，并提出相应的解决思路。

首先，让我们来看一些真实的案例，以进一步论证该问题的存在：

案例一：2016年，某公司作为代理商与某工厂商签署了三年的剑桥包（Cambridge Satchel）代理合同，约定了全球范围内跨境线上销售的独家代理权。然而，在2017年，该公司发现天猫与工厂商直接沟通后在网上销售同款剑桥包，违背了早前签署的独家代理合同。该公司认为天猫应该对独家代理合同有所了解，因为天猫可以看到该公司提交的报税单等信息。针对天猫的侵权行为，公司根据合同的争议解决条款向英国提交了10万英镑的仲裁费用，但由于案件受理时间过长，最终未能解决争议，该公司选择将剩余货物售卖完后放弃维权。

案例二：2022年7月，王某与某吉祥公司签署了一份经销协议，约定王某是某吉祥

公司名下一款罐装啤酒的经销商。根据协议，在特定区域内，王某针对该款啤酒具有独家经销权。然而，到了2022年10月，王某在销售过程中发现，该地区出现了其他渠道销售该款啤酒的情况。王某联系了某吉祥公司，得知该公司与李某签订了另一份经销协议，约定李某是该地区的另一家经销商。这意味着，某吉祥公司实际上与多个经销商签署带有“独家”性质的协议，以实现更广泛的市场覆盖，侵害了经销商王某的权益。

案例三：2008年3月，迪某公司与诚某公司签订区域代理协议。根据合同约定，诚某公司作为迪某公司在北京地区的独家代理商，负责销售和推广迪某公司的医药分析产品。合同中明确规定了代理期限、销售任务、市场保护等条款，并约定了双方的违约责任和补偿方式。然而，诚某公司认为迪某公司提供的产品质量有问题，导致多家医院设备故障，要求更换产品。有鉴于此，诚某公司在2008年和2009年均未完成销售任务。此后，在未经诚某公司同意的情况下，迪某公司以诚某公司销售额不达预期为由，将产品授权给其他代理商在北京地区进行销售。因此，诚某公司起诉迪某公司至法院，指控迪某公司违约。

这一系列案例均突显了代理商之间竞争激烈，被挖角后品牌方毁约频发的问题。尽管在代理合同中明确规定了市场保护条款，要求供应商对代理商在其代理区域内的销售进行保护，但是在上述案件中，供应商均未能充分履行市场保护义务，在未通知代理商的情况下向其他渠道授权销售产品，导致代理商面临巨大的竞争压力和销售渠道的不稳定性。此外，剑桥包等案件也揭示了合同的争议解决条款指向国外时，代理商在维权过程中面临的普遍困境。

导致品牌方违反独家代理合同的原因有多种。首先，跨境电商代理商之间的激烈竞争源自市场需求的不断增长。随着全球消费者对跨境商品的需求与日俱增，代理商们竞相抢占市场份额的竞争也逐渐白热化。为了确保自己在市场上的竞争地位，代理商们积极与品牌方进行协商，并力图达成更有利的合作协议。这些协议可能涉及到价格优惠、独家销售权、市场推广支持等方面的内容，旨在为代理商提供更多的竞争优势。然而，与品牌方签订独家合作协议并非易事。在谈判过程中，代理商需要综合考虑自身的实力和市场地位，以及原品牌方的要求和利益，也需要防范在独家代理期间其他代理商的“逐底竞争”和挖角行为。

其次，跨境电商行业的门槛相对较低，导致了市场竞争的激烈程度。相比传统贸易模式，跨境电商更加灵活，投资成本相对较低，因此吸引了大量的创业者和投资者进入这一行业。然而，这也意味着市场上存在大量的小型代理商，他们为了生存和发展往往

采取激烈的竞争手段。在竞争激烈的环境下，一些小型代理商可能会采取挖角、毁约等不正当手段，试图获取更多的市场份额。这种竞争态势不仅加剧了市场的不稳定性，也影响了整个行业的良性发展。

再者，部分品牌方缺乏良好的商业道德和合作意识，导致了代理商频繁遭受毁约的问题。有些品牌方可能将代理商视为获取短期利益的工具，而非长期合作伙伴，从而忽视了与代理商之间建立起的信任和合作关系。这种情况下，代理商往往成为被毁约的受害者，不得不承受合作关系的不稳定性和风险。

综上所述，跨境电商代理商之间的竞争激烈是当前行业面临的一个普遍问题，被挖角后品牌方频繁毁约的现象加剧了这一问题的严重程度。然而，通过加强行业监管，提高违约成本，加强对品牌方的管理和监督，以及完善合同条款、在合同中加入相应的惩罚条款等措施，我们相信能够有效缓解这一问题，促进跨境电商行业的健康发展。

## 二、代理商与品牌方利益不一与互信缺失

近年来，关于品牌商与代理商之间的合作关系的讨论逐渐引发关注。特别是在类似“玛莉吉亚（Malizia）案”这样的案例中，我们看到了品牌商与代理商之间的利益不一致，以及由此而来的互信缺失问题。如何处理独家代理期间的“窜货”问题，这不仅是对两者之间关系的考验，更是对整个供应链管理和商业合作模式的挑战。

案例一：玛莉吉亚案主要涉及非官方供应商的“窜货”行为，即从非授权的经销商或平行进口商获取商品并以低于建议零售价的价格进行销售的情况。据玛莉吉亚总经销反映，目前在跨境电商平台存在大量来自非官方渠道的低价货物，导致在同一平台上相同产品的价格参差不齐。该现象对品牌形象和市场定位造成了相当程度的困扰，尤其损害了定价较高的官方供货渠道的销量。虽然总经销已与品牌方多次商讨此类问题，但尚未找到合适的解决方案。目前，经销方通过在跨境电商平台大量铺货来缓解窜货问题，但相关成本较高。另外，总经销方也猜测“窜货”现象可能是由出售给其他国家代理商后回流境内市场的商品造成的，但由于品牌方的国际业务范围广泛，追溯货源较为困难，因此品牌方无法及时解决“窜货”问题。此外，玛莉吉亚经销方向天猫、京东等平台投诉也未见成效。

目前，玛莉吉亚总经销表示品牌方暂未出现明显的违约行为，但对于品牌方在经销方投入一定资源后夺回品牌的行为存在一定担忧。为了应对这一情况，他们采取了一系

列措施，如延长授权代理时间、商讨成立品牌合资管理公司以共同管理商标、以及通过保持与品牌方良好的关系来维护合作。然而，这些应对措施所带来的成本也较高。

案例二：某品牌是世界上最负盛名的手表品牌之一，在几十年来一直面临着未经授权的分销和平行进口的挑战。尽管该品牌努力维护对其分销渠道的严格控制，并保持其品牌的独特性，未经授权的经销商仍然通过各种手段获取该品牌的手表，并以折扣价格销售。尽管该品牌方通过一定的法律手段努力打击未经授权的分销，但由于奢侈品市场的复杂性和平行进口的盈利性，这个问题仍然难以解决。

在许多国家，目前仍然大量存在着从未经授权的渠道获取品牌产品并以低于制造商建议零售价的价格销售的市场。这些未经授权的经销商通常通过各种渠道获取商品，包括灰色市场进口、未经授权的分销商甚至是假冒的渠道。遵循品牌定价政策和指南的授权零售商很难与以低于建议零售价销售相同产品的非官方经销商竞争。这种情况可能会影响品牌方与其授权经销商之间的关系，并影响合法零售商的盈利能力，突显了品牌在控制不同分销商之间的“窜货”情况和打击未经授权的分销渠道等方面所面临的巨大挑战。

在“玛莉吉亚（Malizia）案”和“奢侈名表案”中，我们可以清晰地看到品牌商与代理商之间的利益错位。品牌商的利益与出货量直接相关，与之相比，单个代理商的销售溢价对品牌商的整体利益影响不大。这导致了品牌商在管控不同经销商之间的窜货行为方面显得有些怠惰，因为其更加注重整体销售量的增长，而非单一代理商的销售溢价。与此同时，代理商则面临着巨大的市场压力，他们不仅需要通过各种手段来提高销售量和市场份额，而且需要应对其他渠道商的低价竞争。因为缺乏对品牌渠道的直接控制权，代理商在面对窜货等问题时，通常难以有效地应对和规制此类行为。

当然，仍存在不少方法能够解决品牌方和代理方之间利益不一致和互信缺失的问题。双方可以通过建立更紧密的合作关系来加强对代理关系的控制，从而增强双方之间的互信。一种可能的方式是通过品牌合作，让代理商更深入地了解品牌的战略目标和价值观，从而更好地与品牌商协同工作。此外，股权合作也是一种潜在的解决方案，通过让代理商成为品牌商的股东，品牌方向代理方提供股权激励计划，或者由品牌商和代理商共同成立合资公司，双方各自持有一定比例的股权，使双方利益更加一致，从而减少利益冲突和纠纷。

除了以上提到的合作形式，双方还可以通过加强沟通与透明度来增进彼此的信任。品牌商可以与代理商进行更频繁、更开放的沟通，分享更多的市场信息和销售数据，让

代理商更好地了解市场需求和品牌定位，从而更有针对性地开展销售活动。同时，代理商也应该积极主动地与品牌商沟通，及时反馈市场情况和客户反馈，建立起良好的双向沟通机制。

综上所述，品牌商与代理商之间的利益不一致和缺乏互信是一个普遍存在的问题，但并非不可解决。通过建立更紧密的合作关系，加强双方之间的沟通与信任，可以有效地缓解这一问题，实现双赢局面。

### 三、首次代理商投入成本与风险过大

跨境电商中的“首次代理商”通常指首次代理某一境外品牌或产品的境内商家或个人。这些代理商在境内市场首次引入该品牌，并且代理销售该品牌的产品。首次代理商在跨境电商领域扮演着重要的角色，他们负责开拓新的市场，推广品牌，销售产品，并与供应商或品牌方建立深度的合作关系。首次代理商需要具备丰富的市场经验、渠道资源和销售能力，以及对目标市场的深入了解，才能确保跨境电商业务的顺利开展。

与此同时，首次代理商也承担着较大的风险，面临市场反馈、品牌效应和同业竞争等多方面的挑战。首先，首次代理商面临显著的市场风险，这包括目标市场的需求、消费者行为和竞争环境的不确定性。在进入新的市场时，首代的商品可能因为市场份额不足、需求不稳定或市场规模小于预期等原因，而出现销售表现较弱和盈利能力不佳等后果。其次，首代可能面临品牌声誉受损、产品质量问题或知识产权纠纷等风险。首代在市场上代表着国际品牌，承担着传递品牌形象和价值的责任。如果其所代理的国际品牌在市场上出现质量、服务问题或者知识产权方面的纠纷，那么首代的声誉也会受到影响。第三，在跨境电商领域，首次代理商可能会面临来自其他代理商、平台直营店或本地竞争对手在价格、产品特性、营销策略等多个方面的竞争压力。首次代理商需要制定有效的经营和销售策略才能保持竞争优势并实现长期盈利。最后，在首次代理商成功为品牌在境内市场拓宽业务之后，部分品牌方可能会选择毁约，攫取首代的努力成果。

其中，Childlife 案就是一个鲜活的案例，展现了首次代理商所面临的巨大风险。本案涉及品牌方美国婴幼儿保健品牌“Childlife”和代理方南京童年时光生物技术有限公司之间的利益冲突。2010年，南京童年时光公司作为代理商在中国首次代理销售“Childlife”品牌的产品，该公司投入了大量资源进行市场推广，并注册了“童年时光”商标用于产品销售。通过代理商的努力，成功将该品牌引入中国市场，并且取得了

一定的市场份额。然而，2021年3月，品牌方突然终止了与南京童年时光公司的合同，理由是南京童年时光公司未经其授权抢注商标。品牌方的行为导致作为首次代理商南京童年时光公司陷入了严重的经营困境。

这个案件再一次鲜明地凸显了首次代理商在跨境电商模式下所面临的风险可能是极高的。首先，南京童年时光公司作为首次代理商，投入了大量资源和资金用于推广“Childlife”品牌产品。这些投入包括市场推广、渠道拓展、品牌建设以及专用商标注册等方面，为了推动“Childlife”品牌在中国市场的发展，公司付出了巨大努力和成本。其次，尽管南京童年时光公司在合作期间取得了显著的销售成绩，但是被品牌方在没有提前通知的情况下临时终止合约，使得南京童年时光陷入经营困境。最后，尽管南京童年时光公司注册了“童年时光”商标并将其用于“Childlife”品牌的产品销售，但法院判决认定该商标权益归属于品牌方。这意味着南京童年时光公司投入的品牌建设成本可能无法得到回报，甚至可能导致其品牌资产的全部损失。

针对本案，市场环境的不确定性和合同的不完备性是导致首代风险增加的重要原因之一。特别是在新兴市场，市场规则和法律法规相对模糊，商业合作的环境可能存在诸多不确定因素。在Childlife案中，代理商未能预料到品牌方可能会出现的行为，也无法预见到后续可能出现的风险和挑战，因而在双方签订的代理合同中并未详尽规定该种情况发生时的责任分配。因此，当代理商与品牌方建立首代关系时，其实质上是在一片未知的领域中冒险。

其次，法律制度的不完善也是首代风险增加的重要因素之一。在跨境电商等新兴领域中，有关商业合同的履行和知识产权的保护等方面的法律制度尚不完善。代理商往往难以准确把握法律规范和司法实践，从而产生额外的经营成本和法律风险。在Childlife案中，首次代理商不仅失去了与品牌方的合作机会，也丧失了继续使用注册商标的权利，代理商的合法权益问题无法得到有效解决。

综上所述，Childlife案提醒我们，市场环境的不确定性和法律制度的不完善可能导致首次代理商面临着巨大的风险。代理商在选择与品牌方建立合作关系时，需要更加审慎，全面评估市场环境和法律法规，以及品牌方的信誉和历史记录。同时，相关部门和政府机构也应加强对商业合同执行和知识产权保护等方面的监管和执法力度，为首次代理商提供更加稳定和可靠的营商环境，促进商业合作的健康发展。

## 四、代理商境外维权成本过高

境外诉讼和仲裁的高额成本是境内代理商在面临品牌方违约时维权的主要障碍之一。在跨境电商领域，签署合同的各方通常受到不同司法体系的管辖。当出现贸易纠纷时，境内代理商可能需要根据争议解决条款到境外法院或仲裁机构提起诉讼或进行仲裁。这一过程的费用通常极高，包括律师费、诉讼费、调查费等，还可能涉及诉讼过程中的旅行费用、专家证人费用等，上述费用对于中小型代理商来说，往往难以承受。

此外，境外诉讼和仲裁的复杂性也是境内代理商维权的一大难题。不同国家的法律体系、文化背景、语言障碍等因素使得代理商在境外维权过程中面临诸多困难。他们需要雇佣当地的律师，了解当地的法律程序，大大增加维权成本。由于涉及跨境问题，境外诉讼和仲裁往往需要更长的时间来解决，代理商也需要花费更多的时间和精力来应对这些程序。

由于代理商通常处于供应链的中下游位置，他们在与境外品牌商或供应商签订合同时往往处于弱势地位，合同条款可能并不利于代理商。一旦出现合同纠纷，代理商往往处于被动地位，需要耗费大量时间和精力去维护自己的权益，而这往往又需要面对高额的诉讼费用和复杂的法律程序。

境外诉讼和仲裁的高额成本对中国代理商维权构成了重大障碍，这一观点在一系列实际案例中得到了充分的支持：

案例一：2020年，当事人与英国品牌方签订了代理协议，协议中存在对赌条款，约定了当事人在两年内达到一定的销售量后将获得独家代理权。然而，当事人在完成了大部分销售目标后，发现线上平台已经存在另外一家店铺低价售卖同一品牌的产品，并将货物转售给其他店铺，侵犯了代理商的基本权益。当事人尝试与英国品牌方沟通，希望品牌方与其共同开具警告函，但品牌方却以无法管理代理商窜货为由拒绝合作。此时，代理商面临着境外诉讼和仲裁的高昂成本以及复杂的法律程序。根据代理合同的争议解决条款，当事人应当在英国提起诉讼或仲裁，并且预计需要至少30万英镑以上的维权费用，而疫情因素的影响进一步加剧了代理商的维权难度。由于维权成本过高，当事人最终被迫放弃诉讼，与品牌方达成了和解，清完库存后即不再进行代理。

案例二：2007年，上海某公司取得某国际知名内衣品牌母公司的经销授权书后，于2011年7月开始指定某投资公司全权行使其传统零售商的销售权，并自2012年授权其围绕该品牌开展市场开拓、产品分销等工作。随着该品牌在中国市场的不断开拓，品牌

母公司于2012年7月起诉上海某公司侵权，欲借此取回品牌的在华经销权。在诉讼过程中，品牌方质疑了投资公司与上海某公司的代理商身份，以及所售产品的来源，强调在中国内地并无授权的品牌直营商店，并宣布将采取行动制止此侵权行为。这场纷争不仅在商业层面激起波澜，也引发了公众对于品牌授权与产品来源的关注。双方观点各不相让，而关于合作将如何发展的疑问也仍悬而未决，双方纷争持续数年。

这一系列案例展示了境外诉讼和仲裁高额成本对境内代理商维权所带来的直接影响。在面对跨境合同纠纷或其他法律纠纷时，代理商往往无法负担司法程序所带来的高昂成本，为了减少成本、维护现有利益，常常会选择放弃诉讼或仲裁的维权手段。这种情况下，代理商可能被迫接受不公平的合同条款或解决方案，这不仅损害了代理商的合法权益，也影响了整个市场的公平竞争环境。

因此，对于境内代理商来说，降低境外诉讼和仲裁的成本，提高维权途径的可及性和公正性，是至关重要的。首先，代理商可以在与品牌方合同签订之初就尽可能地明确相关条款，规定诉讼和仲裁的管辖法院以及适用的法律，以减少后续可能发生的纠纷。其次，可以考虑在合同中约定诉讼费用的分担方式，以减轻代理商的负担。此外，建立跨境电商纠纷解决机制，提供快速、有效和公正的解决方案，也是解决境内代理商维权困境的重要途径。当然，为了解决这一困境，也需要有关部门和国际社会共同努力，共同促进跨境电商行业的健康发展，为境内代理商提供更坚实的维权保障。

综上所述，跨境电商代理商在国内市场的业务开展仍然面临诸多挑战。面对其他代理商的激烈竞争、和品牌方之间的利益不一、高风险和高成本等问题，代理商需要不断提升自身的竞争力和应对能力，寻找切实可行的解决方案，以应对市场的变化和挑战。品牌商和代理商之间应建立起更加合理和公平的合作关系，以减少合同纠纷的发生，共同维护市场秩序和行业健康发展。同时，政府部门也应加强监管和政策支持，为跨境电商代理商提供更加稳定和有利的发展环境。

## 第四部分 针对境内代理商侵权问题的法律建议

如上所述，由于涉及到利益纷争，许多时候境外代理商可能突击性地解除合同并收回相关的代理权限，如果此时境内代理商继续使用商标或使用类似的装潢，则可能遭到侵权以及不正当竞争的控告，背负沉重的法律责任。面对此类争议，司法者需要深入理解和把握跨境电商的商业模式，以穿透性的眼光洞察双方当事人之间的实际利益格局，从而作出妥当的裁判。从这样的视野出发，可能不宜轻易认定境内代理商侵犯商标权、侵害竞争权益，纵使认定二者成立，也应该审慎确定赔偿额度，避免滥用惩罚性赔偿乃至于顶格判罚。

### 一、以实质标准判断侵权行为成立与否，避免机械司法

在跨境电商代理模式之下，判断境内代理商是否构成商标等知识产权侵权，必须在法律形式逻辑思维的主导下引入实质性的要素，情境化地判断侵权本身的成立与否，从而作出符合商业逻辑、具有良好社会效果的判决。

虽然知识产权侵权具有一定的特殊性，但是在判定侵权的成立时，相当程度上还是要回归到侵权法的一般原理。在考虑侵权要件是否成立时，尤其要对当事人是否具有**故意**作出判断。故意又可以进一步被拆分为**认知因素**和**意志因素**，二者在认定侵权的成立时缺一不可。如果深入品牌代理交易模式的细节就会发现，在当事人争议产生之后，境内代理商往往缺乏前述认知因素和意志因素，因而并不具备真正意义上的侵权故意。

#### （一）境内代理商缺乏故意侵权的认知因素

从**认知因素**上讲，由于存在权益争议，所以当事人其中可能对自己的行为构成商标侵权并不明知。从逻辑上讲，相关合作合同的解除是商标侵权的前提，在合同没有解除的情况下，境内代理商继续享有使用商标的许可。如果品牌方仅以通知的方式解除合同，那么其是否确实享有合同解除权往往是一个有争议的问题，需要留待法院进行实体判断。在终局性的司法判断作出以前，代理商很可能并不

接受对方享有解除权，并认为自己依然有权依约使用商标，在现实层面上，此时代理商并不认为自己在侵犯知识产权，因此也就缺乏认知因素。在某种意义上，这也属于广义的商标权利状态“不稳定”的情形之一，因而不具备成立侵权故意的前提。作为参考，《山东省高级人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的裁判指引》当中就提到：“对于被告是否具有侵权故意，人民法院应当审查被告主观上是否明知其行为会导致侵权结果的发生，并希望或者放任这种结果发生。审查时应当综合考虑知识产权客体类型、**权利状态稳定性**、相关产品知名程度、被告与原告或者利害关系人之间的关系密切程度等因素。”由此可见，权利归属的清晰是各方当事人认知到自己的行为侵权与否的必要前提。在解约通知突然发出、权利状态尚不明朗的情形下，很难说代理商确实清楚地认知到自己正在侵犯他人的知识产权。由此可见，在实际的判决活动中，法院不宜忽略当事人之间存在权益争议的这一背景事实，不宜简单地将当事人的行为定性为故意侵权或者恶意侵权，更不能因此去简单地适用什么惩罚性的赔偿或者顶格判赔的思路。

## （二）境内代理商缺乏故意侵权的意志因素

从**意志因素**上讲，法院需要考虑当事人在先的合作关系的背景，判定当事人真正的企图，以及其对于权益侵害结果的态度。在很多情况下，如果境外的品牌方与境内的代理商发生纠纷之后，后者为了维护其权益，往往认为自己在一定的条件之下，在一定的期限之内，仍然可以使用品牌方的标识等。在商业社会中，这应该是符合经营者的一般感情的，不具有意图上的恶性，因为这一品牌的影响力和市场知名度，毕竟自己作出了重大的贡献。“军功章，有你的一半，也有我的一半”。自然而然地，境内的代理商倾向于认为，境外品牌方意图将自己一脚踢出的行为是完全没有诚信的行为。正是基于这样的背景，境内的代理商才往往不接受合同因为违约被解除、自己无权使用相关标识等指控，而是继续使用。对这种心理状态，很难以简单的“希望”或者“放任”加以描述和形容；退一步讲，即使在特定情形下有可能构成“放任”，也缺少规范意义上的主观恶性，且有待证据的充分证明。由此可见，跨境电商代理中出现纠纷的情况与当事人之间完全不存在先前合作关系、不存在关于品牌权益归属方面的争议的情况下的侵权，其

实是完全不同的。后者是关于商标侵权的一般情形，体现了立法者的原初想象，法院在判决时不能盲目地将后一种情况所体现的侵权故意迁移到前者之中，毕竟二者存在天壤之别。面对跨境电商的特殊合作模式，只有对侵权故意中的意志因素作严格的狭义解释，才能守护商业活动中的诚实信用，避免被当事人“当枪使”的局面发生。

值得一提的是，如果贸然作出违背商业逻辑的判罚，可能会形成负面的宣示效应，**阻碍电商模式的创新**。因为在这样的裁判思路下，境内的代理商可能出于风险规避的考量不再原意承担投入周期长、前期风险高的品牌代理活动，也不再原意共同参与境外品牌在境内的培育和开拓工作。面临不确定的市场环境，境内代理商前期需要进行大额投入，从而拓宽渠道、加强宣传，其商业风险难以预料。如果在品牌培育成功之后，又要再去承受诉讼上的不利风险，境内企业的代理意愿恐怕会遭受打击，进而跨境电商商业模式的创新可能遭遇挫折甚至陷入迟滞，其结果恐怕也将不利于整个市场的持续高质量发展。实际上，司法政策的制定者一贯重视知识产权领域案件的判决与促进创新之间的关联，如果对权利人的过分保护不利于创新发展，那么就应该出于公共利益的考量适度降低保护标准，从而真正实现各方利益的衡平。例如，《山东省高级人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的裁判指引》即指出：“关于不宜适用惩罚性赔偿的情形：人民法院在审查被告是否具有侵权故意时，应当综合考虑原告主张的权利状态稳定性或者是否存在**阻碍创新**等因素。”知识产权制度原本就是出于对于社会创新的保护，但是如果当事人以违背诚实信用的方式利用知识产权制度，又会反过来阻碍社会创新，那么司法者就应该遵循知识产权制度原本的设立目的，在一定条件下拒绝为该方当事人提供保护，从而真正实现法律原本的宗旨，避免产生法律“自我悖反”的吊诡局面。

## 二、谨慎认定不正当竞争，合理划分权益归属

上述论证主要是针对商标侵权而言。实际上，类似的逻辑也可以适用于不正当竞争的判断：由于双方当事人之间特殊的商业模式，不宜轻易认定不正当竞争（如包装、装潢混淆）的成立。这样的观点既有法理支撑，也得到了既往案件裁判思路的支持，更符合商业世界活动运作的实际需求。

## （一）作为解释对象的“不完备”合同

作为一种新型的跨境贸易模式，跨境进口电商伴随着电商平台的崛起，在最近 10 多年来获得了长足的发展。在我国目前的跨境进口电商的运行机制中，境内代理商发挥着非常重要的作用，然而，相关法律法规对境内代理商合法权益的保护却并不明确和充分。在司法实践中，若境内代理商和国外品牌商发生业务上的冲突和纠纷并诉诸法院，法院应当对其合作协议进行解释，在尊重双方当事人真实意思的情况下，依法作出裁判。然而，通常而言，境内代理商和外国品牌商在其最初的合作协议或代理合同中，并不会详细列举出各种可能的条款，来预先设定好各种利益分配的方案。一旦后续的合同履行过程中出现纠纷，法院难以直接根据双方当事人的合同约定作出认定与裁判。这一现象的出现，与跨境进口电商的特殊商业模式有关。

一方面，我国从事跨境进口电商代理的企业的规模往往不大，相应的法律方面的人才和知识储备并不完备，因此，境内代理商在与国外品牌商进行谈判的时候，往往难以通过合同、在法律层面设定一套复杂的、具有长远预期的利益分配的方案。合同约定上的模糊与空白，往往是受现实因素所限。另一方面，更为重要的是，境内代理商的议价谈判能力也往往处于较为弱势的地位。国外品牌商固然需要通过更加熟悉国内市场、国内消费者需求和国内营销策略的境内代理商来打开国内市场的大门、拓展国内市场中的业务，然而，对于国外品牌商而言，这一选择并非单一，恰恰相反，国外品牌商在选择境内代理商方面，有着十分充足的选择。如果某一境内代理商开出的条件并不符合国外品牌商的预期，后者大可直接拒绝与该境内代理商合作，而径自选择其他更加心仪的境内代理商。换言之，在跨境进口电商业务蓬勃发展的当下，国外品牌商的议价能力远远高于境内代理商。在此背景下，合同内容中的约定自然更加倾向于国外品牌商的利益，有利于保障境内代理商长远利益的约定则往往比较简单、粗疏，甚至缺乏相关的约定。除此之外，另一个十分重要的因素在于，在跨境进口电商代理业务中，未来的经营状况充满着不确定性。国内品牌商先前并没有在境内有过业务上的推广，考虑到不同国家的消费者在商品服务的选择和喜好上天然具有较大的差异，并不十分熟悉国内消费者需求和喜好的国外品牌商所生产或提供的商品和服务，不一定会获得国内消费者的青睐。对于境内代理商而言，这无异于一场存在较大风险

的“赌博”，经营状况、收益情况等等因素，均是未知的。某一国外品牌既可能在国内大受欢迎、成为“爆款”，也当然有极大的可能无人问津。因此，无论是对于国外品牌商而言，还是对于境内代理商而言，对未来的权利义务关系或利益状况作出提前的预测和分配，都是十分困难、甚至是徒增成本的。签订一份相对简单但足以满足当下合作需求的代理合同，往往才是更为经济的、高效率的做法。当然，在理论上也存在着其他替代方案以规避合同约定并不详细所可能带来的风险与损失，比如采取股权合作的商业模式，也即境外品牌商和境内代理商为了合理分配特定品牌在境内推广成功后所产生的商业价值而设立相关的公司，由双方共同持股，通过股权价值来兑现、落实合作价值。这种做法固然十分周全，但在实务操作中却难免存在较大的现实障碍。主要是因为这种合作模式在前期回导致较高的交易成本，而双方当事人对于相关的合作在将来是否能够取得成功，都难以有相对准确的预期。因此，在现实的商业活动中，采取这种模式来预先分配相关合作商业价值的做法，反而是不那么经济的做法。

基于以上三方面原因，境内代理商和境外品牌商通常并不会在合作之初，就在代理合同中就合作细节和将来可能存在的利益分配作出事无巨细的约定。这受制于双方当事人的能力与强弱对比，也更加符合特定商业模式的运作需求。然而，这一做法也可能带来不必要的风险，尤其可能损害境内代理商的利益。一旦双方当事人后续因为代理业务发生纠纷和争议并诉诸法院，合同在经济层面上的不完备，将在确定双方权利义务、合理分配商业价值等方面带来困难。此时，法院应当如何对境内代理商和境外品牌商之间签订的这份“不完备”合同作出妥当的解释，是需要进一步明晰的关键问题。

## （二）作为保护对象的特殊法益

通常而言，此类纠纷的主要争议焦点在于特定包装装潢的归属及相关利益的分配。探求如何对“不完备”合同作出妥当的解释以实现符合实质正义的利益分配前，需要首先明确此类法益的特殊之处。

我国民事立法习惯上将权利与利益合称为“合法权益”或“民事权益”。既然合称“权益”，就表明权利与利益是存在区别的。而且，权利与利益毕竟在法律属性和保护态度上有重大区别，不能因为具体界限不易区分而忽视其差别。在

知识产权法律领域，存在着权利保护与利益保护两大基本法益保护格局，即知识产权专门法通常都是以赋予专有权的方式保护权利，而反不正当竞争法则是以制止行为的方式保护法益。与保护知识产权的特别法相比，反不正当竞争法所保护的利益具有很大的模糊性，通常达不到权利的程度，只是一种并不确定、也并不稳定的法律上的利益，是否保护通常取决于个案的判断。而利益的范围十分广泛，有受法律保护的利益与不受保护的利益之分，受保护的利益可以称之为法益。与注册商标专用权等具有绝对权性质的权利相比，作为法益的特定包装装潢的保护，具有以下突出的特点。

首先，保护法益具有情境性。与注册商标专用权等法定的权利不同，特定包装装潢法益的保护具有情境性，即在保护之时才能按照保护条件和具体进行确定，保护客体、范围和条件都不是非常确定的。虽然据以确定是否存在法益或者是否需要保护的事实已经发生和存在，但只有经保护之际的确认之后才能确定是否保护及保护到何种程度。例如，在仿冒费列罗巧克力包装装潢不正当竞争案中，最高人民法院再审判决区分了包装装潢中受到保护元素与不受保护的元素，即有些元素不具有特有性，或者属于通用的包装、装潢元素，不能被独占使用，同时认定其整体构造形成了可以识别商品来源的显著整体形象，只需要在这种意义和范围进行保护。鉴于此，再审判决在区分构成要素的基础上，只保护到特有性元素的范围和程度，不妨碍更改整体形象而达到明显区别时，仍可使用相关包装装潢的基本元素，以免遭受整体改变的致命性伤害。<sup>25</sup>这种思路典型地体现了利益保护思维，也即利益保护的度和范围可以结合案件事实进行具体界定，其保护具有情境性和弹性，而权利的范围则是预先确定的，其保护则具有刚性。

其次，保护客体具有灵活性。特定包装装潢的保护系为弥补注册商标保护之不足，而相较于后者，对前者的保护充分体现了利益保护的不确定性和灵活性等特征。权利保护则具有更强的稳定性和固定性，对利益的保护常常不太稳定和固定，且通常取决于具体情况，在保护条件上具有灵活性，在应然层面也确实需要体现灵活性。例如，注册商标一经获准注册，即受到保护，其权利客体固定且权力范围清晰，侵权构成要件比较易于把握。相比之下，特定包装装潢的保护更多

---

<sup>25</sup> 参见“意大利费列罗公司诉蒙特莎（张家港）食品有限公司等不正当竞争纠纷案”，最高人民法院（2006）民三提字第3号民事判决书。

取决于对是否符合具体条件的具体衡量,包括其构成元素和利益范围需要根据使用场景进行具体确定和界定,且其知名度等情况是动态的,对其保护也要动态地看待。此外,这种灵活性还体现于保护客体的可变性上。具体而言,包装装潢的构成要素并不固定,既可能是包装装潢中的部分元素,也可能是超越个别元素之上的整体形象。包装装潢之所以能够受到反不正当竞争法的保护,首先在于事实,而非权利。因此,对于构成元素和保护客体的确定可以具有较大的灵活性,而不必像注册商标、外观设计专利等那般确定和一成不变。

最后,保护法益具有独立性。特定包装装潢并不依附于注册商标或者商品特有名称,只要特地的特定包装装潢能够达到足以据其识别特定商品来源的程度,就有必要纳入反不正当竞争保护中来,这也是其与外观设计、实用艺术作品等权利保护的根本区别所在。包装装潢的识别商品来源意义是基于特定构成要件并根据具体事实来认定的,这一保护并不和特定的商标或商品名称产生交叉。注册商标固然受到《商标法》的单独保护,但在法律上,其与特有名称、包装装潢泾渭分明,三者之间相互独立,并非包容关系。这意味着,三者即使在客观上或物理意义上被设计在一起,构成一个共同的标识形象政体,事实上也可能同时发挥作用,但在法律上和观念上仍然是独立的和可分的。尤其是,知识产权主要是一种观念上的权益,各个或者各类权利独立发挥作用,并且不以实物的形态和边界为基础界定权利,不可能具有像有体物因混同等在物理上无法分开那样的自然属性,且因平衡利益的政策需要,法律对于知识产权的保护有意不达到像物权那样的独占性和排他性,而设定特定的观念意义上的法律边界。因此,通常不存在因事实上的不分而导致在法律上只能不可分的情形,就对包装装潢的保护而言,其具有区别于商标和特有名称的独立性,其利益归属也不必然受到商标归属的影响。

因此,包装装潢作为一种受保护的利益具有其不同于权利保护的特殊性,在对“不完备”合同进行解释、确定包装装潢法益的归属时,上述特殊性显然是不可忽视的重要考量因素。

### **(三) 作为追求目标的实质正义**

跨境进口电商代理的特殊商业模式下,合同的“不完备”成为常态,这就要求法院应当探寻合同背后的利益关系,对合同进行妥当的解释,并不应仅仅局限

于合同本身所明确的内容。与此同时，对合同内容的解释还须关注作为保护对象的法益的特殊性，结合特定的历史背景和当事人之间的商业互动，对利益分配作出情境式的、妥当的判断，使得利益分配既不突破法律法规与当事人之间的约定的限制，又符合诚实信用原则、商业运行逻辑和当事人合作关系中的深层次利益结构，从而为各方当事人寻求一种符合实质公平的利益分配格局。

一方面，无论是就注册商标和商品名称而言，还是没有明确约定归属的、事后逐渐具有一定影响力的特定包装装潢而言，境外代理商都具有原创性的贡献，这一点毋庸置疑。但另一方面，同样不可忽视的是，特定商品之所以能够足够高的商誉，特定包装装潢之所以能够获得巨大的影响力和商品识别效应，境内代理商的功劳同样不可埋没。具体而言，对于在国内上没有打开市场的国外品牌而言，仅靠自身的努力难以取得国内消费者的高度认可，更不用说获得巨额的商业利润。这一方面，境内代理商有着其独特的优势和巨大的贡献。境内代理商凭借自身对推广境外商品的经验和其对国内消费者的需求的充分认知，在市场拓展和营销上采取更适合国内营商环境和更加符合国内消费者认知的形式和策略，为国外品牌在国内市场中知名度的提高、商誉的积累、利润的获取等等各方面均作出了不可或缺贡献。境内代理商的上述艰辛的努力与其所付出的巨大成本不可忽视，尤其对于尚未明确约定利益归属的包装装潢，境内代理商在其形成与发展过程中发挥着巨大作用。基于这一考虑，如果判决将相关利益归属仅仅归属于任何其中一方，均是显失公平的决定。因此，考虑到境内代理商和境外品牌商对于特定商品在国内市场中进行推广均具有各自不可被取代的贡献和作用，应当对有关利益进行更为适当的分配。

在某种意义上，这种分配需要符合双方合作之本意，也即从双方所订立之合同中可以推知出的合作目的与真实的利益关系，也是一种基于双方实际商业活动所作出的利益平衡。具体来看，就基础的利益结构而言，跨境进口电商中的境内代理商和竞拍品牌商之间实际上构成了一种类似于商业合伙性质的、在中国境内共同进行品牌建设和商业推广的合作关系。在这一合伙关系下，除非双方在合作之初或合作过程中就各种权利和利益的归属进行了明确的约定，否则，将相关利益认定为各方共同所有，才是符合合伙关系、符合各方在品牌建设和商业推广中共同作出贡献的实际情况的决定。这一认定，对于特定包装装潢而言尤其如此，

因为境内代理商和境外品牌商通常不会就特定包装装潢这一法益的分配作出明确约定，且对于包装装潢在境内的推广，境内代理商有着不可忽视的巨大贡献，将包装装潢认定为由境内代理商和境外品牌商共有，才兼顾各方利益的体现。

当然，需要进一步澄清的是，将包装装潢权益判归双方共有，并不会当然损害其指示商品来源的作用。如上所述，注册商标、特有商品名称和包装装潢均具有指示商品来源的作用，然而，三者在法律意义上是泾渭分明的，不可混为一谈。知识产权作为一种观念上的权益，各自独立发挥作用，并不以物理上的界限作为划分权益的界限。即便在日常生活当中，三者往往同时出现，并且同时发挥着指示商品来源的作用，甚至在物理上是不可分的，但并不影响在法律判决上，三者各自具有独立性。此时，判断是否存在商业混淆的关键之处并不在于双方当事人是否均使用了相同或相似的包装装潢，而在于在整体形象层面，是否会导致消费者对特定商品的来源产生混淆。这意味着，即便在代理关系结束后，境内代理商和境外品牌商仍然在国内市场中同时使用双方共同所有的特定包装装潢，但只要在注册商标、名称以及诸如外观设计、广告宣传等其他方面作出不同的设计、呈现和宣传，便足以使得消费者不会仅仅因为相同或相似的包装装潢而对商品来源产生混淆。

因此，在特定包装装潢的利益分配问题上，认定其为双方共有，不仅兼顾了境内代理商和境外品牌商双方的利益，也不会损害广大消费者的合法权益与社会公共利益。

值得一提的是，上述认定思路也已在实务中得到了最高人民法院的认定。在“广东加多宝饮料食品有限公司、广州王老吉大健康产业有限公司擅自使用知名商品特有名称、包装、装潢纠纷案”中，最高人民法院认为，涉案红罐包装装潢权益系双方共同享有，认定理由有以下三点：王老吉品牌在涉案包装装潢权益形成过程中发挥的作用，加多宝公司在对红罐王老吉凉茶的经营行为在涉案包装装潢权益形成过程中发挥的作用，消费者的认知和公平原则的衡量。与此同时，最高人民法院进一步指出，综合考虑上述因素，结合红罐王老吉凉茶的历史发展过程、双方的合作背景、消费者的认知及公平原则的考量，因广药集团及其前身、加多宝公司及其关联企业，均对涉案包装装潢权益的形成、发展和商誉建树，各自发挥了积极的作用，将涉案包装装潢权益完全判归一方所有，均会导致显失公

平的结果，并可能损及社会公众利益。因此，涉案知名商品特有包装装潢权益，在遵循诚实信用原则和尊重消费者认知并不损害他人合法权益的前提下，可由广药集团与加多宝公司共同享有。<sup>26</sup>上述判决思路便是平衡各方利益、追求实质正义的典型体现，无论是从最高人民法院在我国司法系统中的权威地位而言，还是从该案判决本身清晰的思路和较强的说服力来看，该案的判决思路和判决结果都十分具有参考价值。

#### （四）作为重要考量因素的社会效果

司法判决同时具有法律效果和社会效果，法律效果通常仅在司法裁判所关注的具体个案中产生作用，但该判决一旦作出，将难免在社会层面产生案件本身之外的、具有深远影响的社会效果。就法律适用而言，准确性和确定性是法律及其适用的基本属性，虽然法律不可能在所有案件中都产生确定的、唯一的正确答案，但应在多数案件中如此。但是，有时正确答案是显而易见的，有时则需要结合具体案件加以认定，而在有些情况下，也必须同时考虑司法判决的社会影响。简单的案件固然千篇一律且只有一条路可走，但疑难案件的裁判有时确实有不同的路可走，法律有时不具有唯一正确答案。这些案件提供了真正的选择机会——不是在这两种裁决之间的选择，一种裁决可以说是几乎肯定正确，另一种可以说几乎可肯定错误；而是一种平衡的选择，一旦它宣布了，也就宣布了一种新的正确和一种新的错误。法律意义上的疑难复杂案件不等于影响巨大的轰动性案件，妥当的利益平衡也不等于权益性或者迎合性地模糊是非和“和稀泥”，机智妥协绝不同于投机取巧，更在于通过妥当的法律适用，明细或者确立持久性的法律界限，真正地维护好和实现好公平正义。

在对境内代理商和境外品牌商的代理合同进行解释和漏洞填补时，一方面要平衡各方利益，追求个案意义上的实质公平，另一方面也要考虑到判决结果的社会效果，从而实现社会层面上的、更为广泛的公平正义。保护外商投资固然是推动经济高质量发展、促进国内国外双循环的重要的一环，但与此同时，对本土企业的保护与重视、在整体上营造良好的政治生态与营商环境同样不容忽视。给境

---

<sup>26</sup> 参见广东加多宝饮料食品有限公司、广州王老吉大健康产业有限公司擅自使用知名商品特有名称、包装、装潢纠纷案，最高人民法院（2015）民三终字第2号民事判决书。

外投资者以信心，不能以损害本土企业的利益为代价，寻求二者利益的平衡，让本土企业家不必在长期的商业合作中担心被对方“过河拆桥”、“卸磨杀驴”同样十分重要。这也就意味着，法院在处理相关纠纷时，应当充分发挥司法智慧，在个案中进行利益平衡以实现一种符合实质公平的利益分配格局的同时，也要关注司法裁决的社会效果，让境外投资者放心，也让本土企业家安心。

有鉴于此，在司法实践中，法院更应当采取一些具有导向性的裁判思路，在利益分配时考虑结果对公共政策和营商环境的影响。具体而言，法院在认定特定包装装潢等权益归属时，应当考虑现实中跨境进口电商代理业务的实际运营模式，将双方的合作关系认定为合伙，并将包括特定包装装潢在内的、各方当事人未提前约定的权益认定双方共用享有，并且以司法裁判的方式，给予各方当事人以及行业中的其他利益相关方以积极的、稳定的激励，推动该商业模式健康、持续、高质量地发展。这既符合当下关于营造良好营商环境的现实与政策需求，也符合现实以及潜在的境内代理商和境外品牌商等等各方主体的根本利益。

### 三、综合考虑当事人商业合作背景，审慎确定赔偿额度

再退一步讲，纵使司法者认为在类似的跨境代理案件中成立侵权以及不正当竞争，也还是需要在确定赔偿额度时综合考虑各方面的背景因素，慎重决定是否适用惩罚性赔偿以及赔偿的具体数额。考虑到当事人之前存在的合作背景，以及关于品牌增值部分的权益划分存在争议，即使在认定境内代理商的行为构成对境外品牌的侵权性使用，在确定相应的赔偿数额的时候，法院的决定也需要具有更多的衡平性的考虑。

#### （一）类似案件不具备惩罚性赔偿的适用前提

一方面，不应当轻易认定当事人具有“恶意”以及“情节严重”，必须综合个案当中的商业背景进行慎重和适当的判断，避免惩罚性赔偿的滥用。

《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》（下称《知识产权惩罚性赔偿解释》）第1条规定：“原告主张被告故意侵害其依法享有的知识产权且**情节严重**，请求判令被告承担惩罚性赔偿责任的，人民法院应当依法审查处理。本解释所称故意，包括商标法第六十三条第一款和反不正当

竞争法第十七条第三款规定的**恶意**。”可见对于是否适用惩罚性赔偿，必须分别分析恶意与情节严重两大方面，否则就不能任意突破侵权责任的填平原则，不当扩大损害赔偿的范围。

**就恶意而言**，《知识产权惩罚性赔偿解释》第3条明确提到：“对于侵害知识产权的故意的认定，人民法院应当综合考虑被侵害知识产权客体类型、权利状态和相关产品知名度、**被告与原告或者利害关系人之间的关系**等因素。”前已提及，考虑到境内代理商与境外品牌方之间的长期合作关系以及合同解除行为的突然性，在跨境电商代理争端爆发后，有关商标权的或者装潢的权属状态往往陷于争议之中。直到司法裁判给出终局性的结果以前，境内代理商往往并不明确知晓其继续使用案涉商标和装潢的侵权性质，很可能难谓“故意”。另外，从法律情况以及商业惯例上讲，此时境内代理商在继续使用相关商标及装潢时，也很可能是认为自己正在使用此前共同培育的品牌，是具有正当性的行为，这与两个此前毫无关系的主体之间的侵权行为不可等量齐观。实际上，惩罚性赔偿语境下的“故意”或者“恶意”相对于一般侵权的判断标准可能更高，正如《国家知识产权局关于“故意侵犯知识产权”认定标准有关事宜的批复》所指出：“‘故意’是知识产权惩罚性赔偿条款适用的主观要件，惩罚性赔偿作为对侵权人的加重处罚，对侵权行为的主观过错程度要求更高。”对于这种具有一定的实质合理性的使用行为，应当回归商业常识以及基于这种常识所建立的正当的商业信赖，不宜使用具有道德情感意味的“恶意”对其进行评价，否则就意味着“恶意”的标准被不当降低甚至被实质性架空，这意味着“恶意”这一概念的虚化，将会使其在裁判中失去原本可以起到的基准性作用。

**就情节严重而言**，《知识产权惩罚性赔偿解释》第4条规定：“对于侵害知识产权情节严重的认定，人民法院应当综合考虑侵权手段、次数，侵权行为的持续时间、地域范围、规模、后果，侵权人在诉讼中的行为等因素。”由此可见，情节是否严重的判定是一项结合多要素的综合判断工作，必须深入当事人关系形成和解除的商业背景，全面考虑个案商业模式的运作过程，语境化地判定情节是否严重的问题，而不能以完全形式化的标准进行机械裁判。例如，现实中有法院认为，只因为当事人在网络平台销售，所以就属于“地域范围较广”，在互联网时代这无异于认为所有涉嫌侵权的电子商务平台内经营者全都可能符合情节严重

的要件，显然是不当地加重了当事人的责任；又如，有法院认为在品牌代理案件中，代理人在起诉后仍然没有停止侵权行为，因此属于情节严重，但是如上所述，这种认定方式既不符合当事人重新寻找渠道的商业需要，也不符合当事人基于商业逻辑所形成的正义感，属于对当事人的不当苛责。可见，第4条的列举内容只是裁判时的辅助要素，真正重要的并不是要素内容本身，而是其所折射的深层次的利益格局。如果机械地考虑该条所列举的要素，那么很容易过分放低“情节严重”的标准，以至于动辄适用惩罚性赔偿；而如果充分考量当事人之间的关系实质，则未必会得出同样的结论。具体到品牌代理的语境中，如果考虑到境内代理商的弱势市场地位和必须承担的风险，那么就更不应当轻易认为其构成情节严重。

## （二）即使适用惩罚性赔偿，也应减轻数额

另一方面，即使法院确实要适用惩罚性赔偿，也应当慎重确定数额，尤其是应当在确定数额时遵循商业逻辑，避免过于任意和武断。

在确定赔偿数额的过程中，必须充分考虑到下述事实：在不少类似的案件中，境内的代理商之所以要在一定的时间内去继续使用品牌，主要是为了获得商业层面上的缓冲的时间，在市场上进行必要的渠道转换。在这种情况下，代理商侵权性地使用他人商标或其他标识，可能实属“被逼无奈”，在最终判定侵权责任之前，需要参考境外品牌方是否基于诚信原则，给予境内代理商以合理的缓冲期、转换期。否则，境内代理商就会面临商业上的严重被动，处于极为不利的境地。在前文提到的 Cambridge Satchel 案中，原代理商在与厂家的包销期间被天猫国际取代；The English Whisky 案中，维权成本超 30 万英镑迫使中国代理商放弃维权。这都是境内代理商处于弱势地位的印证。从商业逻辑的角度看，如果境外品牌方以一种突然袭击的方式剥夺境内代理商的代理权，一夜之间，境内代理商要完成所有的渠道转换，要寻找其他合作伙伴，这完全是不现实的。如果发生了这种情况，从务实合理的裁判来讲，就有必要考虑在计算损害赔偿额的时候，将其考虑进去，从而实现一种事实上的抵扣（抵销）。申言之，既然境外品牌方的突击式解约有违诚信，在商业的意义上对境内代理商造成了损害，那么这部分损害所形成的“债务”就应该与境内代理商的侵权之债相互抵消，在裁判结果上体现为境内代理商赔偿额的降低。再换一个角度来说，尽管并不严格地符合相应的

构成要件，但是这种突然解约所形成的利益格局实际上非常类似于“与有过失”或者“过错相抵”，因为境外代理商将合作伙伴一脚踢开的解约行为恐怕也很难得到正面的规范评价，应属某种“过错”。既然如此，在裁判时便应该同时考虑到双方当事人行为可能存在的商业意义上的过错，并在确定赔偿数额的时候将其纳入考量，降低惩罚性赔偿的数额。

倡导这样的裁判思路，不能被理解为是降低知识产权的保护力度，更加不能被理解为鼓励代理商去故意侵权，毋宁说，这种裁判思路会引导当事人以更加诚信的方式去开启和结束一段商业合作关系，去引导当事人通过协商达成一种利益分配上的更加均衡的格局。这是因为，这样的裁判思路会充分宣示对于商业理念和商事逻辑的尊重，从而对境外的品牌方任意毁约的行为形成负面激励。反过来说，加强知识产权保护，不意味着要忽视当事人之间的商业合作的深层次的利益结构，更不意味着鼓励当事人非诚信地去剥夺相对人本来应当享有的合理的商业利益。事实上，在类似于跨境电商品牌代理这种特殊的利益构造中，只有相对倾斜性地保护代理商的合法权益，才真正符合商业主体对于裁判结果的认知与期待，也更有利于各方当事人以诚信的姿态加强合作，从而真正实现商业语境下的实质性正义。跨境进口电商在其发展过程中必然会引发各种类型的问题，唯有着眼现实，深入研究这种商业模式中的利益结构以及权益分配模式，才可以形成合理的问题解决思路，避免法律逻辑与现实商业逻辑的隔膜乃至割裂。