



## 弼兴每月速递 | 2 月刊



微信公众号：弼兴 法律及知识产权

上海弼兴律师事务所总部位于上海，同时具有专利和商标代理资格，以提供以知识产权为核心的全方位的法律服务为特色，业务领域主要包括：知识产权、公司治理、外商与境外投资、企业并购以及劳动法务等方面。我们的专家团队深刻理解企业的需求，谙熟国内外的法律实务体系、监管环境以及商业惯例，并且能够熟练运用多国语言与客户交流。我们已经与上百个国家和地区的律所和知识产权代理公司建立了业务合作关系，能够在全球范围内充分利用各地的法律资源解决当地的法律问题，为客户提供及时、切实且有创意的法律服务。

我们密切关注最新立法与政策动态，致力于研究实务动向，并且注重分享，我们推出此刊物以帮助客户了解法律走向，及时准确的作出预判。如果您有具体的法律服务需求，欢迎与我们联系，我们将以优质高效的法律服务、切实严谨的工作态度以及奋发协作的团队精神，弼助您的事业兴旺成功！

## 目录

● 新规速递 .....	3
《地理标志产品保护办法》制定说明 .....	3
关于批准发布中国知识产权研究会团体标准《知识产权侵权损害赔偿评估方法》的通知 .....	7
《集体商标、证明商标注册和管理规定》制定说明 .....	8
● 典型案例摘要 .....	12
侵权！范曾画作《贾岛诗意》被擅自制成 NFT 售卖   以案释法 .....	12
“十万个为什么”商标案（上）：“十万个为什么”有显著性吗？   以案释法 .....	16
“十万个为什么”商标案（下）：书籍名称可以通过商标保护吗？   以案释法 .....	21
● 实务研究 .....	26
企业必读！常见知识产权侵权纠纷之商标权篇   研思一刻 .....	26
第 131 期   有限责任公司涤除公司登记事项相关问题研究 —— 从商事审判视角出发 .....	35
诉讼程序与法律适用：涉外民商事案件的审理要点 .....	46



## 新规速递

### 《地理标志产品保护办法》制定说明



#### 《地理标志产品保护办法》制定说明

为贯彻落实习近平总书记在十九届中央政治局第二十五次集体学习时作出“要加强地理标志、商业秘密等领域立法”的重要指示精神，认真落实党的二十大报告“加强知识产权法治保障”的决策部署，充分发挥地理标志促进特色经济发展、助力乡村振兴、保护和传承中华优秀传统文化以及推动高水平对外开放的重要作用，国家知识产权局正在加快推进地理标志统一立法，健全专门保护与商标保护相互协调的统一地理标志保护制度。鉴于立法论证调研中社会各界希望通过先行完善《地理标志产品保护规定》等部门规章，以在一定程度上解决实践中突出问题的呼声较高，国家知识产权局在推进地理标志统一立法的同时先对《地理标志产品保护规定》涉及的认定、管理和保护内容进行完善，制定《地理标志产品保护办法》。

#### 一、制定背景及必要性

《地理标志产品保护规定》由原国家质量监督检验检疫总局于 2005 年制定实施，该规章在有效保护地理标志产品、促进地方经济发展方面起到了重要作用。截至 2023 年 6 月底，累计批准地理标志产品 2498 个，累计核准使用地理标志专用标志经营主体超 2.5 万家。

但是，由于规章制定时间较早，且一直未作修改，已不能满足地理标志产品认定、管理和保护的现实需求，具体表现在：一是审查程序相关规定不完善，未规定不予认定的情形，且未规定变更和撤销程序；二是地理标志产品和专用标志



的使用管理规定较少，缺少明确的操作指引；三是权利保护较弱，侵权行为不够明确。

为解决上述问题，满足社会公众对地理标志产品保护制度完善的期待，国家知识产权局制定《地理标志产品保护办法》。

## 二、制定原则及主要思路

以“急用先行”、解决实践中的突出问题为基本原则，主要思路如下：一是贯彻落实机构改革要求，与机构改革职能调整相衔接；二是完善审查流程，优化审查认定程序；三是加强地理标志产品管理，明确生产者义务和地方知识产权管理部门日常监管职责；四是加强地理标志产品的保护，明确侵权行为。

## 三、制定过程

2023 年 9 月 18 日至 11 月 2 日，《地理标志产品保护规定（征求意见稿）》面向社会公开征求意见。其间广泛征求相关部委、各省级知识产权管理部门意见，组织召开征求意见会，听取行政机关、专家学者、代理机构、行业协会、生产者等主体的意见建议。对各方意见进行充分研究和吸收采纳，进一步完善条款内容形成《地理标志产品保护办法（送审稿）》，经国家知识产权局局务会审议通过，于 2023 年 12 月 29 日国家知识产权局令第八十号公布，自 2024 年 2 月 1 日起施行。

## 四、主要内容

《地理标志产品保护办法》共 36 条，主要内容如下：

### （一）明确上位法依据和部门职责

2021 年施行的《中华人民共和国民法典》第一百二十三条将地理标志作为知识产权的客体之一，同时地理标志专用标志可作为官方标志受到《中华人民共和国商标法》的保护。因此，将规章的上位法依据进一步明确为《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国产品质量法》《中华人民共和国标准化法》《中华人民共和国反不正当竞争法》（第一条）。

落实党中央国务院机构改革要求，明确国家知识产权局负责全国地理标志产品以及专用标志的管理和保护工作；统一受理和审查地理标志产品保护申请，依



法认定地理标志产品。明确地方知识产权管理部门负责本行政区域内的地理标志产品及专用标志的管理和保护工作（第五条）。

#### （二）明确地理标志产品审查标准和程序

明确地理标志产品应当具备真实性、地域性、特异性和关联性（第三条），并规定不给予认定的情形（第八条）。将异议程序置于技术审查之后，优化审查程序，提高审查效率（第十四条、第十五条）。规定变更程序，对保护要求的非主要内容变更和主要内容变更规定不同的审查程序和要求（第二十六条）。规定撤销程序，明确撤销理由、证据材料要求、审查及救济途径（第二十七条至第二十九条）。

#### （三）明确申请人管理职责和生产者按标准生产的义务

县级以上人民政府或者其指定的具有代表性的社会团体、保护申请机构可以作为提出地理标志产品保护申请的申请人（第九条）。地理标志产品获得保护后，申请人应当采取措施对地理标志产品名称和专用标志的使用、产品特色质量等进行管理（第二十三条）。地理标志产品生产者应当按照相应标准组织生产（第二十三条），并规定生产者未按标准生产且限期未改正将被注销专用标志使用注册登记（第三十一条）。

#### （四）加强地理标志产品的保护

为加大保护力度，明确在产地范围外的相同或者类似产品上使用受保护的地理标志产品名称、在产地范围外的相同或者类似产品上使用与受保护的地理标志产品名称相似的名称且误导公众、在产地范围内的不符合地理标志产品标准和管理规范要求的产品上使用受保护的地理标志产品名称、冒用或者伪造专用标志等具体违法行为，并规定依据相关法律法规处理（第三十条）。

此外，鉴于本规章与原国家质量监督检验检疫总局制定的《地理标志产品保护规定》存在部分内容交叉，为便于公众清楚的识别和适用，规章名称定为《地理标志产品保护办法》，以与原规章进行区分。在具体适用时，根据新规定优于旧规定的原则，对于地理标志产品认定、管理和保护内容，两个规章不一致的，适用新规章；涉及行政执行的，继续按照原规章相关条款执行。





相关链接: [《地理标志产品保护办法》\(2023\)\(局令第 80 号\)](#)

国家知识产权局

2024 年 1 月 2 日

来源: 国家知识产权局官网

链接: [https://www.cnipa.gov.cn/art/2024/1/2/art\\_66\\_189479.html](https://www.cnipa.gov.cn/art/2024/1/2/art_66_189479.html)

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)  
电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱: [law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址: [www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 关于批准发布中国知识产权研究会团体标准《知识产权侵权损害赔偿评估方法》的通知



### 关于批准发布中国知识产权研究会团体标准《知识产权侵权损害赔偿评估方法》的通知

中知研发〔2024〕2号

各有关单位：

中国知识产权研究会制定的团体标准《知识产权侵权损害赔偿评估方法》已起草完成并审查通过，现准予发布。

标准编号及名称如下：

T/CIPS 006-2023 知识产权侵权损害赔偿评估方法

特此通知。

附件：[知识产权侵权损害赔偿评估方法](#)

中国知识产权研究会

2024年1月5日

来源：中国知识产权研究会官网

链接：<http://www.cnips.org.cn/a18626.html>

地址：上海市徐汇区小木桥路681号外经大厦21楼、26楼、29楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 《集体商标、证明商标注册和管理规定》制定说明



### 《集体商标、证明商标注册和管理规定》制定说明

为贯彻习近平总书记关于提高知识产权保护工作法治化水平，加快完善相关法律法规的重要指示，落实《知识产权强国建设纲要（2021—2035年）》总体要求，充分发挥集体商标、证明商标在推动地方特色经济发展，提升集群产业发展效益等方面的重大作用，全面提升集体商标、证明商标注册、运用、管理和服务水平，平衡好注册商标专用权与社会公共利益的关系，保持规范有序的商标注册秩序和公平竞争的市场环境，根据《中华人民共和国商标法》（以下简称商标法）、《中华人民共和国商标法实施条例》的规定，制定《集体商标、证明商标注册和管理规定》。

#### 一、制定背景及必要性

商标法及其实施条例颁布实施以来，集体商标、证明商标在促进区域经济发展、助力乡村振兴等方面发挥重要作用，取得社会良好效果。但是，随着我国经济社会快速发展，集体商标、证明商标制度在运行中也暴露出了一些问题：一是与民生息息相关的餐饮类含地名集体商标、证明商标因使用不当导致舆情事件频发，引起社会广泛关注，亟需明确其注册要求和权利行使边界，并增强注册人的管理职责；二是不能满足特色产业集群式发展的实际需要，需进一步健全完善集体商标、证明商标管理制度，促进产业发展，提升保护水平。

此外，商标法及其实施条例在 2014 年进行了全面修改，商标法在 2019 年又进行了个别条款的修改，相关规定应当进行适应性调整。因此，为有效解决现实问题，完善商标制度，加强管理和有效引导，有必要就集体商标、证明商标注册和管理的相关内容规定，并为商标法进一步修改先行探索，积累经验。





## 二、制定原则及主要思路

《集体商标、证明商标注册和管理规定》从规范集体商标、证明商标的注册和使用，维护公平竞争市场秩序的角度出发，引导集体商标、证明商标注册人注册有德、行权有度、维权有效；明晰权利边界，兼顾商标依法使用与他人正当使用；推动行政机关管促结合，综合施策，助力地方产业发展。

在制定思路上，主要着眼于以下三点：一是以问题为导向，完善含地名集体商标、证明商标的注册和使用要求；二是结合集体商标、证明商标特点，细化管理规则，明确注册人管理义务，规范使用人使用行为；三是采取有力措施，强化运用，便利当事人，规范集体商标、证明商标的注册、管理、运用。

## 三、制定过程

2022年6月7日至7月21日，《集体商标、证明商标管理和保护规定》（征求意见稿）面向社会公开征求意见。其间广泛征求相关部委、地方负责知识产权工作部门的意见，组织召开征求意见会，听取行政机关、专家学者、代理机构、行业协会、企业等主体的意见建议。对各方意见进行充分研究和吸收采纳，进一步完善条款内容，形成《集体商标、证明商标注册和管理规定（送审稿）》，经国家知识产权局局务会审议通过后，于2023年12月29日国家知识产权局令第七十九号公布，自2024年2月1日起施行。

## 四、主要内容

《集体商标、证明商标注册和管理规定》共28条。主要内容如下：

### （一）明确立法宗旨

为凸显集体商标、证明商标推动地方特色产业发展所发挥的重要作用，将规范集体商标、证明商标注册和使用管理，加强商标权益保护，维护社会公共利益，促进特色产业发展作为立法目的予以明确（第一条）。

### （二）强化对注册人和使用人的管理要求

考虑到集体商标、证明商标的使用人与注册人不是同一主体，且一般为多个主体，为维护良好商标注册和使用秩序，需要进一步强化注册人的管理义务和使用人的使用要求：一方面注册人应当按照使用管理规则实施日常管理，包括准许成员、他人使用集体商标、证明商标，及时公开集体成员、使用人信息以及使用



管理规则，检查他人的使用行为是否符合使用管理规则要求和使用商标的商品是否满足品质要求，及时取消不符合使用管理规则的使用人的使用资格等（第十一条）。集体商标注册人不能许可非集体成员使用该集体商标（第十五条）。证明商标注册人不能在自己提供的商品上使用该证明商标（第十六条）。同时为管理和运用集体商标、证明商标的需要，注册人可以基于公平合理的原则收取合理费用，协商确定收费金额、缴纳方式、缴纳期限等事项（第十二条）。另一方面使用人履行使用管理规则规定的手续后，可以使用集体商标、证明商标，而且应当保证使用集体商标、证明商标的商品符合使用管理规则的品质要求。使用人可以将集体商标、证明商标与自己的注册商标同时使用。地域范围外生产的商品不得使用作为证明商标、集体商标注册的地理标志（第十七条）。

### （三）增加含地名商标的注册和正当使用规定

为贯彻落实《“十四五”知识产权运用和保护规划》发展区域品牌的要求，满足地方特色产业集群发展需要，增加了含地名集体商标、证明商标的注册要求，明确标志应当具有显著特征，便于识别；考虑到地名属于公共资源，规定含地名集体商标、证明商标不得损害社会公共利益（第九条）。聚焦人民群众关切，根据商标法第五十九条规定细化他人正当使用商标中含有地名的情形，包括在企业名称字号中使用、在配料表、包装袋等使用表明产品及其原料的产地等使用方式，并明确应当以事实描述为目的且符合商业惯例，不得违反其他法律规定等原则性要求（第二十二条）。对于他人在特色小吃、菜肴、互联网商品详情展示等以事实描述方式使用集体商标、证明商标中的地名、商品名称且未导致误导公众的，也属于正当使用情形（第二十三条）。完善正当使用作为集体商标注册的地理标志中的地名、商品名称或者商品的通用名称的要求（第二十四条）。同时规定行为人实施正当使用行为时，均不得恶意或者贬损商标信誉，扰乱市场竞争秩序，损害商标注册人合法权益，以维护注册人权益（第二十五条）。

### （四）促进商标运用提升公共服务水平

为充分发挥集体商标、证明商标在产业发展中的重要作用，推动商标运用，推进品牌建设，明确要求注册人应当加强品牌建设，促进和规范商标使用，提升商标价值，维护商业信誉，推动地方特色产业发展（第十八条）。地方政府或者行业主管部门根据当地经济发展需要合理配置公共资源，加强区域品牌建设；知





识产权管理部门应当支持区域品牌获得法律保护，指导集体商标、证明商标注册、管理、保护等工作，促进经济高质量发展（第二十条）。国家知识产权局应该加强集体商标、证明商标信息公开，提供公共查询服务，地方知识产权管理部门应当加强集体商标、证明商标信息传播和开放共享，便利当事人查询和获取相关信息（第二十一条）。

此外，鉴于本规章与原国家工商行政管理总局局令（第 6 号）发布的《集体商标、证明商标注册和管理办法》存在部分内容交叉，为便于公众清楚的识别和适用，规章名称定为《集体商标、证明商标注册和管理规定》，与原规章进行区分。在具体适用时，根据新规定优于旧规定的原则，对于集体商标、证明商标注册、管理、运用等内容，两个规章不一致的，适用新规章；涉及集体商标、证明商标行政执法内容的，继续按照原规章相关条款执行。

相关链接：[《集体商标、证明商标注册和管理规定》\(2023\) \(局令第 79 号\)](#)

国家知识产权局

2024 年 1 月 2 日

来源：国家知识产权局官网

链接：[https://www.cnipa.gov.cn/art/2024/1/2/art\\_66\\_189477.html](https://www.cnipa.gov.cn/art/2024/1/2/art_66_189477.html)

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 典型案例摘要

# 侵权！范曾画作《贾岛诗意》被擅自制成 NFT 售卖 | 以案释法

## 侵权！范曾画作《贾岛诗意》被擅自制成 NFT 售卖 | 以案释法

随着数字经济的发展，“看得见，摸不着”的 NFT 数字藏品被热捧，与此同时，与之相关的知识产权争议也涌现出来。未经许可将他人作品制成 NFT 藏品并售卖，侵害了作者的哪些著作权？

近日，北京知识产权法院审结一起涉 NFT 数字藏品的著作权侵权纠纷案，下面就跟随小知一探究竟吧！

### 案情简介

范曾是我国知名画家、艺术家，《贾岛诗意》是他于 1979 年创作的人物水墨画。未经范曾允许，某公司在其注册运营的微信公众号上发布了标题为《爆！国画师范曾画作〈贾岛诗意〉来了！！！》的文章，并将画作《贾岛诗意》制成 NFT 数字藏品，在其开发、运营的 App 上发行出售，发行数量为 10000 份，销售单价为 39.9 元，至诉讼时已售罄。



△图片来源：北京知识产权法院官网

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
 电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
 邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
 网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



范曾认为，该公司的行为构成著作权侵权，于是将该公司及其唯一股东王某诉至法院，要求该公司立即停止侵害自己著作权的行为，并将其已经铸造的 NFT 数字作品在区块链上予以断开并打入地址黑洞，该公司和王某应连带赔偿自身经济损失及维权合理开支共计 658350 元。

一审法院认定某公司侵害了范曾对于画作《贾岛诗意》享有的信息网络传播权，判决某公司、王某连带赔偿范曾经济损失 330731.1 元、合理开支 20000 元。某公司及王某不服一审判决，向北京知识产权法院提起上诉。

### 法律分析

画作《贾岛诗意》的著作权属于谁？

在无相反证据的情况下，画作《贾岛诗意》中范曾的题字署名和钤印，可以证明范曾为该画作作者，享有该画作的著作权。尽管某公司提交了其与第三方公司签订的《数字化产品所有权购买协议》，但是某公司并未提供证据证明第三方公司许可其使用画作《贾岛诗意》复制件的行为获得了著作权人范曾的许可。



△图片来源：北京知识产权法院官网



未经许可将他人作品制成 NFT 藏品并售卖，侵害了作者的哪些著作权？

### 1、是否侵害信息网络传播权

某公司未经许可，通过其运营的公众号刊登文章，将画作《贾岛诗意》作为文章配图，配图可以看到画作的完整图片、细节展示图片及拼图配字，并配字“国画大师范曾大作 全球首发”。此外，在未经许可的情况下，某公司在其开发、运营的“某某元宇宙”App 上展示画作《贾岛诗意》，使公众可以在其选定的时间和地点欣赏作品。这些行为侵害了范曾对画作《贾岛诗意》享有的信息网络传播权。

### 2、是否侵害复制权

某公司将画作《贾岛诗意》复制件上传至“某某元宇宙”App 后台的服务器，形成了以服务器为物质载体的作品复制件，该行为属于著作权法上的复制行为。由于该复制行为是某公司实施信息网络传播行为的必要步骤，此特殊情况下的复制行为，应当由信息网络传播权予以规制，无需再行适用复制权这一规制一般复制行为的权项进行评价。



△图片来源：北京知识产权法院官网



### 3、是否侵害发行权

北京知识产权法院认为，著作权法规定的发行行为，应当符合下列构成要件：

1. 该行为应当面向公众提供作品的原件或复制件；2. 该行为应当以转移作品有形物质载体所有权的方式提供作品的原件或复制件。

本案中，某公司和首次购买者进行在线交易，首次购买者进行电子支付后，其账户显示有画作《贾岛诗意》。该交易过程并不包含作品有形物质载体的转移，因此，该交易行为并未落入发行权的控制范畴，并不构成对画作《贾岛诗意》发行权的侵害。

侵权人是谁？

涉案公众号和涉案 App 运营者为某公司，并不是王某，因此其并未实施侵害画作《贾岛诗意》著作权的行为。北京知识产权法院认为，一审法院判决其承担连带赔偿责任，是由于王某并未提交证据证明，其作为某公司的唯一股东期间，个人财产独立于公司的财产。王某并未对一审法院的该项认定进行上诉，其无权就一审法院认定某公司构成著作权侵权进行上诉。

综上所述，北京知识产权法院判决驳回某公司和王某的上诉，维持原判。

### 法官提示

NFT (Non-Fungible Token) 是“非同质化代币”或“非同质权益凭证”的简称，是用加密算法生成的一串无法篡改的编码，用来标记特定数字内容区块链上的元数据。它表现为区块链上一组加盖时间戳的元数据，其与存储在网络中某个位置的某个数字文件具有唯一且永恒不变的指向性。随着互联网数字技术的发展，NFT 不可分割、不可替代和独一无二的特征，促成了数字作品在线收藏、交易市场的形成和发展，尤其艺术家创作的作品，更是炙手可热的投资交易产品。NFT 数字藏品市场的健康长远发展，有赖于版权方、设计方、平台方三方的权利义务平衡。NFT 数字藏品的铸造、交易过程中，应当首先取得作品著作权人的授权许可，避免产生侵权法律纠纷。

来源：北京知识产权法院官网

链接：<https://bjzcfy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2024/01/id/7757297.shtml>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## “十万个为什么”商标案（上）：“十万个为什么”有显著性吗？ | 以案释法

### “十万个为什么”商标案（上）：“十万个为什么”有显著性吗？ | 以案释法

你的童年，我的童年，好像都有一套《十万个为什么》，自 1961 年发行以来，《十万个为什么》成为中国最有影响力的儿童科普读物之一，塑造了不同年代的人们共同的童年回忆。

2017 年“十万个为什么”商标核准注册，尽管已经受到法律保护，但冒用该商标的书籍仍然层出不穷，甚至有出版社认为“十万个为什么”商标无效。接下来，小知将分两期带大家一起看一则与《十万个为什么》相关的商标行政纠纷案。

#### 案情简介

某出版社认为商标“十万个为什么”违反了商标法第十一条第一款的规定，请求国家知识产权局宣告该商标无效，国家知识产权局在被告裁定中认定，商标“十万个为什么”在书籍、印刷出版物等商品领域经长期使用已取得了较高的知名度及识别度，能够起到商标的区分商品来源的作用，驳回了该出版社的请求。该出版社不服被告裁定，向北京知识产权法院提起行政诉讼。

#### 法律分析

北京知识产权法院经审理认为，本案的争议焦点为：商标“十万个为什么”是否具备商标法第十一条所规定的显著特征。

商标的显著特征，是指商标应当具备的足以使相关公众区分商品来源的特征。商标法第八条规定，可以作为商标申请注册的标志，必须是“能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志”，该法第九条更是明确要求“申请注册的商标，应当有显著特征，便于识别”。





由此可知，显著特征是商标最为重要的一项特征和授权要件，缺乏显著特征的标志不得作为商标注册。

关于申请注册的商标缺乏显著特征的情形，商标法中依次区分为“通用名称”“描述性标志”“其他缺乏显著特征的标志”三个层次。即商标法第十一条规定的：下列标志不得作为商标注册：（一）仅有本商品的通用名称、图形、型号的；（二）仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；（三）其他缺乏显著特征的。

因此，北京知识产权法院将分别评述商标“十万个为什么”是否构成商标法第十一条规定的缺乏显著特征的三种情形。

### “十万个为什么”是否属于通用名称

本案中，某出版社主张，商标“十万个为什么”的显著部分“十万个为什么”已成为指代百科类主题图书、期刊的通用名称。对此，北京知识产权法院认为，首先，《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》（简称商标授权确权规定）第十条规定：“诉争商标属于法定的商品名称或者约定俗成的商品名称的，人民法院应当认定其属于商标法第十一条第一款第（一）项所指的通用名称。依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称的，应当认定为通用名称。”

本案中，并无证据显示“百科类主题图书、期刊”属于书籍、期刊类商品的一种法定分类，亦无证据显示“十万个为什么”属于“百科类主题图书、期刊”的法定通用名称。

其次，商标授权确权规定第十条进一步规定：“相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品的，应当认定为约定俗成的通用名称。被专业工具书、辞典等列为商品名称的，可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。”

尽管市面上不乏有以“十万个为什么”命名的少儿百科类图书，但以“XX百科全书”“XX知多少”“XX大百科”“XX的世界”等为书名的同类书籍亦大有所在，因此，并无证据显示商标“十万个为什么”已成为书籍类商品上法定或约定俗成的通用名称，整体未构成商标法第十一条第一款第（一）项规定的情形。



### “十万个为什么”是否属于描述性标志

本案中，商标“十万个为什么”为图文组合商标，由文字部分“十万个为什么 100000WHYS”和问号图形部分构成。某出版社主张，该商标的显著识别部分“十万个为什么”使用在图书、期刊等商品上，仅直接表示了商品的主题特点，亦缺乏显著特征。

对此，北京知识产权法院认为，首先，以文字作为主要识别部分的标志通常分为五大类：

- 1、臆造词汇，是指权利人独创的非固有词汇，如“柯达”胶片；
- 2、随意词汇，是指与商品或服务缺乏明显联系的固有词汇，如“长城”葡萄酒；
- 3、暗示性词汇，是指没有直接描述商品或服务特征，但对其所标示的商品或服务具有某种暗示作用的词汇，如“舒肤佳”香皂；
- 4、描述性词汇，属于对商品或服务质量、产地、特征等的直接描述；
- 5、通用名称，是对某类商品或服务的通用称呼。

这五类标志与其标示和依附的商品或服务之间的联系密切程度逐渐递增，其显著特征则依次递减，臆造词汇、随意词汇、暗示性词汇具有显著性，而描述性词汇和通用名称则不具有显著性。

本案中，“十万个为什么”并不属于臆造词汇，而是一个偏正结构短语。根据其字面含义，通常被理解为“有很多疑问”的一种夸张表达。由于“书籍”系“装订成册的著作”，可能承载着各种表达形式的各种内容，因此，将“十万个为什么”一词使用在“书籍”商品上，并无从知晓该书籍的表达形式或具体内容，从而不属于对某一类特定书籍的某项特征进行直接描述。如果仅就“十万个为什么”的固有含义而言，将其使用在“书籍、印刷出版物”等商品上，并不属于该类商品的通用名称或描述性词汇，至多属于对此类商品的内容具有某种暗示作用的暗示性词汇，而暗示性词汇本身是具备固有显著性的。

其次，依据商标授权确权规定第十一条规定：“商标标志或者其构成要素暗示商品的特点，但不影响其识别商品来源功能的，不属于该项所规定的情形。”



本案中的“十万个为什么”即属于此种情形。如前所述，“十万个为什么”一词在汉语中的固有含义并未直接表示“书籍、印刷出版物”等商品的质量、内容、主题等特点，故商标“十万个为什么”整体未构成商标法第十一条第一款第（二）项规定的情形。

### “十万个为什么”是否属于“其他缺乏显著特征的”情形

本案中，某出版社主张，商标“十万个为什么”除“十万个为什么”外的其他构成要素亦不具备显著性，数字及英文组合“100000 WHYS”为中文“十万个为什么”的直译，问号对应中文中的“为什么”，亦为表示疑问的通用标点符号。对此，北京知识产权法院认为，该商标的显著部分“十万个为什么”未构成商标法第十一条第一款第（一）（二）项规定的情形，该短语本身使用在“书籍、印刷出版物”等商品上，亦不具有“其他缺乏显著特征的”的情形。该商标的数字及英文组合“100000 WHYS”及问号图形，更加强了其作为商标的显著特征，相关公众能够通过该商标识别商品来源，所以，商标“十万个为什么”使用在其指定商品上整体上具备显著特征，未构成商标法第十一条第一款第（三）项规定的“其他缺乏显著特征的”情形。

综上所述，北京知识产权法院判决驳回该出版社的诉讼请求。

### 法官提示

具备显著特征是商标获准注册的一个重要条件，在判断商标是否具有显著特征时，一般以商标申请时的事实状态为准，如果核准注册时事实状态发生变化，则应以核准注册时的事实状态为准，而且，应以与该商标指定使用商品或服务有关的消费者和经营者等相关公众为判断主体。

商标经过长期宣传使用获得较高知名度后，可能会引起大量同业经营者竞相模仿，但并不意味着商标就因此丧失了显著性而成为通用名称。在判断商标是否属于表示商品的功能、用途及其他特点的标志时，应当从商标的固有含义出发，不能简单将市场上是否存在大量使用在同种商品上的相同或近似商标作为判断标准。





本案中，商标“十万个为什么”申请注册时未违反商标法第十一条的规定，不属于书籍、期刊类商品的通用名称，亦不属于仅直接表示商品的功能、用途及其他特点的描述性标志和其他缺乏显著特征的标志。

来源：北京知识产权法院官网

链接：<https://bjzcfy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2024/01/id/7749150.shtml>



## “十万个为什么”商标案（下）：书籍名称可以通过商标保护吗？ | 以案释法

### “十万个为什么”商标案（下）：书籍名称可以通过商标保护吗？ | 以案释法

你的童年，我的童年，好像都有一套《十万个为什么》，自 1961 年发行以来，《十万个为什么》成为中国最有影响力的儿童科普读物之一，塑造了不同年代的人们共同的童年回忆。



△图片来源：北京知识产权法院官网

2017 年“十万个为什么”商标核准注册，尽管已经受到法律保护，但冒用该商标的书籍仍然层出不穷，甚至有出版社认为“十万个为什么”商标无效。上期，小知带大家了解了北京知识产权法院关于商标“十万个为什么”是否具备商标法第十一条所规定的显著特征的观点，本期让我们继续来了解法官是如何回应原告提出的其他诉讼主张的。

#### 案情简介

某出版社认为商标“十万个为什么”违反了商标法第十一条第一款的规定，请求国家知识产权局宣告该商标无效，国家知识产权局在被告裁定中认定，商标“十万个为什么”在书籍、印刷出版物等商品领域经长期使用已取得了较高的知



名度及识别度，能够起到商标的区分商品来源的作用，驳回了该出版社的请求。该出版社不服被诉裁定，向北京知识产权法院提起行政诉讼。

某出版社：“十万个为什么”已成为指代百科类主题图书、期刊的通用名称，缺乏显著性，应该宣告无效。

国家知识产权局：被诉裁定认定事实清楚，适用法律正确，作出程序合法，该出版社的诉讼请求不能成立。

## 法律分析

关于该出版社提出的其他诉讼主张，北京知识产权法院评述如下：

### 01、国家知识产权局亦认为缺乏显著性？

某出版社主张，商标“十万个为什么”持有者——上海少年儿童出版社有限公司，曾于2000年4月21日在第16类“书籍、印刷出版物”等商品中就“十万个为什么”提出商标注册申请，但经历复审后被驳回，说明国家知识产权局亦认为“十万个为什么”注册在第16类商品上缺乏显著性。



诉争商标“十万个为什么 100000WHYS 及图”

△图片来源：北京知识产权法院官网

对此，北京知识产权法院认为，商标审查遵循个案审查原则，应结合具体案件的证据个案判断。国家知识产权局在被诉裁定之前针对类似商标作出的判断，不能成为本案商标“十万个为什么”不具备显著特征的依据。

### 02、无法建立唯一对应关系？

某出版社主张，“十万个为什么”已被众多出版社作为书籍名称使用，且由上海少年儿童出版社有限公司出版的版本寥寥可数，导致相关公众无法将“十万



个为什么”与包括上海少年儿童出版社有限公司在内的任何一家出版社建立唯一对应关系。

对此，北京知识产权法院认为，判断某一标识在“书籍、印刷出版物”等商品上是否具备显著特征，与该标识文字是否被用作书籍名称，某一家出版社的该书籍市场占有率、知名度和所获荣誉，以及相关公众能否将该书籍名称与某一家特定出版社形成唯一对应关系等因素本不存在直接因果关系。

如前所述，商标的目的在于表明商品或服务的出处，区分商品或服务的来源。而书籍名称的作用则是为了表明书籍内容。由于二者的作用并不相同，理论上也并不排斥将书籍名称作为商标使用或注册。实践中，某特定主体将某一书籍名称作为商标申请注册，往往是经过多次出版、长期宣传和销售的系列丛书，或是希望被打造成该特定主体的知名图书品牌。由于书籍名称通常难以获得著作权法的保护，只能寻求作为反不正当竞争法中的有一定影响的商品名称予以保护，故随着权利人商标保护意识增强，在文创领域将某一知名图书、游戏、电影等名称注册为商标的情况越来越普遍。在此情形下，书籍名称具有书名和品牌的混合属性，其既可以传达书籍内容，又可与作者、出版社等形成对应联系，从而起到区分图书来源的作用。



图片来源：北京知识产权法院官网

北京知识产权法院进一步指出，商标权作为一种典型的知识产权类型，商标权利人对商标的创造性劳动投入，不仅体现在其对商标标识的设计和选定，更在于其选定某一商标后，通过持续的品牌经营，使该商标在市场上建立起一定的商誉，这种对特定商标品牌价值的灌溉性投入，正是商标作为知识产权的本质所在。



而且,具有一定商誉的品牌也是对消费者购买相关商品或服务的品质保障。因此,在书籍名称和商标两者日益趋同的情形下,从鼓励权利人对其图书品牌进行维护的角度出发,并无必要对两者严格剥离加以识别,实际上也无法实现。

本案中,根据在案证据显示,商标“十万个为什么”申请时,随着图书市场上已存在大量其他出版社出版的以包含“十万个为什么”为书名的少儿百科类图书,“十万个为什么”一词作为商标使用在第 16 类的“书籍、印刷出版物”等商品上,显著性有所降低。但在案证据亦可以显示,上海少年儿童出版社有限公司自 1961 年首次出版《十万个为什么》以来,至 2013 年期间先后共计出版了六版《十万个为什么》系列图书,累积了较高的销量,多次获得具有一定影响力的荣誉,在相关公众中取得了较大知名度,其多年来的持续使用行为也使得“十万个为什么”作为商标的显著性有所增强。

因此,“十万个为什么”已不仅是商标“十万个为什么”的主要识别部分,也是上海少年儿童出版社有限公司经过六十余年打造的知名图书品牌,已经与之建立起稳定的对应关系。虽然 2000 年以来国内陆续有其他出版社出版了多种包含“十万个为什么”为书名的少儿百科类图书,但其中不排除有部分出版社是明知上海少年儿童出版社有限公司《十万个为什么》在图书商品上的较高知名度而故意选择将其作为书名。而且,上海少年儿童出版社有限公司最早也于 2000 年开始申请注册“十万个为什么”商标,可见其对于市场上有其他出版社使用包含“十万个为什么”的标识并非默许,而是积极维护自身权益。

综合考虑以上因素,从保护创新、依法支持商标品牌建设,促使经营者保证商品和服务质量,维护商标信誉,保障消费者利益等角度出发,北京知识产权法院认为,在案证据不足以认定商标“十万个为什么”申请时缺乏区分商品或服务来源的作用,商标“十万个为什么”应予维持。

### 03、商标“十万个为什么”不具有获得显著性?

某出版社还主张,商标“十万个为什么”亦未通过使用获得显著性,国家知识产权局未就商标“十万个为什么”是否属于商标法第十一条第二款规定的情形进行分析,存在错误。





对此，北京知识产权法院认为，如前所述，商标“十万个为什么”本身具有固有显著特征，并不涉及商标法第十一条第二款规定的“经过使用取得显著特征”的情形，某出版社的此项主张不能成立。

综上所述，北京知识产权法院判决驳回原告某出版社的诉讼请求。

### 法官提示

商标权作为一项典型的知识产权，不仅是因为商标标识的设计而具有显著性，更是因为随着企业日积月累地不断经营，商标会逐渐凝聚企业的商誉，成为承载着经营者智慧性劳动的载体。本案中，商标“十万个为什么”本身即具备固有显著特征，经过多年的持续使用，更增强了该品牌与企业之间的对应程度，从激励创新和维护诚信经营市场秩序的角度，该商标更应当依法予以保护。

来源：北京知识产权法院官网

链接：<https://bjzcfy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2024/01/id/7753769.shtm>

[↓](#)



## 实务研究

# 企业必读！常见知识产权侵权纠纷之商标权篇 | 研思一刻

## 企业常见商标权纠纷情形及审理思路

商标是一种能够将某一企业的商品或服务与其他企业的商品或者服务区分开的标识。《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）第三条第一款规定，经商标局核准注册的商标为注册商标，包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标。商标可以由文字、图形、字母、数字、三维标志、声音和颜色组合，以及上述要素的组合而构成。商标注册人享有商标专用权，受法律保护。为助力优化营商环境，“杨小知”为企业带来了常见知识产权侵权纠纷系列普法第二期（[点击查看第一期](#)）。本文列举司法实务中较为常见的企业涉商标权纠纷案件类型，并通过案例梳理、审理思路分析，以期为企业防范商标侵权提供参考。

### 法官解读



△图片来源：上海杨浦法院微信公众号

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 第一部分

### 企业常见侵害商标权纠纷情形

#### (一) 侵害他人商品商标

商品商标，是指商品生产者在自己生产或经营的商品上使用的商标。日常生活中我们每天都会使用各式各样的生活用品，比如服装鞋袜、家电家具、家装清洁等，每个商品上基本都会使用商标，可以说商标与我们生产生活息息相关。在商品上如果未经商标权利人授权，擅自使用与他人注册商标相同或者近似的标识，或者销售侵犯注册商标专用权的商品的，将会面临被商标权人起诉的风险。



△图片来源：上海杨浦法院微信公众号

#### 案例一

某知名艺人推出个人潮牌，并申请了注册商标，该商标核定使用的商品为第 25 类鞋等，该商标在有效期内。被告在淘宝店铺中销售鞋子，其所销售的鞋子在商品名称、鞋盒、鞋跟及鞋侧面等处使用了与原告商标相同或近似的标识，且在商品名称中使用该知名艺人姓名。

人民法院经审理认定，涉案淘宝店铺在商品名称和被控侵权商品中使用涉案被控侵权标识，起到识别商品来源的作用，属于商标性使用。根据《商标法》第五十七条的规定，未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；销售侵犯注册商标专用权的商品的，均属侵犯注册商标专用权。



本案中，原告商标系字母或字母与图形的组合，并非常用词或组合，具有一定显著性。被告在涉案淘宝店铺商品名称、商品中使用的标识与原告主张保护的商标属于在同一种商品上使用相同或近似的商标，在商品名称中使用知名艺人姓名具有整体模仿、抄袭原告商品的故意，容易引起消费者的混淆或误认，侵犯原告注册商标专用权。原告确认涉案淘宝网店已经下架被控侵权商品，申请撤回停止侵权的诉讼请求，法院予以准许。最终判决被告赔偿原告经济损失及为制止侵权支出的合理费用共计 100,000 元。

## （二）侵害他人服务商标

**服务商标**是指提供服务的经营者为将自己提供的服务与他人提供的服务相区别而使用的标志。服务商标与商品商标的性质一样，只是商品商标向消费者提供的是商品，而服务商标向消费者提供的是服务，比如餐饮服务、酒店服务、文娱服务等。



△图片来源：上海杨浦法院微信公众号

## 案例二

原告在第 43 类餐厅服务上享有注册商标专用权。原告认为被告在其经营的实体店铺店招及大众点评网络店铺名称中使用的标识与原告注册商标相比，仅多了一个汉字，未改变其含义，与涉案商标构成相同服务近似商标。被告认为其从事熟肉制品、炸鸡块的制作与销售，属于第 29 类商品，与涉案商标的核定使用范围不相同或相似，被告使用标识与原告商标也有显著区别，不构成近似。



人民法院经审理认为，被告将被控侵权标识作为店名使用，起到识别服务来源的作用，系商标性的使用。虽然被告经营的店铺向消费者提供的商品包含炸鸡块、炸肉串等，但从经营模式看，涉案店铺主要表现为个体化的现做现卖，一般是先有消费者的购买要约，然后才有服务的提供，服务提供的过程也是消费者消费的过程。故被告提供的服务与涉案商标核定使用的服务“餐厅”相同，构成相同服务近似商标。被告未经原告许可，在同一种服务上使用与原告注册商标近似的商标，易使相关公众对该店铺与原告发生混淆，侵害了原告的注册商标专用权。原告以被告已停止侵权为由，撤回停止侵权的诉讼请求，法院予以准许。最终判决被告赔偿原告经济损失及合理费用共计 60,000 元。

### （三）侵害他人集体商标、证明商标

集体商标，是指以团体、协会或者其他组织名义注册，供该组织成员在商事活动中使用，以表明使用者在该组织中的成员资格的标志。证明商标，是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制，而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务，用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。

随着生活水平的提高，消费者对商品品质的追求越来越高，标明原产地成为商家的一大销售卖点。与此相关的标志即为地理标志，即标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。地理标志，可以作为证明商标或者集体商标申请注册，比如“西湖龙井”“阿克苏苹果”“库尔勒香梨”证明商标等。注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。经营者在提供的商品中如为了标明产地使用地理标志需合理规范使用，否则存在侵权的风险。

### 案例三

原告无锡市惠山区阳山水蜜桃桃农协会在第 31 类商品桃子上享有“阳山”地理标志证明商标，被告在拼多多店铺销售桃子并在商品名称中使用“阳山”，原告认为被告的行为侵犯其注册商标专用权，被告则认为其使用属于标注产地的正当使用，不构成商标侵权



人民法院经审理认为,地理标志可以通过申请证明商标或者集体商标获得商标权的保护,但其保护范围受到限制。即商品符合使用地理标志条件的自然人、法人或者其他组织,即使未向证明商标权人申请使用该证明商标或者申请加入以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织,其仍有权正当使用该证明商标或者集体商标所包含的地理标志。如果特定商品的确产自地理标志核定的地域范围,除非存在相反证据证明该商品不具备地理标志要求的特定品质,否则,应当推定该商品符合使用地理标志的条件,该商品的生产者、销售者等有权正当使用地理标志。被告在被告侵权商品链接中使用的“阳山”与涉案商标仅存在字体的区别,而且其使用方式能够起到识别商品来源的作用,故判断上述使用是否构成商标侵权的关键在于被告销售的水蜜桃是否产自于其所陈述的无锡市阳山镇等地,进而是否会导致相关消费者发生混淆误认。

综合被告提交的证据,2020年7、8月份,被告销售的水蜜桃来自于无锡市阳山镇,被告在销售时有权正当使用“阳山”字样以说明水蜜桃的产地,但其他时间段的销售并无充分证据证明水蜜桃的产地亦来自于阳山地理标志核定的地域范围,被告在标题中使用“正宗无锡七彩阳山水蜜桃”字样的行为,容易导致消费者的混淆误认,构成商标侵权。最终判决被告停止侵权,并赔偿原告经济损失及合理费用共计2万余元。

## 第二部分

### 侵害商标权纠纷案件审理思路

《商标法》第五十七条除了兜底条款外,规定了六种侵犯注册商标专用权的行为,其中,前三种是司法实务中较为常见的企业涉商标侵权情形。即:未经商标注册人的许可,在同一种商品(包括服务,以下同)上使用与其注册商标相同的商标的;在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标,容易导致混淆的;销售侵犯注册商标专用权的商品的,均属侵犯注册商标专用权。



审查路径概括如下图



△图片来源：上海杨浦法院微信公众号

判断被告是否构成商标侵权应从被告使用标识是否属于商标性使用、被告使用的标识与原告的注册商标是否构成相同或者近似、被告使用的商品是否与原告注册商标核定使用的商品是否构成相同或者近似、被告的使用行为是否容易导致混淆等方面来认定。以下三方面是审查的重点：

### （一）被诉侵权行为性质

需要对被诉侵权行为属于描述性使用、指示性使用还是商标性使用进行认定。《商标法》第四十八条规定，商标的使用是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。如果被告的使用仅是在为了说明其所提供的商品或服务的名称、产地等必要范围内使用或者仅是指示商品或服务的真实信息，则属于描述性或指示性使用，不构成商标侵权。

《商标法》第五十九条第一款规定，注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及



其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。在具体案件审理中，构成合理使用要符合下列条件：

1 使用行为是善意和合理的，并未将他人商标标识作为自己商品或服务的标识使用；

2 使用行为是必要的，仅是在说明或者描述自己经营的商品或服务等必要范围内使用；

3 使用行为不会使相关公众产生任何混淆和误认。概括来说，就是考察被诉侵权行为的目的是使用方式，是否符合商业的诚实惯例，具体可以从以下两点来判断：一是使用目的，被告提供的商品或服务是否与其使用的标识一致；二是使用方式，被告有无将该标识作为识别自己商品或服务来源的方式使用，有无超过必要范围。

## （二）商标比对

如果被诉侵权行为构成商标性使用，需要进行下一步的商标比对，包括将被告使用的标识与原告商标进行比对以及对双方商品或服务类别进行比对。根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》的相关规定，商标相同，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，二者在视觉上基本无差别。商标近似，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。

简言之，相同类别相同商标无需进行混淆的认定即构成商标侵权，相同类别近似商标或者类似类别相同或近似商标，容易引起混淆的构成商标侵权，没有引起混淆的不构成商标侵权。

## （三）混淆的认定

判断是否容易引起混淆和误认要综合考虑请求保护商标的显著性和知名程度、商标标识的近似程度、被控侵权标识使用方式等因素。就权利商标本身显著性、知名度来说，综合商标的内在特征，包括商标是否包含指定商品或服务的叙述成分；商标的市场份额；商标使用的强度、广度及长短；原告宣传该商标的投入等进行综合判断。





在被告主张描述性使用抗辩的商标侵权案件中，原告商标往往既存在诸如地名、历史人文等内容的第一含义，亦存在承载商标商誉的第二含义，显著性较低，属于商标的弱保护，若原告商标在经营中取得知名度越高，则引起公众混淆的可能性就越大。就被控侵权标识使用方式来说，如果被告没有将涉案标识较其他文字更为突出、独立、醒目的使用，且明确标注了商品或服务的来源信息，不会引起相关公众混淆和误认，则一般可以认定被告的使用行为是善意和合理的，属于描述性/指示性使用，不构成商标侵权。

### 第三部分

#### 企业商标侵权风险的防范提示

##### （一）树立品牌意识

在现代经济中，品牌是企业的战略性资产和核心竞争力。企业应树立良好的品牌意识，积极主动申请注册商标，在商标申请期间，应密切关注商标注册情况，同时还应注意查阅《商标公告》，一旦发现他人申请注册的商标与自己的商标相同或近似，应当及时提出异议或争议。商标注册后，应依法正确使用注册商标，在使用过程中不可随意改变注册商标的图样，如果确定要改变商标图样的，应将改变后的图案申请注册商标。同时，应防止注册商标退化为其核定使用的商品的通用名称或者没有正当理由连续三年不使用的情形，否则任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。

##### （二）杜绝“傍名牌”“搭便车”心理

企业在经营中应恪守诚信商业道德，尊重他人知识产权，增强自主创新的意识，避免恶意抄袭、摹仿等“傍名牌”“搭便车”的商标侵权行为，共同营造法治化营商环境，否则构成侵权，应承担相应的法律责任。

##### （三）善用法律武器

对于商标权利人来说，需要经常对市场进行调查，一旦发现侵权嫌疑，应及时加以制止，如果有初步证据可以确定侵权行为的，还可以向工商行政管理机关投诉或向法院起诉。向法院起诉时，除提交侵权证据外，还可提交商标知名度、使用情况及原告因侵权遭受的损失、被告因侵权所获利益或者商标授权许可费相关证据。



对被告来说，应积极抗辩、充分举证。比如，被告使用标识的时间早于原告商标申请和使用时间，则被告可以提出在先使用抗辩，提交使用在先并具有一定知名度的证据，如果抗辩成立则不构成商标侵权并可以在原使用范围内继续使用。又如，如上文所述，根据具体案件情况，被告还可以提出合理使用抗辩、不混淆抗辩、三年未使用抗辩等等。

来源：上海杨浦法院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/159QK6wp9Vwf8oDC8YsahQ>



## 第 131 期 | 有限责任公司涤除公司登记事项相关问题研究 —— 从商事审判视角出发

### 有限责任公司涤除公司登记事项相关问题研究 —— 从商事审判视角出发

#### 作者简介

毛海波，法学博士，上海市浦东新区人民法院副院长。

壮春晖，法律硕士，上海市第一中级人民法院商事审判庭副庭长。

管璇，法学硕士，上海市黄浦区人民法院商事审判庭审判员。

近年来，受人民法院加大执行力度、限制被执行人高消费以及公司内部竞业禁止规定等因素影响，公司法定代表人或董事、监事、高级管理人员起诉公司要求涤除或变更工商登记的案件明显增加，但在案件的处理思路上略存差异。本文谨以有限责任公司为研究对象，对涤除登记纠纷案件中涉及的主要争议进行梳理，结合走访调研、案例研究，论证提出涤除登记商事纠纷案件的裁判路径，构建集公司内部救济、登记机关沟通协调与案件实体审理于一体的“三合一”审理模式，以期对统一裁判思路、提高审判质效有所助益。

#### 一、法定代表人或高管涤除公司登记纠纷案件的现状与趋势

##### （一）涤除公司登记纠纷的定义

学理上通常认为“涤除”是一个物权法概念，是指取得抵押财产所有权的受让人通过代替债务人清偿抵押担保的全部债务而消灭抵押权，从而得以清除抵押担保登记。“涤除公司登记”这一概念由此引申而来，是指公司的法定代表人或董事、监事、高级管理人员等相关人员要求清除其在工商登记信息上公示的身份信息或任职信息，“涤除公司登记纠纷”并不是最高人民法院《民事案件案由规定》中确定的案由分类，相关案件案由多为“请求变更公司登记纠纷”或“姓名权纠纷”。



本文从商事审判视角出发，将研究对象限缩于“请求变更公司登记纠纷”案件。因此，本文语境中的“涤除公司登记纠纷”，是指公司的法定代表人或董事、监事、高级管理人员等相关人员向法院起诉，请求法院判决其并非或不再担任其在企业信用信息公示系统上的身份或职务的纠纷案件。

## （二）相关案件的调研情况

笔者对上海四家基层法院商事条线相关案件情况进行了调研。以涤除公司登记案件为例，2019 至 2022 年间，该四家法院共受理涉有限责任公司涤除登记类案件 188 件，已审结 172 件。已结案件中，判决支持原告诉讼请求 82 件（占比 48%），驳回原告诉讼请求 15 件，裁定撤诉或按撤诉处理 61 件，调解结案 7 件，其他结案方式 7 件。

上述案件中，以法定代表人或董事、监事、高级管理人员的退出原因作为分类标准，可以划分为冒名型、挂名型（含股权代持型）、离职退出型、控制权变动型（包括僵局型或股权转让型）四种主要类型。在上述调研中，这四类案件共 161 件，占比 86%。

### 1. 冒名型

冒名型涤除登记纠纷，是指原告被登记为法定代表人或董事、监事、高级管理人员，本人完全不知情，任职并非基于其本人的真实意思表示。这类案件的被告存在两种情形：一是被告公司实际另有他人经营控制，另一种则是公司实际上未经营或已停业，无法确认实际控制人。

### 2. 挂名型

挂名型涤除登记纠纷，是指原告与被告公司或实际控制人达成合意，由原告作为名义上的法定代表人，此时原告担任法定代表人或高管是一种虚伪意思表示。

### 3. 离职退出型

离职退出型涤除登记纠纷，是指原告不再担任董事长、执行董事、经理等具备法定代表人身份条件的职务，或已从被告公司离职，而公司尚未选出新的法定代表人或董事、监事、高级管理人员，从而导致原告通过诉讼请求涤除其在公司内的任职或工商登记信息。



#### 4. 控制权变动型

控制权变动型涤除登记纠纷，是指原告任职业意真实，是掌握公司决策的法定代表人或真实履职的董事、监事、高级管理人员，后因情况变化，该法定代表人或高管按公司内部程序不能卸任，只能通过诉讼请求涤除登记。此类型纠纷中不能卸任的主因多源于公司控制权争议，导致公司方不配合办理变更登记。又可分为两种具体情形：一是因股权转让，原法定代表人不再具有股东身份或实际控制权，或公司高管的委派方不再具有公司控制权；二是因长期缺乏正常公司治理或长期不经营，出现公司僵局。

##### （三）涤除登记纠纷的诉源分析

有观点认为，近年来涤除登记纠纷案件的激增原因部分在于 2015 年最高人民法院修改了《关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》（以下简称《限制高消费规定》）第三条。根据原《限制高消费规定》第三条第二款，对单位被执行人的相关责任人员进行限制时必须证明其以单位财产实施相关消费行为，且相关责任人员范围为被执行人的“法定代表人、主要负责人、影响债务履行的直接责任人”，而修改后的条文扩大相关责任人员范围至被执行人的实际控制人，直接推定该四类责任人员的消费行为与单位公务消费有关，对其采取限制消费措施。根据《限制高消费规定》，作为公司登记的法定代表人或者董事、监事等其他影响债务履行的直接责任人，均有可能被列为失信被执行人。

因此，在实践中出现被冒用身份证登记为上述人员，直至被执行限制消费措施才知晓冒用事实的原告，通过起诉涤除登记纠纷否认登记身份。与此同时，部分基于股权代持、股权转让或离职而认为自己不应再被登记为相应职务的人员，由于公司不配合出具相应决议或证明文件，导致不能直接申请变更登记，或在行政诉讼中亦不能得到妥善救济，从而产生上述挂名型、离职退出型或控制权变动型涤除登记纠纷。



## 二、涤除公司登记纠纷案件需要考量的几个理论问题

### （一）公司登记事项的效力问题

在我国，公司登记属于行政许可还是行政确认？亦即，公司登记采登记生效主义还是登记对抗主义？这个问题对于解决公司登记事项涤除问题具有重要意义。

公司登记事项作为法律事实的名单记录，因公示产生公信。在公司登记中，相关事项一经登记就产生公示效力，这是外观主义原则在公司登记制度中的贯彻。而我国的公司登记机关是行政机关，基于行政机关本身的公信力，对相关登记事项作出行政确认，增强了其可信度，这是为了实现信赖保护目标而构建的具体制度设计。

根据《中华人民共和国行政许可法》第十二条第一款第五项，企业登记是一种行政许可。在登记生效主义下，登记机关既负责登记又审查批准。从《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）和原《中华人民共和国公司登记管理条例》等相关规定来看，法定代表人是公司的基本登记事项，通常认为属于公司自治范畴，被登记公司如果未通过决议产生新的法定代表人并向工商行政管理部门申请变更，法院无法强制行政部门涤除登记。

然而，国家市场监管总局在 2020 年 6 月 15 日发布《关于〈中华人民共和国商事主体登记管理条例（草案）〉公开征求意见的通知》时指出：“草案将商事主体登记的性质界定为通过登记确认商事主体资格和一般经营资格，既否认了商事登记是对商事主体的许可，又保留了商事登记的创设力。”该观点最终落实到 2022 年 3 月 1 日施行的《中华人民共和国市场主体登记管理条例》第三条，即“市场主体应当依照本条例办理登记。未经登记，不得以市场主体名义从事经营活动”。可见，公司法人的资格取得，须经注册登记，在设立登记事项被行政机关作为一种法律事实而加以确认时起，公司取得法律地位，反之不能取得法人资格。需要注意的是，经行政确认的公司登记，不是对既有公司主体的确认，即创设的不是既有的公司主体本身，而是创设公司的经营资格，确立公司作为营利法人对内对外的关系。由此可见，公司登记事项呈现出从登记生效主义向登记对抗主义演化的发展趋势。



## （二）司法介入与公司自治的边界问题

公司自治是公司治理的基石，也是市场优化资源配置的要求。当公司正常运行时，不涉及司法介入的问题。当外部市场失灵或内部治理失效时，公司自治失灵，此时产生外力介入的问题。通常认为，外力介入的形式主要体现为立法干预、行政干预和司法介入。较之立法和行政干预，司法介入仅在当事人提起诉讼时方得启动，仍然体现出相关人员的意思自治，具有被动性，且司法程序具备中立性和终局性。尽管司法程序具有上述优势，但司法的谦抑性要求司法应审慎介入公司自治。

对于司法介入与公司自治的边界把握，可从以下三个维度进行考量：一是在司法介入相对于其他解决措施能产生较为明显的比较优势的情况下方得介入，反之则不符合效率原则。二是对于涉商业判断的公司内部事务，司法可拒绝介入；反之，如司法不介入将导致负外部性的公司治理问题，司法方得介入。三是用尽其他救济途径后，司法方得介入。

在涤除公司登记纠纷案件的处理中，如何寻找司法介入与公司自治的边界往往是不同观点的冲突所在，下文关于案件是否受理、原告的诉讼请求是否得获支持等问题争议及案例中均有体现。

## （三）行政诉讼与民事诉讼的路径选择困境

对于公司登记引发的纠纷，通过行政诉讼直接解决似乎是最为直接的方式。譬如，对于因行政登记机关审查过程中产生的瑕疵，公司法定代表人、股东等以申请材料不是其本人签字或者盖章为由，请求确认登记行为违法或者撤销登记行为，登记机关拒不更正的，人民法院可以根据具体情况判决撤销登记行为、确认登记行为违法或者判决登记机关履行更正职责。但是对于公司内部控制权变动、法定代表人或董事等离职产生的涤除请求，如果公司不予配合出具相关证明材料，则行政登记机关不予涤除或登记往往符合规章要求，即使原告提起行政诉讼，其诉讼请求往往也难以获得支持。

通过民事诉讼向被告公司主张履行变更登记义务是另一条路径。但此处面临两类困境：一是民事诉讼的受理是否需要以行政诉讼中无法获得救济为前提？因为根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第一百二十四条第一项，如果案件属于行政诉讼受案范围，则应不予受理或驳回



起诉。二是即使民事诉讼中原告胜诉，但若登记机关并无过错或违法事实，民事生效判决的效力与合法行政行为将产生冲突。

#### （四）对单位被执行人四类责任人员采取间接执行措施的意义

对单位被执行人的四类责任人员采取的限制消费，是一种间接执行措施。间接强制执行是指，执行机关不直接以强制力实现申请执行人之权利，而予被执行人一定之不利益，以迫使被执行人自行履行债务之执行。通过限制消费措施使相关人员直接感受到生产生活中的压力，从而产生心理压力，使其感受到因不履行生效法律文书确定的义务而导致的生产生活空间的挤压，促使其或单位被执行人主动履行义务，本质是一种执行威慑机制。

从这个意义上，法定代表人及主要负责人、影响债务履行的直接责任人、实际控制人通过提起涤除公司登记诉讼，不失为抗辩限制消费措施的一种救济手段。如何在保护相关责任人员合法权益和防止其滥用救济程序间取得平衡，是涤除公司登记纠纷案件处理中必须考量的问题。

### 三、审判实践中的主要争议

本文对调研中出现的典型案例进行梳理，认为目前司法实践中的主要争议问题集中在以下三方面：

#### （一）有限公司法定代表人或高管请求涤除工商登记是否属于民事诉讼受理范围

观点 1：公司高管工商登记事项产生对外公示效力，且申请登记主体为公司，属于人民法院民事诉讼的受理范围。最高法院（2020）最高法民再 88 号裁定应当受理，确立了“具有诉的利益，属于民事争议范围”，法院应当予以实体审理”的观点，所以此类案件法院应当受理，至于是否支持诉讼请求则需进一步实体审理。

#### 【案例 1】王某与赛瑞公司等请求变更公司登记纠纷案

最高法院再审认为，若法院不予受理王某的起诉，则王某因此所承受的法律风险将持续存在，而无任何救济途径。故王某对赛瑞公司办理法定代表人变更登记的诉讼请求具有诉的利益，该纠纷系平等主体之间的民事争议，属于人民法院受理民事诉讼的范围。王某该项诉讼请求是否具有事实和法律依据，是否应予支持，应通过实体审理予以判断。





观点 2：有限公司法定代表人或高管的任命与变更属于公司治理内部事项，工商登记属于行政机关行政管理范围，不属于人民法院民事诉讼的受理范围。

### 【案例 2】许某与华宝公司、厚润合伙企业请求变更公司登记纠纷案

法院认为，厚润合伙企业已经在企业登记机关办理了执行事务合伙人的变更，现许某要求华宝公司、厚润合伙企业完成厚润合伙企业税务登记证法定代表人变更登记事宜，不属于人民法院受理请求变更公司登记纠纷范围，因此裁定驳回许某的起诉。

### 【案例 3】陈某与志乐公司请求变更公司登记纠纷案

一审法院认为，根据志乐公司临时股东大会决议，志乐公司的法定代表人即执行董事已变更为陈某，且志乐公司章程中载明公司的法定代表人由执行董事担任，故支持陈某请求变更公司登记的诉请。二审法院认为，公司申请变更登记事项属于行政机关的行政管理范畴，陈某向法院起诉要求变更志乐公司法定代表人、执行董事的登记，因无法律特别规定，故该变更登记事项不属于人民法院的民事案件受理范围，因此裁定撤销一审判决，驳回陈某的起诉。

### （二）受理后，是否判决支持涤除或变更登记诉请

观点 1：公司高管离职（离职退出型）或与公司自始无关联（冒名型），无法通过召集股东会或董事会等方式作出决议的，为保护公民合法权益，有权要求公司涤除其工商登记。判决负有涤除或变更义务被告公司，如果未履行判决，需要承担不利后果。

观点 2：公司高管直接诉请变更工商登记的，应当具有合法有效的依据，通常指形成有效决议，否则不予支持。具体处理结果上又分为驳回诉讼请求和裁定驳回起诉。

### 【案例 4】吴某与睿志公司请求变更公司登记纠纷案

一审法院认为，法定代表人的任免源于公司章程的规定，属公司自治的内容。吴某要求涤除工商登记上法定代表人一栏中吴某名字，但并无股东决议变更法定代表人的证据或其已提请要求变更公司法定代表人的相关材料，对吴某的诉请不予支持。二审法院认为，吴某并未实际参与公司经营管理，可以认定其仅系睿志公司名义上的法定代表人；吴某提交了其于涉诉前向公司股东提出



辞去法定代表人的相关证据，其与睿志公司之间的委托合同关系已丧失继续有效存续的基础；睿志公司长期停止经营，目前处于待注销登记阶段，吴某无法通过召集股东会等公司自治途径就法定代表人变更事项进行协商后作出决议，睿志公司或股东也从未作出意欲变更法定代表人的意思表示。为保护吴某作为普通公民的合法权益，考虑到睿志公司目前的实际情况，二审法院撤销一审判决，对吴某要求睿志公司至相关部门涤除其作为法定代表人的登记事项的诉讼请求予以支持。

### （三）判决生效后的审执衔接问题

观点 1：判决涤除的最大难题在于无法执行，在法院与市场监管部门尚未协调一致的情况下，法院作出的判决不仅无法确保原告在相关公司的登记公示信息中被涤除，甚至会造成公司登记制度的更大混乱，影响市场交易的稳定、安全。

观点 2：执行难并非拒绝此类案件审理和裁判的理由，对于被告公司，若其不履行生效裁判文书判令的变更义务，应承担相应的不利后果，如行政处罚，或由原告另行主张损害赔偿。

### 【案例 5】孟某与良森公司等请求变更公司登记纠纷案

法院认为，孟某起诉实质是要求良森公司形成变更执行董事、法定代表人的公司决议，而公司决议的形成属于公司内部治理范畴，在良森公司没有做出相关的公司决议之前，本案不具有可诉性。且孟某的诉请属于公司内部治理问题，因为我国公司法未提供司法救济途径，自然也无配套的行政法律规范，公司登记机关在公司法定代表人登记上不可能空白，故即便曾有判例做出涂销登记的判决，孟某在执行过程中亦不能实现变更登记之目的。因此，裁定驳回起诉。

## 四、涤除登记纠纷的裁判路径构建

### （一）前提：商事案件不以行政行为的合法性审查为前置条件

在救济途径选择上，对于原告符合通过行政诉讼请求登记机关予以变更登记的条件，亦符合通过民事诉讼起诉公司进行变更登记条件的，原告是否需先行提起行政诉讼，实践中存在不同观点。笔者认为，即使采穷尽救济手段方得司法介入原则，指向也是原告是否已穷尽公司内部救济手段。若要求原告先行

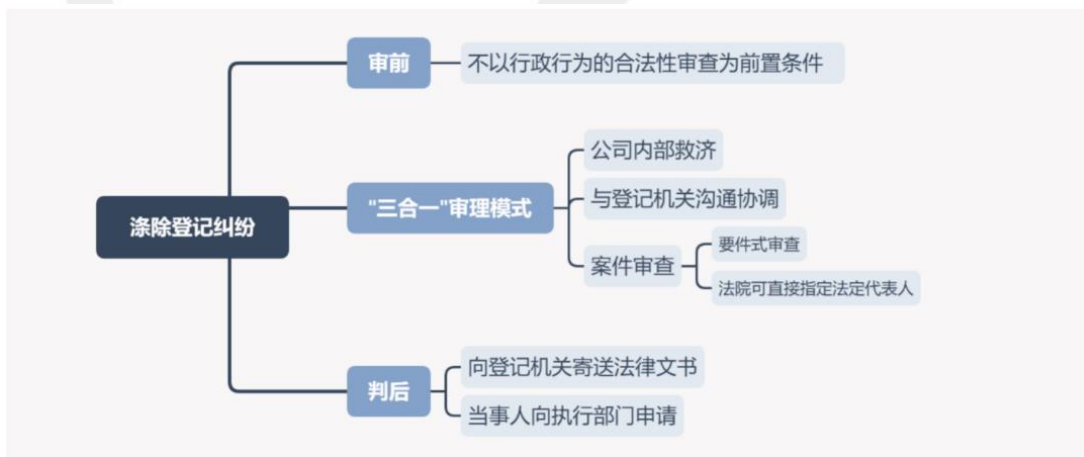


提出行政诉讼，未得救济后再行提起民事诉讼，无疑增加诉讼成本，也可能导致民事裁决与行政裁决相冲突的情形出现。故应尊重原告自主选择权，允许其直接起诉被告公司请求变更公司登记。

那么是否可以在涤除登记纠纷的处理中，将民事审判与行政审判合并进行，法院一方面审核登记机关是否存在违法行为，另一方面审核公司股东决议等民事关系，从而避免当事人再诉产生的反复诉讼的成本呢？笔者认为，此种创造性做法虽然可以一定程度上减轻讼累，但在目前的法律规定和审判体系下，在商事案件中对登记机关的行政行为作出认定，尚欠法理依据，亦与专业化审判的制度目标相悖。根据《民事诉讼法》第一百二十四条第一项，如果案件属于行政诉讼收案范围，如诉请为直接请求工商登记机关变更或涤除登记，则应告知原告另行起诉，若原告不同意撤诉，则裁定驳回起诉。除此之外，符合民事案件受理条件的，可就原告的诉讼请求进行审理。

## （二）审查：构建涤除登记纠纷的“三合一”审理模式

为更加妥善处理公司涤除登记纠纷，做到案结事了，避免生效裁判不能得以执行的低效局面，有必要构建涤除登记纠纷的“三合一”审理模式，将公司内部救济、登记机关沟通协调与案件实体审理同步进行。



△图片来源：中国上海司法智库微信公众号

在有被告公司到庭应诉的案件中，法院应积极组织调解，可向原告释明公司内部可能的救济路径，同时向被告释明可能面临的诉讼风险，促成公司一方与原告协商解决。通过案件审理，对于发现确实存在身份证遗失、当事人与登



记企业没有投资关系、申请材料中的签名与当事人签名不一致等情况的，应积极与行政登记机关沟通协调，建议登记机关启动内部自行纠正程序，直接、高效化解争议。与此同时，法院对案件事实进行审理、固定，若通过公司内部救济、登记机关沟通均无法妥善解决，则应及时裁判。

值得探讨的一个问题是，法定代表人是公司的必要登记事项，同时也是公司章程应当载明的事项。当在案证据能够支持原告涤除法定代表人身份的诉讼请求，但因被告公司无法送达、未到庭应诉，或被告方无法提供涤除原告登记后变更登记的人选，法院能否直接判决涤除？是否需要在判决书中直接指定变更后的法定代表人？

正常办理变更登记的流程是，法定代表人变更经股东会决议通过，登记机关依公司申请，依照公司决议内容，变更登记新的法定代表人。但进入涤除登记纠纷诉讼后，正常决议流程往往已不可行，法院如果仅判决涤除法定代表人而未指定变更后人选，登记机关将无法办理变更登记手续，实际上并未解决原告的困境。

笔者认为，在案件审理过程中，即应注意对该问题的审查，包括公司经营状况、公司实际控制权的事实认定。若被告应诉，则向被告释明：公司应当在一定期限内决议选出新的法定代表人，如果被告不予配合，则法院可根据已查明的公司情况，指定由公司大股东或实际控制人担任法定代表人。若被告无法送达或实际上无法达成有效决议，此时根据原告举证，如果法院可以查清事实，证实大股东或控股股东存在不愿出庭或逃避出庭等情形，则可直接判决指定该大股东或控股股东为法定代表人。极特殊情形下，若原告无法提供被告公司的股东情况，则可建议原告通过公司注销、申请公司解散等程序解决。

### （三）判后：与执行机构和登记机关的沟通

作出生效判决后，就案件本身而言已经结案，而从帮助原告真正实现法益、达到涤除登记的诉讼目的角度，法院还可以从以下两方面着手：

一是协助原告与执行机构沟通。根据上海高院与上海市市场监督管理局 2020 年 12 月 14 日发布的《关于进一步规范协助执行机制的会议纪要》第 5 条、第 6 条，市场监督管理部门根据人民法院的协助执行要求，对于被执行人为公司的，应暂停办理公司登记机关变更业务；对于已被人民法院纳入失信被



执行人名单的公司，应暂停办理变更法定代表人和高级管理人员的业务。当涤除诉请被支持，原告可持生效判决书向法院执行部门申请解除相应执行措施，如将原告移出失信被执行人名单，从而解决前述程序障碍。如有需要，执行部门可直接向办理涤除登记案件的法官核实相关情况，提高办理效率。

二是向登记机关告知裁判结果。判决后，合议庭可根据原告申请，向相应登记机关寄送裁判文书，告知法院判决涤除原告身份或变更被告公司法定代表人的处理结果，从而一定程度上减轻原告与登记机关的沟通成本，便于办理变更登记。



长按  
二维码  
关注

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/ChictidcvjRV9NpC3LUYfw>



## 诉讼程序与法律适用：涉外民商事案件的审理要点

### 诉讼程序与法律适用：涉外民商事案件的审理要点



△图片来源：上海高院微信公众号

本期“办案心法”栏目“上海法院审判业务骨干”特别专题，邀请上海法院审判业务骨干，上海市高级人民法院民事审判庭（环境资源审判庭、执行裁判庭）副庭长、三级高级法官——成阳为我们梳理涉外民商事案件的审理要点。

涉外案件在诉讼程序和法律适用上均有其特殊性，随着涉外案件数量的攀升和类型纠纷的多元化，司法管辖权和准据法确定等问题更显复杂。修正后的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》），新出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《法律适用法解释二》）以及《最高人民法院关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》（以下简称《适用国际条约解释》）均自 2024 年 1 月 1 日起施行。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



在此背景下，有必要对涉外民商事案件审理中的重点问题进行梳理，明确涉外案件的程序和实体规则，通过案件的妥善处理营造市场化、法治化、国际化营商环境，维护我国主权、安全、发展利益。

## 01

### 定性：如何界定涉外案件

涉外民商事案件由专门的审判庭或合议庭审理。由于审判的专业化与集中化，该类案件在立案时即有必要进行涉外标识。因此，判断是否为涉外民商事争议是审理的首要一步。

#### 一、涉外民事关系的具体情形

涉外民商事审判主要审理**当事人、标的物、法律事实**等具有**涉外因素**的案件。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）规定了“**涉外民事案件**”，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）规定了“**涉外民事关系**”，二者指向相同。

表 1：涉外民事关系的认定

涉外情形	具体情形	《民诉法解释》	《法律适用法解释一》
当事人	一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织	第 520 条 第 1 款	第 1 条 第 1 款
	一方或双方的经常居所地在我国领域外 “经常居所地”：自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，但就医、劳务派遣、公务等情形除外	第 520 条 第 2 款	第 1 条 第 2 款 、 第 13 条
标的物	标的物在我国领域外	第 520 条 第 3 款	第 1 条 第 3 款
法律事实	产生、变更或消灭民事关系的法律事实发生在我国领域外	第 520 条 第 4 款	第 1 条 第 4 款

△图片来源：上海高院微信公众号



注：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》简称《法律适用法解释一》

审理中，在涉及公民离境的情形下，可要求其提供出入境记录并询问离境原因，以便查明是否为涉外民事案件。

## 二、涉外主体的授权委托书证明

《取消外国公文书认证要求的公约》自 2023 年 11 月 7 日起在我国生效实施。常见的“公文书”包括在境外形成的公证文书、法院裁判文书、行政文书等。对于在对我国加入公约不持异议的缔约国领土内形成的公文书，在 2023 年 11 月 7 日后当事人仅需提交符合公约要求的附加证明书，即授权委托书从“公证+认证”转为“公证+附加证明书”，以符合在我国领域内没有住所的当事人委托代理人参加诉讼提交授权委托书的要求（《民事诉讼法》第 275 条）。

## 02

### 管辖：何处受理涉外案件

#### 一、主管：仲裁协议效力的审查与报核

在跨境交易的合同拟定中约定仲裁管辖是常见的争议解决约定。在民事诉讼中，如当事人提出存在仲裁协议而不应由人民法院受理，人民法院作出不予受理、驳回起诉、管辖权异议的裁定，当事人就此上诉的，二审法院拟认定**仲裁协议效力存在问题（包括协议不成立、无效、失效、内容不明确无法执行）**，须逐级报核。就涉外民商事案件的管辖争议，高级人民法院经审查拟同意仲裁协议无效的，应当向最高人民法院报核，并依**最高人民法院的审核意见作出裁定**。

#### 二、地域管辖

##### （一）涉外案件的专属管辖

《民事诉讼法》修正增加了涉外案件专属管辖的范围，规定了三类专属管辖：

一是在我国领域内设立的法人的设立、解散、清算、决议效力等纠纷；

二是与我国领域内审查授予的知识产权有效性有关的纠纷；

三是在我国领域内履行中外合资合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生的纠纷（《民事诉讼法》第 279 条）。





## （二）涉外案件的协议管辖

### 1. 不要求协议选择的人民法院与争议有实际联系

《民事诉讼法》修正未要求纠纷与协议选择的法院地有实际联系，实际是将《中华人民共和国民事诉讼法》第 8 条的规定扩大适用至所有涉外民事纠纷，即涉外民事纠纷的当事人书面协议选择人民法院管辖的，可以由人民法院管辖（《民事诉讼法》第 277 条）。

### 2. 可协议选择与争议有实际联系的外国法院管辖

尽管如此，属于我国法院专属管辖的案件，当事人不得协议选择外国法院管辖，但协议选择仲裁的除外（《民事诉讼法解释》第 529 条）。

### 3. 未言明时推定为排他性管辖协议

如当事人签订的管辖协议明确约定由一国法院管辖，但未约定该管辖协议为非排他性管辖协议的，应推定该管辖协议为排他性管辖协议。

### 4. 非对称管辖协议通常认定为有效

涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人签订的管辖协议明确约定一方当事人可以从一个以上国家的法院中选择某国法院提起诉讼，而另一方当事人仅能向一个特定国家的法院提起诉讼，当事人以显失公平为由主张该管辖协议无效的，人民法院不予支持；但管辖协议涉及消费者、劳动者权益或者违反《民事诉讼法》专属管辖规定的除外。

## （三）涉外案件的特殊地域管辖

对在我国领域内没有住所的被告提起除身份关系以外的诉讼，《民事诉讼法》将管辖连结点列举为：合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地、代表机构住所地。

《民事诉讼法》修正增加一款，即**涉外民事纠纷与我国存在其他适当联系的，可以由人民法院管辖**（《民事诉讼法》第 276 条第 2 款）。

## 三、级别管辖

上海等九省市中级人民法院管辖以下第一审涉外民商事案件：诉讼标的额人民币 **4000 万元及以上**；案情复杂或者一方当事人人数众多的；其他在本辖区有重大影响的。高级人民法院管辖诉讼标的额人民币 **50 亿元及以上**或者其他在本



辖区有重大影响的第一审涉外民商事案件。（《最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》，法释〔2022〕18号）

#### 四、平行诉讼与不方便管辖

《民事诉讼法》修正将关于平行诉讼、不方便管辖的规定从 2005 年《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》和《民诉法解释》的层面上升为法律。

##### （一）平行诉讼

对于当事人就同一纠纷在两国法院提起的平行诉讼，人民法院依照《民事诉讼法》有管辖权的，可以受理；当事人订立排他性管辖协议选择外国法院管辖且不违反《民事诉讼法》对专属管辖的规定，不涉及我国主权、安全或者社会公共利益的，可以裁定不予受理或驳回起诉（《民事诉讼法》第 280 条）。

根据国际礼让原则，亦是为避免平行诉讼带来的讼累，《民事诉讼法》修正同时规定：外国法院已经先于人民法院受理的，人民法院可依申请裁定中止诉讼，除非当事人协议选择我国法院，或者属于我国法院专属管辖，或者我国法院是方便管辖（《民事诉讼法》第 281 条第 1 款）。

##### （二）不方便管辖

《民事诉讼法》修正亦遵循国际通行规则，增加了“不方便法院”的规定。被告对涉外民事案件提出管辖异议的，且同时有下列情形的，可以裁定驳回起诉，告知原告向更为方便的外国法院提起诉讼。该等情形包括：（1）案件争议的基本事实不是发生在我国领域内，人民法院审理案件和当事人参加诉讼均明显不方便；（2）未协议选择我国法院管辖；（3）不属于专属管辖；（4）不涉及我国主权、安全或者社会公共利益；（5）外国法院审理案件更为方便（《民事诉讼法》第 282 条第 1 款）。

### 03

#### 法律适用：如何确定准据法

在涉外民事关系的定性以及争议的管辖问题确定之后，即进入案件的实体审理阶段。确定准据法，是涉外民商事案件审理的关键问题。



## 一、法律关系性质的判定

根据不同法域的法律对同一事实进行定性可能产生不同的结果，从而适用不同的冲突规范，进而导致适用不同法域的实体法，乃至影响裁判结果。因此，根据何地法律判断法律关系的性质至关重要。我国法院在审理涉外民商事纠纷时，应根据我国法律对相关法律关系进行定性，即涉外民事关系的定性，适用法院地法律（《法律适用法》第 8 条）。

只有先对法律关系进行定性，才能够依据法律关系的性质选择相应的冲突规范。因此，法律关系性质的判定是依据冲突规范确定准据法的前置步骤。



△图片来源：上海高院微信公众号

## 二、强制性规定的直接适用

准据法是经冲突规范指定援用来调整涉外民事关系的特定国家的法律。然而，并非所有法律适用均系通过冲突规范指引，尤其需要注意强制性规定的直接适用。

### 1. 强制性规定的内涵

我国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定（《法律适用法》第 4 条）。这里的“强制性规定”，是指涉及我国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定。主要包括涉及劳动者权益保护、食品或公共卫生安全、环境安全、外汇管制等金融安全，以及反垄断、反倾销等认定为强制性规定的实体规定（《法律适用法解释一》第 8 条）。此外，“应当认定为强制性规定的其他情形”还包括涉及跨境监管的领域，如 2017 年修订的《外商投资产业指导目录》



中的外商投资准入负面清单，2021 年《中华人民共和国数据安全法》中规定的数据跨境安全等。

值得强调的是，强制性规定的适用是直接适用，并不是适用冲突规范的结果，盖因强制性规定体现着国家的重大政策和社会的核心利益，故而排除当事人意思自治的介入。

## 2. 强制性规定与公共秩序保留

强制性规定是指，因涉及我国社会公共利益，直接适用我国法律的强制性规定。公共秩序保留是指，在依照冲突规范适用外国法律或者国际惯例的，不得违背我国社会公共利益；外国法律的适用将损害我国社会公共利益的，适用我国法律（《法律适用法》第 5 条）。两种制度的法理基础不同，亦不应混用。

表 2：强制性规定与公共秩序保留的区别

强制性规定	公共秩序保留
<b>均有利于维护法院地的社会公共利益</b>	
(1) 无须冲突规范的指引；	(1) 系通过冲突规范指引适用，即先根据当事人选择或其他冲突规范指引到域外法，再对域外法适用结果进行判断；
(2) 直接适用我国法律，并不建立在适用域外法的基础上；	(2) 建立在适用域外法的基础上，因适用域外法将违背我国社会公共利益而不予适用域外法，转而适用我国法律；
(3) 主动适用，法院不可裁量。	(3) 被动适用，由法院在个案中进行判断与认定，司法实践须审慎认定损害社会公共利益，并加强裁判文书说理。

△图片来源：上海高院微信公众号



另外，应注意法律规避与公共秩序保留的区别。**法律规避是指，一方当事人故意制造涉外民事关系的连结点，规避我国法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应认定为不发生适用外国法律的效力**（《法律适用法解释一》第 9 条）。区别的关键是，在法律规避中，当事人存在规避强制性规定的故意，且存在制造连结点的行为，以达到规避法律的目的。而公共秩序保留则是由冲突规范所指引的域外法与冲突规范所属国的公共秩序相抵触引起的，**是域外法的适用结果问题，并不存在当事人的故意规避。**

审判实践中，在涉及我国社会公共利益的领域，首先需要考虑是否存在强制性规定的直接适用。尤其应注意区别并准确适用强制性规定和公共秩序保留的不同规定，避免错误适用域外法。

**办案心法**



△图片来源：上海高院微信公众号

### 三、协议选择适用法律

当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律（《法律适用法》第 3 条），此处的“明示选择”主要指协议选择，亦包括在诉讼中的口头选择（通常记入笔录）。须注意，**当事人协议选法受到国际条约的直接适用、强制性规定的直接适用、禁止法律规避等限制。**在该等限制范围外允许协议选法，体现了对当事人意思自治的尊重。

#### 1. 协议选法的范围

《法律适用法》将当事人选法从涉外合同领域扩展至代理、信托、仲裁协议、夫妻财产关系、动产物权、侵权、不当得利与无因管理、知识产权等。



表 3：当事人协议选择法律适用的范围

	《法律适用法》	选择范围	无选择时的适用
民事主体	委托代理 (第 16 条)	无限制	代理行为地； 代理关系发生地（对内）
	信托 (第 17 条)	无限制	信托财产所在地、信托关系 发生地
	仲裁协议 (第 18 条)	无限制	仲裁机构所在地、仲裁地
婚姻家庭	夫妻财产 (第 24 条)	一方当事人经常 居所地、国籍国、主要财 产所在地法律	共同经常居所地； 共同国籍国
	协议离婚 (第 26 条)	一方当事人经常 居所地、国籍国法律	共同经常居所地； 共同国籍国； 办理离婚手续机构所在地
物权	动产物权 (第 37 条)	无限制	法律事实发生时动产所在地
	运输中动产物权 发生变更 (第 38 条)	无限制	运输目的地
债权	合同 (第 41 条)	无限制	履行义务最能体现该合同特 征的一方当事人经常居所地 法律、其他与该合同有最密 切联系的法律
	侵权责任 (第 44 条)	无限制	共同经常居所地； 侵权行为地
	消费者合同 (第 42 条)	消费者选择适 用商品、服务 提供地法律	消费者经常居所地
	产品责任 (第 45 条)	被侵权人选择 适用侵权人主 营业地、损害 发生地法律	被侵权人经常居所地
	不当得利 / 无因管理 (第 47 条)	无限制	共同经常居所地； 不当得利/无因管理发生地
知识 产权	知识产权转 让和许可使 用 (第 49 条)	无限制	法律适用法对合同的规定
	知识产权 的侵权责任 (第 50 条)	法院地法律	被请求保护地

△图片来源：上海高院微信公众号



当事人协议选法应符合法律规定的范围，我国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效（《法律适用法解释一》第 4 条）。

除了法律适用法的前述规定，《中华人民共和国票据法》（以下简称《票据法》）亦有当事人协议选法的规定：支票出票时的记载事项，适用出票地法律，经当事人协议，也可以适用付款地法律（《票据法》第 97 条第 2 款）。

## 2. 协议选法的其他问题

一是协议选法的时间。当事人协议选择或者变更选择适用的法律，须在一审法庭辩论终结前（《法律适用法解释一》第 6 条第 1 款）。但为方便审理以及双方争议焦点的明确，法庭仍应在审理中尽早提示当事人明确适用法律，以便在必要时及早进行域外法查明，提高涉外案件审理效率。人民法院可以召集庭前会议或者以其他适当方式，确定需要查明的外国法律的范围（《法律适用法解释二》第 6 条）。

二是默示选法的认定。各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的，可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律做出了选择（《法律适用法解释一》第 6 条第 2 款）。在此情况下，仍可在一审法庭辩论终结前明确选择或变更法律适用。

三是对同一案件中不同的权利义务关系，人民法院可确定不同的适用法律，当事人亦可选择不同的适用法律。

当事人可以依照法律规定选择适用法律，体现了涉外民事关系法律适用中的当事人意思自治原则。当事人的选择主要是明示选择；各方援引相同国家的法律且未提出法律适用异议，可认定为作出默示选择。

办案心法



△图片来源：上海高院微信公众号

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
 电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
 邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
 网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



#### 四、最密切联系原则的在后适用

根据《法律适用法》，该法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律（《法律适用法》第 2 条第 2 款）。

##### （一）最密切联系原则的适用条件

该原则的适用条件有三：一是不涉及强制性规定的直接适用；二是当事人亦未选择适用法律；三是《法律适用法》和其他法律对冲突规范没有其他规定。

只有符合上述条件，才应根据最密切联系原则确定准据法。尤其需要注意，避免将特殊地域管辖的牵连关系与最密切联系原则的适用相等同，避免在已有明确冲突规范的情况下仍适用最密切联系原则。

##### （二）最密切联系原则的适用方法

该原则既包括法律原则也包括具体规则，既规定于一般法中也规定于特别法中，在具体适用上应注意以下适用方法：

##### 1. 具体规则先于法律原则

在具体规则如《法律适用法》第 41 条有规定时（合同当事人未协议选法的，可适用与该合同有最密切联系的法律），无须再援引法律原则即《法律适用法》第 2 条。

##### 2. 特别规定优于一般规定

除《法律适用法》外，其他法律中也有关于最密切联系原则的规定：民用航空运输合同当事人没有选择适用法律的，适用与合同有最密切联系的国家的法律（《中华人民共和国民用航空法》，以下简称《民用航空法》第 188 条）；合同当事人没有选择适用法律的，适用与合同有最密切联系的国家的法律（《中华人民共和国海商法》，以下简称《海商法》第 269 条）。如争议属于上述特别规定，无须再援引一般规定，即其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的，依照其规定（《法律适用法》第 2 条第 1 款）。

##### 3. 最密切联系原则的补充性适用

即先依照《法律适用法》规定的准据法，在无法适用时再适用最密切联系原则。例如，依照《法律适用法》适用国籍国法律，自然人具有两个以上国籍的，

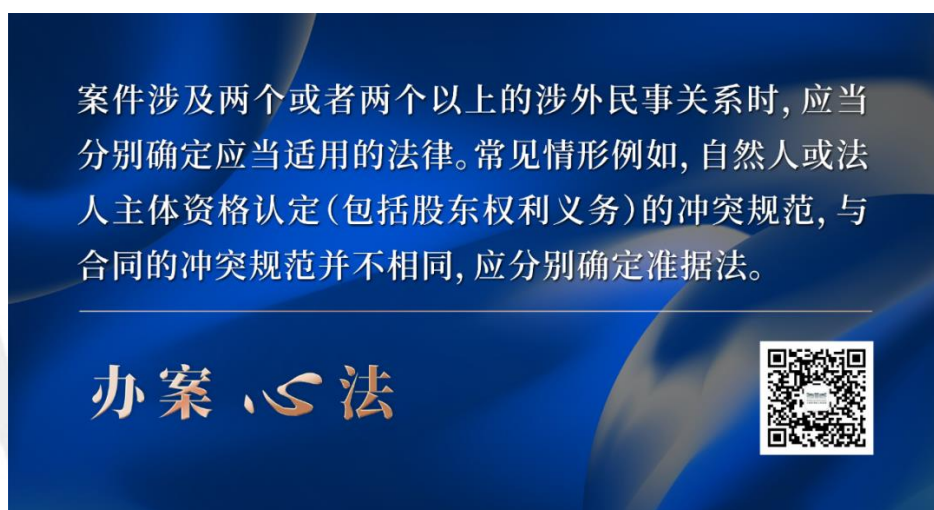




适用有经常居所的国籍国法律；在所有国籍国均无经常居所的，适用与其有最密切联系的国籍国法律（《法律适用法》第 19 条）。

#### 4. 最密切联系原则的选择性适用

即既可依照《法律适用法》规定的准据法，亦可适用最密切联系原则确定。例如，有价证券，适用有价证券权利实现地法律或者其他与该有价证券有最密切联系的法律（《法律适用法》第 39 条）。



△图片来源：上海高院微信公众号

## 04

### 国际条约：如何适用 CISG

《中华人民共和国对外关系法》第 30 条强调了“条约善意履行”的国际法原则，即“国家依照宪法和法律缔结或者参加条约和协定，善意履行有关条约和协定规定的义务”。国际条约在国内的适用有转化和并入两种模式。我国立法多采用并入的方式实现国际条约在我国的直接适用。例如，2024 年《民事诉讼法》第 271 条、2024 年《中华人民共和国外国国家豁免法》第 22 条、2021 年《中华人民共和国海上交通安全法》（以下简称《海上交通安全法》）第 121 条、2021 年《民用航空法》第 184 条第 1 款、2004 年《票据法》第 95 条第 1 款、1993 年《海商法》第 268 条第 1 款，等等。



《适用国际条约解释》第 1 条第 2 款明确,《海商法》《票据法》《民用航空法》《海上交通安全法》等单行法调整范围以外的涉外民商事案件以“参照单行法规定”的方式适用国际条约,同时承继《中华人民共和国民法通则》第 142 条第 2 款的规定,明确**我国缔结或参加的国际条约与我国法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但我国声明保留的条款除外**。实践中,在国际条约对案涉合同没有具体规定的情况下,而当事人在诉讼中已一致选择我国法律,则可适用我国法律确定当事人的权利义务【(2016)最高法民再 61 号/指导性案例 110 号】。

### 一、CISG 在我国的适用方式

《联合国国际货物销售合同公约》(简称 CISG 或公约)于 1988 年 1 月 1 日对我国生效,是实践中最常适用的民商事实体法条约。公约适用于国际货物买卖合同,即营业地在不同缔约国的双方当事人之间所订立的货物买卖合同。

CISG 第一条第(1)款规定:“本公约适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同:(a)如果这些国家是缔约国;或(b)如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律。”作为缔约国,CISG 在我国系直接适用,无须援引国内法中的冲突规则。直接适用的法理基础是缔约国对条约义务的遵守。

《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 19 条亦明确,营业地位于公约不同缔约国的当事人缔结的国际货物销售合同应当自动适用该公约的规定,但当事人明确约定排除适用该公约的除外。**人民法院应当在法庭辩论终结前向当事人询问关于适用该公约的具体意见**。关于国际条约适用与当事人意思自治之间的关系,《适用国际条约解释》第 3 条进一步予以明确,即**只有在国际条约允许的范围内,当事人才可以通过约定排除或部分排除国际条约的适用**。

### 二、CISG 的适用与当事人意思自治

我国对 CISG 第一条第(1)款(b)项提出保留,即仅同意公约适用于缔约国的当事人之间签订的合同。据此,CISG 在我国的适用可分为以下情形:

#### 1. 缔约国当事人约定适用 CISG

国际货物销售合同当事人的营业地所在国位于缔约国,将该当事人称为缔约国当事人。在缔约国当事人约定适用 CISG 的情况下,公约自然适用。



## 2. 缔约国当事人未约定准据法，未排除适用 CISG

缔约国当事人虽未约定适用公约，但只要当事人未排除公约适用，则当事人之间的买卖合同自动适用公约。

## 3. 缔约国当事人已约定准据法，未排除适用 CISG

缔约国当事人已约定买卖合同纠纷适用的准据法，但未排除公约适用，仍可适用公约进行审理。换言之，当事人如希望排除 CISG 的适用，须在诉讼过程中明确提出。

例如，双方当事人在合同中约定应当根据美国纽约州当时有效的法律订立、管辖和解释，该约定不违反法律规定，应认定有效。由于当事人营业地所在国新加坡和德国均为公约缔约国，美国亦为公约缔约国，且在一审审理期间双方当事人一致选择适用公约作为确定其权利义务的根据，并未排除公约的适用，一审法院适用公约审理是正确的。而对于审理案件中涉及到的问题公约没有规定的，应当适用当事人选择的美国纽约州法律。《〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》（其中认为双方当事人已经明确选择具体的法律作为法律适用时，已经明确排除 CISG 的适用）并非公约的组成部分，不能作为审理的法律依据。但在如何准确理解公约相关条款的含义方面，可以作为适当的参考资料。【最高人民法院（2013）民四终字第 35 号/指导性案例第 107 号】

## 4. 非缔约国当事人约定适用 CISG

一方或双方为非缔约国当事人，但约定适用 CISG 的，人民法院可参考《法律适用法》的规定，即当事人在合同中援引尚未对我国生效的国际条约的，人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务，但违反我国社会公共利益或我国法律、行政法规强制性规定的除外（《法律适用法解释一》第 7 条）。但这种适用是根据国际条约的内容判断权利义务，而非对 CISG 的直接适用。





△图片来源：上海高院微信公众号

### 三、CISG 条款的理解与适用

#### 1. 公约未规定问题的处理

如系争问题并非公约调整的范围，则须通过准据法解决。如系争问题属于公约调整范围但公约未作规定，则应依据公约第七条规定的解释公约的方法予以解决，即“(1)在解释本公约时，应考虑到本公约的国际性质和促进其适用的统一以及在国际贸易上遵守诚信的需要。(2)凡本公约未明确解决的属于本公约范围的问题，应按照本公约所依据的一般原则来解决，在没有一般原则的情况下，则应按照国际私法规定适用的法律来解决。”

#### 2. 公约不适用于合同效力

公约第四条规定：“本公约只适用于销售合同的订立和卖方和买方因此种合同而产生的权利和义务。特别是，本公约除非另有明文规定，与以下事项无关：(a)合同的效力，或其任何条款的效力，或任何惯例的效力；(b)合同对所售货物所有权可能产生的影响。”

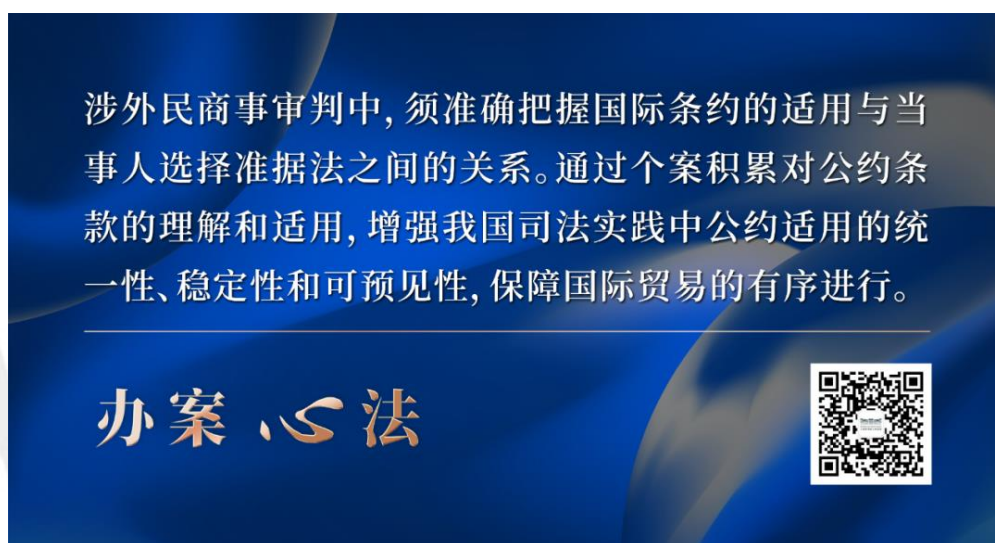
据此，公约不涉及合同效力问题。对于国际货物买卖合同的效力问题，在当事人没有选择适用法律时，可根据最密切联系原则确定准据法。

#### 3. 公约的宣告合同无效规定

公约规定的宣告合同无效制度实质等同于我国法律的合同解除制度。在审理我国企业与其他公约缔约国企业之间发生的国际货物买卖合同纠纷案中，应准确



理解和适用公约宣告合同无效制度。一方面，对于根本违约情形以及合同解除权行使的合理期间予以准确认定，不允许宣告合同全部无效，体现了公约基于诚信原则于第四十九条第（2）款规定的解约权限制性规定；另一方面，根据合同货物分批交付的特点，允许宣告合同部分无效，即予以部分解除，并由违约方赔偿守约方相应的经济损失。【（2019）苏 06 民初 429 号/最高人民法院第四批涉“一带一路”建设典型案例】



△图片来源：上海高院微信公众号

## 05

### 外国法律：如何查明域外法

涉外案件审理中的核心是确定适用的准据法；若准据法为域外法时，则须对域外法的内容予以查明，从而确保法律的准确适用。

#### 一、域外法查明的客体和主体

##### （一）查明客体

涉外民事关系适用的外国法律，不包括该国的法律适用法（《法律适用法》第 9 条）。据此，依我国冲突规范适用域外法时，不存在反致条件，即不包括该国的法律适用法而仅指该国的实体规范。



尽管如此，**域外法查明的对象既包括实体性规范，也包括程序性规范**，最为常见的是对当事人主体资格的查明。例如，在我国领域外登记设立的公司因出现公司僵局、解散、重整、破产等原因，已由登记地国法院指定管理人的，该管理人可以代表该公司参加诉讼；管理人应当提交登记地国法院作出的判决、裁定及其公证认证手续等相关文件证明其诉讼代表资格，人民法院应当对上述证据组织质证。

## （二）查明主体

对域外法性质的理解，有事实说和法律说的不同观点。一般而言，如将域外法视为法律，则应由人民法院依职权查明；如将域外法视为事实，则应由当事人负责提供。

我国采用人民法院依职权查明为主、当事人提供外国法为辅的方法查明域外法。“涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。”（《法律适用法》第 10 条第 1 款）

《法律适用法解释二》明确了两种具体情形：

**1. 当事人作为查明义务主体：**当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律（《法律适用法解释二》第 1 条第 2 款）。人民法院应当确定当事人提供外国法律的期限；当事人可以申请适当延长查明期限。

**2. 法院作为查明义务主体：**当事人未选择适用外国法律的，由人民法院查明该国法律（《法律适用法解释二》第 1 条第 3 款）。

## 二、域外法的查明与认定

### （一）查明途径

《法律适用法解释二》第 2 条第 1 款规定了人民法院查明域外法的 7 种途径，包括：

（1）由当事人提供（此处是指，人民法院作为查明义务主体的情况下，要求当事人协助提供域外法）；

（2）通过司法协助渠道由对方的中央机关或者主管机关提供；

（3）通过最高人民法院请求我国驻该国使领馆或者该国驻我国使领馆提供；



- (4) 由最高人民法院建立或者参与的法律查明合作机制参与方提供；
- (5) 由最高人民法院国际商事专家委员会专家提供；
- (6) 由法律查明服务机构或者中外法律专家提供；
- (7) 其他适当途径。

上述查明途径已经涵盖《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 8 条以及《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 21 条中的查明方式，并增加了“最高人民法院建立或者参与的法律查明合作机制参与方”这一查明方式。例如，就新加坡法律的查明，可以根据最高人民法院与新加坡共和国最高法院签署的《关于法律查明问题的合作谅解备忘录》进行。

值得注意的是，人民法院通过前款规定的其中一项途径无法获得外国法律或者获得的外国法律内容不明确、不充分的，**应当通过该款规定的不同途径补充查明**（《法律适用法解释二》第 2 条第 2 款）。人民法院依法适用外国法律审理案件，应当在裁判文书中载明外国法律的查明过程及外国法律的内容。

## （二）审查认定

《法律适用法解释一》第 16 条规定了人民法院对域外法的审查认定，《法律适用法解释二》对此加以细化和完善。

### 1. 审查

查明的外国法律的相关材料均应当在法庭上出示。人民法院应当听取各方当事人对外国法律的内容及其理解与适用的意见（《法律适用法解释二》第 5 条）。法律查明机构、法律专家可以出庭协助人民法院查明。**在程序启动上**，人民法院认为有必要时可以通知法律查明服务机构或者法律专家出庭接受询问；当事人也可以申请其出庭。**在参与方式上**，可以现场出庭；确有困难的也可以在线接受询问。但法律查明服务机构或者法律专家只围绕外国法律及其理解发表意见，不与其他法庭审理活动（《法律适用法解释二》第 7 条）。

### 2. 认定

(1) 当事人对外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认。



(2) 当事人对外国法律的内容及其理解与适用有异议的，应当说明理由；人民法院认为有必要的，可以补充查明或者要求当事人补充提供材料；当事人仍有异议的，由人民法院审查认定。

(3) 外国法律的内容已为人民法院生效裁判所认定的，人民法院应当予以确认，但有相反证据足以推翻的除外。（《法律适用法解释二》第 8 条）

### 3. 查明不能

(1) **当事人作为查明义务主体时：**当事人选择适用外国法律，其在人民法院确定的期限内无正当理由未提供该外国法律的，人民法院可以认定为不能查明外国法律（《法律适用法解释二》第 9 条第 2 款）。然而，不得仅以当事人对域外法内容存在争议为由认定不能查明域外法。【最高人民法院（2013）民四终字第 3 号】

(2) **法院作为查明义务主体时：**要求当事人协助提供域外法的，不得仅以当事人未予协助提供为由认定外国法律不能查明（《法律适用法解释二》第 2 条第 3 款）。人民法院通过由当事人提供、已对我国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律（《法律适用法解释一》第 15 条第 1 款）。

(3) **不能查明的处理：**不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用我国法律（《法律适用法》第 10 条第 2 款）。并且，应当在裁判文书中载明不能查明的理由（《法律适用法解释二》第 10 条）。

在法院作为查明义务主体时，应注重多途径查明域外法，谨慎认定查明不能的情形。尤其在普通法法域，既要充分关注就判例等出具的法律意见书，也应尽可能通过互联网、数据库等核实成文法的真实性和有效性。

办案心法



△图片来源：上海高院微信公众号

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 结语

涉外民商事审判是涉外法治工作的重要组成部分。做好涉外民商事审判工作，既要熟悉法律适用法、国际条约、国际惯例和常见域外法，亦要始终抱有研究未知域外法的兴趣与热情；既要注意在个案中保持涉外案件法律适用和裁判规则的统一性，更要提高对国际法重大前沿问题的敏锐度。**心怀热忱、不畏繁难**，方能见微知著、臻于至善，切实推进涉外审判工作的高质量发展。

## 作者介绍

**成阳**，浙江大学法学理论硕士，瑞典乌普萨拉大学国际法与比较法硕士，现任上海市高级人民法院民事审判庭（环境资源审判庭、执行裁判庭）副庭长、三级高级法官，曾任上海市第一中级人民法院商事审判庭副庭长。获评上海法院审判业务骨干，入选首批上海涉外法律人才库。主审案件曾入选中国法院年度案例、上海法院参考性案例、民营企业保护典型案例，撰写的论文、课题、类案、司法白皮书及录制的微课程多次获奖，参与编写《物权案件审判精要》等书籍，参与翻译《牛津公司法与公司治理手册》。

来源：上海高院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/OHY4vP6qWzRTxaiLM9iZ9Q>

### ◆ 特别声明：

此刊物以分享为本，仅供学习研究参阅，不视为弼兴律师事务所正式法律意见或建议。所有内容摘自政府、法院的官微、官网等，仅供参考使用。如有任何问题，欢迎随时与我们联系。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)

