

# 法律资讯汇编

## (2024 第 3 期)

上海王岩律师事务所  
2024 年 3 月

# 目 录

行业新闻—— 国家金融监督管理总局就《商业银行资本管理办法》 答记者问 .....	3
新法速递—— 国家金融监督管理总局发布《商业银行资本管理办法》 .....	8
案例解析—— 承揽合同纠纷案件的审理思路和裁判要点   类案裁判 方法 .....	79
业务研究—— 搜索关键词隐性使用的不正当竞争判定 .....	96
—— 知案知法   搜索关键词隐性使用的行为定性 .....	108

## 国家金融监督管理总局 就《商业银行资本管理办法》答记者问

来源：国家金融监督管理总局官网

日期：2023年11月1日

近为贯彻落实中央金融工作会议精神，全面加强金融监管，国家金融监督管理总局对《商业银行资本管理办法（试行）》（以下简称原《资本办法》）进行修订，进一步完善商业银行资本监管规则，推动银行强化风险管理水平，提升服务实体经济质效，形成了《商业银行资本管理办法》（以下简称《资本办法》），有关部门负责人就上述制度回答了记者提问。

### 一、《资本办法》公开征求意见情况如何？

2023年2月18日至3月20日，《资本办法》向社会公开征求意见，金融机构、行业协会、专家学者和社会公众给予了广泛关注。我们认真研究反馈意见，在深入调研与定量测算的基础上，合理吸收有关意见和建议。

与征求意见稿相比，《资本办法》主要在以下几方面进行了完善：一是结合相关业务风险特征，进一步校准部分风险暴露的风险权重，优化个别表外业务适用的信用转换系数。二是细化完善规则表述，使规则更易于理解和执行。三是制定配套政策文件，明确过渡期安排，确保实施工作稳妥有序。

## 二、《资本办法》修订的背景是什么？

原《资本办法》实施十余年来，资本监管制度强化了银行资本约束机制，增强了银行经营稳健性和服务实体经济能力，也为我国金融业扩大对外开放创造了有利条件。近年来，随着我国经济金融形势和商业银行风险特征的发展变化，资本监管面临一些新问题，有必要根据新情况进行调整。

此外，国际监管规则也发生了较大变化。2017年底，巴塞尔委员会发布了《巴塞尔III改革最终方案》，作为全球银行业资本监管最低标准。我国作为巴塞尔委员会成员，需按要求实施相关监管标准，并接受“监管一致性国际评估”，评估结果将在全球公布。

国家金融监督管理总局立足于我国银行业实际情况，结合国际监管改革最新成果，对原《资本办法》进行修订，有利于促进银行持续提升风险管理水平，引导银行更好服务实体经济。

## 三、《资本办法》修订的原则是什么？

一是坚持风险为本。风险权重是维护资本监管审慎性的基石。风险权重的设定应客观体现表内外业务的风险实质，使资本充足率准确反映银行整体风险水平和持续经营能力。

二是强调同质同类比较。我国银行数量多、差别大，为提高监管匹配性，拟在资本要求、风险加权资产计量、信息披露等要求上分类对待、区别处理，强调同质同类银行之间的分析比较。

三是保持监管资本总体稳定。平衡好资本监管与社会信贷成本和宏观经济稳定的关系，统筹考虑相关监管要求的叠加效应，保持银行业整体资本充足水平的稳定性。

#### 四、《资本办法》修订的主要内容是什么？

围绕构建差异化资本监管体系，修订重构第一支柱下风险加权资产计量规则、完善调整第二支柱监督检查规定，全面提升第三支柱信息披露标准和内容。《资本办法》由正文和 25 个附件组成，共计约 35 万字。正文重点突出总体性、原则性和制度性要求。附件细化正文各项要求，明确具体的计量规则、技术标准、监管措施、信息披露内容等。

#### 五、《资本办法》修订如何体现差异化监管？

《资本办法》构建了差异化资本监管体系，按照银行规模和业务复杂程度，划分为三个档次，匹配不同的资本监管方案。其中，规模较大或跨境业务较多的银行，划为第一档，对标资本监管国际规则；规模较小、跨境业务较少的银行纳入第二档，实施相对简化的监管规则；第三档主要是规模更小且无跨境业务的银行，进一步简化资本计量要求，引导其聚焦县域和小微金融服务。

差异化资本监管不降低资本要求，在保持银行业整体稳健的前提下，激发中小银行的金融活水作用，减轻银行合规成本。

#### 六、《资本办法》修订对风险加权资产计量规则有哪些主要调整？

总体上，增强标准法与高级方法的逻辑一致性，提高计量的敏感性。限制内部模型的使用，完善内部模型，降低内部模型的套利空间。

信用风险方面，权重法重点优化风险暴露分类标准，增加风险驱动因子，细化风险权重。如，针对房地产风险暴露中的抵押贷款，依据房产类型、还款来源、贷款价值比（LTV），设置多档风险权重；限制内部评级法使用范围，校准风险参数。市场风险方面，新标准法

通过确定风险因子和敏感度指标计算资本要求，取代原基于头寸和资本系数的简单做法；重构内部模型法，采用预期尾部损失（ES）方法替代风险价值（VaR）方法，捕捉市场波动的肥尾风险。操作风险方面，新标准法以业务指标为基础，引入内部损失乘数作为资本要求的调整因子。

## 七、《资本办法》修订对于风险管理要求进行了哪些调整？

《资本办法》重视计量和管理“两手硬”，强调制度审慎、管理有效是准确风险计量的前提，为银行夯实经营管理基础、提升管理精细化水平提供正向激励。

信用风险方面，要求建立并有效落实相应信用风险管理制度、流程和机制。例如，准确的风险暴露分类是计量前提，须明确划分标准和认定流程；划分银行同业风险暴露分类、识别优质公司或“穿透”资管产品，须加强尽职调查和基础信息审核；对房地产风险暴露，只有满足审慎审批标准和估值等要求，才认可其风险缓释作用。市场风险方面，内部模型法计量以交易台为基础，要求银行制定交易台业务政策、细分和管理交易台。操作风险方面，须建立健全损失数据收集标准、规则和流程，才可申请适用监管给定损失乘数系数。

## 八、《资本办法》修订在完善监督检查要求上有何调整？

一方面，参照国际标准，完善监督检查内容。设置 72.5% 的风险加权资产永久底线，替换原并行期资本底线安排；完善信用、市场和操作风险的风险评估要求，将国别、信息科技、气候等风险纳入其他风险的评估范围。

另一方面，衔接国内现行监管制度，促进政策落实。完善银行账

簿利率、流动性、声誉等风险的评估标准；强调全面风险管理，将大额风险暴露纳入集中度风险评估范围，明确要求运用压力测试工具，开展风险管理，确定资本加点要求。

### 九、《资本办法》修订在信息披露、强化市场约束方面有何调整？

遵照匹配性原则，建立覆盖各类风险信息的差异化信息披露体系，引入了标准化的信息披露表格，要求商业银行按照规定的披露格式、内容、频率、方式和质量控制等进行披露。《资本办法》显著提高了信息披露的数据颗粒度要求，切实提升了风险信息透明度和市场约束力，是对资本监管框架第一支柱和第二支柱的有效补充。

### 十、《资本办法》的实施安排是什么？

《资本办法》将于2024年1月1日起正式实施，并设置过渡期。过渡期安排包括以下两方面：一是对计入资本净额的损失准备设置2年过渡期，其间逐步提高非信贷资产损失准备最低要求，推动商业银行合理增提损失准备，平滑对资本净额的影响。二是对信息披露设置5年过渡期，过渡期内商业银行根据所属档次、系统重要性程度和上市情况，适用不同的信息披露要求，稳妥开展信息披露工作，稳步提高信息透明度和市场约束力。

### 十一、《资本办法》的实施对银行业资本充足水平的影响如何？

测算显示，《资本办法》实施后，银行业资本充足水平总体稳定，平均资本充足率稳中有升。单家银行因资产类别差异导致资本充足率小幅变化，体现了差异化监管要求，符合预期。

## 国家金融监督管理总局发布 《商业银行资本管理办法》

来源：国家金融监督管理总局官网

日期：2023 年 11 月 1 日

为贯彻落实中央金融工作会议精神，全面加强金融监管，国家金融监督管理总局制定了《商业银行资本管理办法》（以下简称《资本办法》），进一步完善商业银行资本监管规则，推动银行强化风险管理水平，提升服务实体经济质效。《资本办法》自 2024 年 1 月 1 日起正式实施。

《资本办法》立足于我国商业银行实际情况，参考国际监管改革最新成果，全面完善了资本监管制度。《资本办法》由正文和 25 个附件组成，主要包括：一是构建差异化资本监管体系，使资本监管与银行规模和业务复杂程度相匹配，降低中小银行合规成本。二是全面修订风险加权资产计量规则，包括信用风险权重法和内部评级法、市场风险标准法和内部模型法以及操作风险标准法，提升资本计量的风险敏感性。三是要求银行制定有效的政策、流程、制度和措施，及时、充分地掌握客户风险变化，确保风险权重的适用性和审慎性。四是强化监督检查，优化压力测试，深化第二支柱应用，进一步提升监管有效性。五是提高信息披露标准，强化相关定性和定量信息披露，增强市场约束。

《资本办法》是贯彻落实党中央关于加强和完善现代金融监管决

策部署的重要举措。国家金融监督管理总局将指导商业银行做好《资本办法》实施工作，发挥资本要求对商业银行资源配置的导向性作用，引导银行优化资产结构，加大服务实体经济力度，以高质量发展为中国式现代化提供有力的金融支撑。

附：《商业银行资本管理办法》

## 商业银行资本管理办法

（国家金融监督管理总局令 2023 年第 4 号公布

自 2024 年 1 月 1 日起施行）

为深入贯彻落实党中央、国务院决策部署，完善金融租赁公司监管制度，深化对行业发展的规律性认识，推动金融租赁行业从服务经济社会高质量发展大局出发，找准功能定位，聚焦主责主业，为实体经济提供特色化金融服务，纠正部分金融租赁公司存在的大股东不当干预、公司治理和内控机制缺陷、租赁物管理不到位等问题，现就加强金融监管、促进金融租赁公司规范经营和合规管理有关要求通知如下：

### 第一章 总 则

第一条 为加强商业银行资本监管，维护银行体系安全、稳健运行，保护存款人利益，根据《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》《中华人民共和国外资银行管理条例》等法律法规，制定本办法。

第二条 本办法适用于在中华人民共和国境内依法设立的商业银行。

第三条 商业银行资本应抵御其所面临的风险，包括个体风险和系统性风险。

第四条 商业银行应符合本办法规定的资本监管要求。  
系统重要性银行应同时符合相关办法规定的附加资本监管要求。

第五条 资本监管指标包括资本充足率和杠杆率。  
本办法所称资本充足率，是指商业银行持有的、符合本办法规定的资本净额与风险加权资产之间的比率。

一级资本充足率，是指商业银行持有的、符合本办法规定的一级资本净额与风险加权资产之间的比率。

核心一级资本充足率，是指商业银行持有的、符合本办法规定的核心一级资本净额与风险加权资产之间的比率。

杠杆率，是指商业银行持有的、符合本办法规定的一级资本净额与调整后表内外资产余额之间的比率。

第六条 商业银行应按照本办法规定的机构档次划分标准，适用差异化的资本监管要求。其中，第一档和第二档商业银行应满足本办法各章节和相应附件的监管规定，第三档商业银行应满足本办法附件23的监管规定。

（一）第一档商业银行是指符合以下任一条件的商业银行：

1. 并表口径调整后表内外资产余额 5000 亿元人民币（含）以上。

2. 境外债权债务余额 300 亿元人民币（含）以上且占并表口径调整后表内外资产余额的 10%（含）以上。

（二）第二档商业银行是指符合以下任一条件的商业银行：

1. 并表口径调整后表内外资产余额 100 亿元人民币（含）以上，且不符合第一档商业银行条件。

2. 并表口径调整后表内外资产余额小于 100 亿元人民币但境外债权债务余额大于 0。

（三）第三档商业银行是指并表口径调整后表内外资产余额小于 100 亿元人民币且境外债权债务余额为 0 的商业银行。

调整后表内外资产余额按照本办法第二十三条的规定计算。

境外债权债务，是指银行境外债权和境外债务之和，其中境外债权是指银行持有的对其他国家或地区政府、中央银行、公共部门实体、金融机构、非金融机构和个人的直接境外债权扣除转移回境内的风险敞口之后的最终境外债权；境外债务是指银行对其他国家或地区政府、中央银行、公共部门实体、金融机构、非金融机构和个人的债务。

国家金融监督管理总局有权根据银行业整体情况适时调整上述机构档次划分标准。国家金融监督管理总局及其派出机构有权根据单家银行经营管理和风险水平等情况，结合监管判断调整其所属的机构档次。

第七条 商业银行资本监管指标计算应建立在充分计提贷款损失准备等各项减值准备的基础之上。

第八条 商业银行应按照本办法建立全面风险管理架构和内部资本充足评估程序。

第九条 国家金融监督管理总局及其派出机构依照本办法对商业银行资本监管指标、资本管理状况进行监督检查，并采取相应的监管措施。

第十条 商业银行应按照本办法要求进行信息披露。

## 第二章 资本监管指标计算和监管要求

### 第一节 资本监管指标计算范围

第十一条 商业银行未并表资本监管指标的计算范围应包括商业银行境内外所有分支机构。并表资本监管指标的计算范围应包括商业银行以及符合本办法规定的其直接或间接投资的金融机构。商业银行及被投资金融机构共同构成银行集团。

第十二条 商业银行计算并表资本监管指标，应将以下境内外被投资金融机构纳入并表范围：

（一）商业银行直接或间接拥有 50%以上表决权的被投资金融机构。

（二）商业银行拥有 50%以下（含）表决权的被投资金融机构，但通过与其他表决权持有人之间的协议能够控制 50%以上表决权的。

（三）商业银行拥有 50%以下（含）表决权的被投资金融机构，但综合考虑下列事实和情况后，判断商业银行持有的表决权足以使其有能力主导被投资金融机构相关活动的：

1. 商业银行持有的表决权相对于其他投资方持有的表决权份额的大小，以及其他投资方持有表决权的分散程度。

2. 商业银行和其他投资方持有的被投资金融机构的潜在表决权，如可转换公司债券、可执行认股权证等。

3. 其他合同安排产生的权利。

4. 被投资金融机构以往的表决权行使情况等其他相关事实和情况。

（四）其他证据表明商业银行实际控制被投资金融机构的情况。

控制，是指投资方拥有对被投资方的权力，通过参与被投资方的相关活动而享有可变回报，并且有能力运用对被投资方的权力影响其回报金额。

第十三条 商业银行未拥有被投资金融机构多数表决权或控制权，具有下列情况之一的，应纳入并表资本监管指标计算范围：

（一）具有业务同质性的多个金融机构，虽然单个金融机构资产规模占银行集团整体资产规模的比例较小，但该类金融机构总体风险足以对银行集团的财务状况及风险水平造成重大影响。

（二）被投资金融机构所产生的合规风险、声誉风险造成的危害和损失足以对银行集团的声誉造成重大影响。

第十四条 符合本办法第十二条、第十三条规定的保险公司不纳入并表范围。

商业银行计算并表资本监管指标，应按照本办法第三十七条、第三十八条规定的方法扣除对保险公司的资本投资。

商业银行计算未并表资本监管指标，应按照本办法第十六条的规定扣除对保险公司的资本投资。

第十五条 商业银行拥有被投资金融机构 50%以上表决权或对被投资金融机构的控制权，但被投资金融机构处于以下状态之一的，可不纳入并表范围：

（一）已关闭或已宣布破产。

（二）因终止而进入清算程序。

（三）受所在国外汇管制及其他突发事件的影响，资金调度受到限制的境外被投资金融机构。

商业银行应从各级资本中对应扣除对有前款规定情形的被投资金融机构的资本投资。若被投资金融机构存在资本缺口，还应扣除相应的资本缺口。

第十六条 商业银行计算未并表资本监管指标，应从各级资本中对应扣除其对符合本办法第十二条和第十三条规定的金融机构的所有资本投资。若这些金融机构存在资本缺口，还应扣除相应的资本缺口。

第十七条 商业银行应根据本办法制定并表和未并表资本监管指标计算内部制度。商业银行调整并表和未并表资本监管指标计算范

围的，应说明理由并及时向国家金融监督管理总局或其派出机构报告。

第十八条 国家金融监督管理总局及其派出机构有权根据商业银行及其附属机构股权结构变动、业务类别及风险状况确定和调整其并表资本监管指标的计算范围。

## 第二节 资本监管指标计算公式

第十九条 商业银行资本充足率计算公式为：

$$\text{资本充足率} = \frac{\text{总资本} - \text{对应资本扣除项}}{\text{风险加权资产}} \times 100\%$$

$$\text{一级资本充足率} = \frac{\text{一级资本} - \text{对应资本扣除项}}{\text{风险加权资产}} \times 100\%$$

$$\text{核心一级资本充足率} = \frac{\text{核心一级资本} - \text{对应资本扣除项}}{\text{风险加权资产}} \times 100\%$$

第二十条 商业银行杠杆率计算公式为：

$$\text{杠杆率} = \frac{\text{一级资本} - \text{一级资本扣除项}}{\text{调整后表内外资产余额}} \times 100\%$$

第二十一条 商业银行总资本包括一级资本和二级资本。其中，一级资本包括核心一级资本和其他一级资本。商业银行应按照本办法第三章的规定计算各级资本和扣除项。

第二十二条 商业银行风险加权资产包括信用风险加权资产、市场风险加权资产和操作风险加权资产。商业银行应按照本办法第四章、第五章和第六章的规定分别计量信用风险加权资产、市场风险加权资产和操作风险加权资产。

第二十三条 商业银行调整后表内外资产余额计算公式为：

调整后表内外资产余额=调整后表内资产余额（不包括表内衍生工具和证券融资交易）+衍生工具资产余额+证券融资交易资产余额+调整后表外项目余额-一级资本扣除项

从调整后表内外资产余额中扣减的一级资本扣除项不包括商业银行因自身信用风险变化导致其负债公允价值变化带来的未实现损益。

调整后表内外资产余额按照本办法附件 19 规定的方法计算。

第二十四条 商业银行在计算调整后表内外资产余额时,除本办法附件 19 另有规定外,不考虑抵质押品、保证和信用衍生工具等信用风险缓释因素。

### 第三节 资本监管要求

第二十五条 资本充足率监管要求包括最低资本要求、储备资本和逆周期资本要求、系统重要性银行附加资本要求以及第二支柱资本要求。

第二十六条 商业银行各级资本充足率不得低于如下最低要求:

- (一) 核心一级资本充足率不得低于 5%。
- (二) 一级资本充足率不得低于 6%。
- (三) 资本充足率不得低于 8%。

第二十七条 商业银行应在最低资本要求的基础上计提储备资本。储备资本要求为风险加权资产的 2.5%，由核心一级资本来满足。国家金融监督管理总局有权根据宏观经济金融形势、银行业整体风险

状况以及单家银行经营管理和风险水平等情况，对储备资本要求进行调整。

商业银行应在最低资本要求和储备资本要求之上计提逆周期资本。逆周期资本的计提与运用规则由中国人民银行会同国家金融监督管理总局另行规定。

第二十八条 除本办法第二十六条和第二十七条规定的最低资本要求、储备资本和逆周期资本要求外，系统重要性银行还应计提附加资本。

国内系统重要性银行的认定标准及其附加资本要求由中国人民银行会同国家金融监督管理总局另行规定。

若商业银行同时被认定为国内系统重要性银行和全球系统重要性银行，附加资本要求不叠加，采用二者孰高原则确定。

第二十九条 除本办法第二十六条、第二十七条和第二十八条规定的资本要求以外，国家金融监督管理总局及其派出机构有权在第二支柱框架下提出更审慎的资本要求，确保资本充分覆盖风险，包括：

- （一）根据风险判断，针对部分资产组合提出的特定资本要求。
- （二）根据监督检查结果，针对单家银行提出的特定资本要求。

国家金融监督管理总局及其派出机构有权确定第二支柱资本要求应由核心一级资本、其他一级资本或二级资本来满足。

第三十条 除上述资本充足率监管要求外，商业银行的杠杆率不得低于 4%。

系统重要性银行在满足上述最低杠杆率要求的基础上，还应满足附加杠杆率要求。

国内系统重要性银行的附加杠杆率要求由中国人民银行会同国家金融监督管理总局另行规定。

### 第三章 资本定义

#### 第一节 资本构成

第三十一条 商业银行发行的资本工具应符合本办法附件1规定的合格标准。

第三十二条 核心一级资本包括：

- （一）实收资本或普通股。
- （二）资本公积。
- （三）盈余公积。
- （四）一般风险准备。
- （五）未分配利润。
- （六）累计其他综合收益。
- （七）少数股东资本可计入部分。

第三十三条 其他一级资本包括：

- （一）其他一级资本工具及其溢价。
- （二）少数股东资本可计入部分。

第三十四条 二级资本包括：

- （一）二级资本工具及其溢价。

商业银行发行的二级资本工具在距到期日前最后五年，可计入二级资本的金额，应按100%、80%、60%、40%、20%的比例逐年减计。

## （二）超额损失准备。

1. 商业银行采用权重法计量信用风险加权资产的，超额损失准备可计入二级资本，但不得超过信用风险加权资产的1.25%。

前款所称超额损失准备是指商业银行实际计提的损失准备超过损失准备最低要求的部分。损失准备最低要求由国家金融监督管理总局另行规定。

2. 商业银行采用内部评级法计量信用风险加权资产的，超额损失准备可计入二级资本，但不得超过信用风险加权资产的0.6%。

前款所称超额损失准备是指商业银行实际计提的损失准备超过预期损失的部分。

## （三）少数股东资本可计入部分。

### 第二节 资本扣除项

第三十五条 计算资本充足率时，商业银行应从核心一级资本中全额扣除以下项目：

（一）商誉。

（二）其他无形资产（土地使用权除外）。

（三）由经营亏损引起的净递延税资产。

（四）损失准备缺口。

1. 商业银行采用权重法计量信用风险加权资产的，损失准备缺口是指商业银行实际计提的损失准备低于损失准备最低要求的部分。

2. 商业银行采用内部评级法计量信用风险加权资产的，损失准备缺口是指商业银行实际计提的损失准备低于预期损失的部分。

（五）资产证券化销售利得。

（六）确定受益类的养老金资产净额。

（七）直接或间接持有本银行的股票。

（八）对资产负债表中未按公允价值计量的项目进行套期形成的现金流储备，若为正值，应予以扣除；若为负值，应予以加回。

（九）商业银行自身信用风险变化导致其负债公允价值变化带来的未实现损益。

（十）审慎估值调整。

第三十六条 商业银行之间通过协议相互持有的各级资本工具，或国家金融监督管理总局认定为虚增资本的各级资本投资，应从相应监管资本中对应扣除。

商业银行直接或间接持有本银行发行的其他一级资本工具和二级资本工具，应从相应监管资本中对应扣除。

对应扣除是指从商业银行自身相应层级资本中扣除。商业银行某一级资本净额小于应扣除数额的，缺口部分应从更高一级的资本净额中扣除。

第三十七条 商业银行对未并表金融机构的小额少数资本投资，合计超出本银行核心一级资本净额 10% 的部分，应从各级监管资本中对应扣除。

小额少数资本投资是指商业银行对金融机构各级资本投资（包括直接和间接投资）之和，占该被投资金融机构实收资本（普通股加普通股溢价）10%（不含）以下，且不符合本办法第十二条、第十三条规定的资本投资。

第三十八条 商业银行对未并表金融机构的大额少数资本投资中，核心一级资本投资合计超出本银行核心一级资本净额 10% 的部分应从本银行核心一级资本中扣除；其他一级资本投资和二级资本投资应从相应层级资本中全额扣除。

大额少数资本投资是指商业银行对金融机构各级资本投资（包括直接和间接投资）占该被投资金融机构实收资本（普通股加普通股溢价）10%（含）以上，且不符合本办法第十二条、第十三条规定的资本投资。

第三十九条 除本办法第三十五条第三款规定的递延税资产外，其他依赖于本银行未来盈利的净递延税资产，超出本银行核心一级资本净额 10% 的部分应从核心一级资本中扣除。

第四十条 根据本办法第三十八条、第三十九条的规定，未在本银行核心一级资本中扣除的对金融机构的大额少数资本投资和相应的净递延税资产，合计金额不得超过本银行核心一级资本净额的 15%。

第四十一条 商业银行持有的外部总损失吸收能力非资本债务工具的扣除规则，由中国人民银行会同国家金融监督管理总局另行规定。

### 第三节 少数股东资本的处理

第四十二条 商业银行附属公司适用于资本监管的，附属公司直接发行且由第三方持有的少数股东资本可以部分计入监管资本。

第四十三条 附属公司核心一级资本中少数股东资本用于满足核心一级资本最低要求和储备资本要求的部分，可计入并表核心一级资本。

最低要求和储备资本要求为下面两项中较小者：

（一）附属公司核心一级资本最低要求加储备资本要求。

（二）母公司并表核心一级资本最低要求与储备资本要求归属于附属公司的部分。

第四十四条 附属公司一级资本中少数股东资本用于满足一级资本最低要求和储备资本要求的部分，扣除已计入并表核心一级资本的部分后，剩余部分可以计入并表其他一级资本。

最低要求和储备资本要求为下面两项中较小者：

（一）附属公司一级资本最低要求加储备资本要求。

（二）母公司并表一级资本最低要求与储备资本要求归属于附属公司的部分。

第四十五条 附属公司总资本中少数股东资本用于满足总资本最低要求和储备资本要求的部分，扣除已计入并表一级资本的部分后，剩余部分可以计入并表二级资本。

最低要求和储备资本要求为下面两项中较小者：

（一）附属公司总资本最低要求加储备资本要求。

（二）母公司并表总资本最低要求与储备资本要求归属于附属公司的部分。

## 第四章 信用风险加权资产计量

### 第一节 一般规定

第四十六条 商业银行可以采用权重法或内部评级法计量信用风险加权资产。商业银行采用内部评级法计量信用风险加权资产的，应符合本办法的规定，并经国家金融监督管理总局或其派出机构验收通过。内部评级法未覆盖的风险暴露应采用权重法计量信用风险加权资产。

未经国家金融监督管理总局或其派出机构认可，商业银行不得变更信用风险加权资产计量方法。

第四十七条 商业银行采用权重法，应按照本办法规定的机构划分标准，实施差异化的银行账簿信用风险暴露分类和信用风险加权资产计量规则。

（一）第一档商业银行应按照本办法附件 2 的规定对银行账簿信用风险暴露进行分类，按照本章第二节的规定计量信用风险加权资产。

（二）第二档商业银行应按照本办法第六十五条第五款、第六十六条第二款、第六十七条第二款、第六十八条第三款、第六十九条第三款、第七十一条第三款、第七十二条第三款、第七十四条、第七十九条第三款、第八十条第三款的规定，对商业银行风险暴露、其他金融机构风险暴露、公司风险暴露、个人风险暴露、房地产风险暴露、存在币种错配情形的个人风险暴露和向个人发放的居住用房地产风险暴露、合格资产担保债券、已违约风险暴露进行划分和计量。

第四十八条 商业银行采用权重法，可以按照本办法附件 3 的规定审慎考虑信用风险缓释工具的风险抵补作用。

第四十九条 商业银行申请采用内部评级法计量信用风险加权资产的，提交申请时内部评级法资产覆盖率应不低于 50%。

前款所称内部评级法资产覆盖率按以下公式确定：

内部评级法资产覆盖率=按内部评级法计量的风险加权资产/  
(按内部评级法计量的风险加权资产+按权重法计量的内部评级法未覆盖信用风险暴露的风险加权资产) ×100%

第五十条 商业银行采用内部评级法，应按照本办法附件 4 的规定对银行账簿信用风险暴露进行分类，按照本办法附件 5 的规定建立内部评级体系，按照本办法附件 6 的规定计量信用风险加权资产。

商业银行采用内部评级法，可以按照本办法附件 7 的规定审慎考虑信用风险缓释工具的风险抵补作用。

商业银行采用内部评级法，可以按照本办法附件 8 的规定采用监管映射法计量专业贷款信用风险加权资产。

第五十一条 商业银行应按照本办法附件9的规定计量银行账簿和交易账簿的交易对手信用风险加权资产，按照本办法附件10的规定计量中央交易对手风险暴露的信用风险加权资产。

第五十二条 商业银行应按照本办法附件11的规定计量银行账簿资产证券化风险暴露的信用风险加权资产。

第五十三条 商业银行应按照本办法附件12的规定计量银行账簿资产管理产品的信用风险加权资产。

## 第二节 权重法

第五十四条 权重法下信用风险加权资产为银行账簿表内资产信用风险加权资产与表外项目信用风险加权资产之和。

第五十五条 商业银行计量各类表内资产的风险加权资产，应首先从资产账面价值中扣除相应的减值准备，然后乘以风险权重。

第五十六条 商业银行计量各类表外项目的风险加权资产，应将表外项目名义金额乘以信用转换系数得到等值的表内资产，再按表内资产的处理方式计量风险加权资产。

第五十七条 现金及现金等价物的风险权重为0%。

第五十八条 商业银行对境外主权和公共部门实体风险暴露的风险权重，以所在国家或地区的外部信用评级结果为基准。

（一）对其他国家或地区政府及其中央银行风险暴露，该国家或地区的评级为AA-（含）以上的，风险权重为0%；AA-以下，A-（含）以上的，风险权重为20%；A-以下，BBB-（含）以上的，风险权重为

50%；BBB-以下，B-（含）以上的，风险权重为100%；B-以下的，风险权重为150%；未评级的，风险权重为100%。

（二）对境外公共部门实体风险暴露，注册地所在国家或地区的评级为AA-（含）以上的，风险权重为20%；AA-以下，A-（含）以上的，风险权重为50%；A-以下，B-（含）以上的，风险权重为100%；B-以下的，风险权重为150%；未评级的，风险权重为100%。

第五十九条 商业银行对国际清算银行、国际货币基金组织、欧洲中央银行、欧盟、欧洲稳定机制和欧洲金融稳定机制风险暴露的风险权重为0%。

第六十条 商业银行对多边开发银行风险暴露的风险权重。

（一）对经巴塞尔委员会认定的合格多边开发银行风险暴露的风险权重为0%。

（二）对其他多边开发银行风险暴露的风险权重，以其自身外部信用评级结果为基准。评级为AA-（含）以上的，风险权重为20%；AA-以下，A-（含）以上的，风险权重为30%；A-以下，BBB-（含）以上的，风险权重为50%；BBB-以下，B-（含）以上的，风险权重为100%；B-以下的，风险权重为150%；未评级的，风险权重为50%。

第六十一条 商业银行对我国中央政府和中国人民银行风险暴露的风险权重为0%。

第六十二条 商业银行对视同我国主权的公共部门实体风险暴露的风险权重。

（一）对我国中央政府投资的金融资产管理公司为收购国有银行不良贷款而定向发行的债券的风险权重为 0%。

（二）对省（自治区、直辖市）及计划单列市人民政府风险暴露的风险权重根据债券类型确定。一般债券风险权重为 10%，专项债券风险权重为 20%。

（三）对除财政部和中国人民银行外，其他收入主要源于中央财政的公共部门实体风险暴露的风险权重为 20%。

商业银行对前款所列视同我国主权的公共部门实体投资的工商企业的风险暴露不适用上述风险权重。

第六十三条 商业银行对经国家金融监督管理总局认定的我国一般公共部门实体风险暴露的风险权重为 50%。

商业银行对我国一般公共部门实体投资的工商企业的风险暴露不适用 50% 的风险权重。

第六十四条 商业银行对我国开发性金融机构和政策性银行风险暴露（不含次级债权）的风险权重为 0%。

第六十五条 商业银行对境内外其他商业银行风险暴露（不含次级债权）的风险权重，以本办法附件 2 规定的标准信用风险评估结果为基准。

（一）对 A+级商业银行风险暴露的风险权重为 30%，A 级商业银行风险暴露的风险权重为 40%，其中原始期限三个月（含）以内，或因跨境货物贸易而产生的原始期限六个月（含）以内风险暴露的风险权重为 20%。

(二) 对 B 级商业银行风险暴露的风险权重为 75%，其中原始期限三个月(含)以内，或因跨境货物贸易而产生的原始期限六个月(含)以内风险暴露的风险权重为 50%。

(三) 对 C 级商业银行风险暴露的风险权重为 150%。

(四) 商业银行对境外其他商业银行风险暴露(不含次级债权)的风险权重，应不低于其注册地所在国家或地区的主权风险暴露对应的风险权重，其中原始期限三个月(含)以内，或因跨境货物贸易而产生的原始期限六个月(含)以内风险暴露，不受上述底线约束。

(五) 第二档商业银行不对境内外其他商业银行划分级别。对境内外其他商业银行风险暴露的风险权重为 40%，其中原始期限三个月(含)以内，或因跨境货物贸易而产生的原始期限六个月(含)以内风险暴露的风险权重为 20%。

第二档商业银行对境外其他商业银行风险暴露的风险权重应满足本条第(四)款的规定。

第六十六条 商业银行对境内外其他金融机构风险暴露(不含次级债权)的风险权重为 100%，其中符合本办法附件 2 规定的投资级其他金融机构风险暴露的风险权重为 75%。

第二档商业银行不单独划分投资级其他金融机构风险暴露，按照一般其他金融机构风险暴露的风险权重计量。

第六十七条 商业银行对一般公司风险暴露的风险权重为 100%，其中符合本办法附件 2 规定的投资级公司风险暴露的风险权重为

75%，中小企业风险暴露的风险权重为 85%，小微企业风险暴露的风险权重为 75%。

第二档商业银行不单独划分投资级公司风险暴露，按照一般公司风险暴露的风险权重计量。

第六十八条 商业银行对专业贷款的风险权重。

（一）对物品融资和商品融资的风险权重为 100%。

（二）对项目融资的风险权重。

1. 对运营前阶段项目融资的风险权重为 130%。

2. 对运营阶段项目融资的风险权重为 100%。

（三）第二档商业银行不单独划分专业贷款，按照一般公司风险暴露的风险权重计量。

第六十九条 商业银行对个人风险暴露的风险权重。

（一）对符合本办法附件 2 规定的监管零售个人风险暴露的风险权重为 75%，其中符合标准的合格交易者个人风险暴露的风险权重为 45%。

（二）对其他个人风险暴露的风险权重为 100%。

（三）第二档商业银行对个人住房抵押贷款的风险权重为 50%。对已抵押房产，商业银行以再评估后的净值为抵押追加贷款并用于房地产投资的，追加部分的风险权重为 150%。

第七十条 商业银行对房地产开发风险暴露的风险权重为 150%，其中符合本办法附件 2 第八部分（三）规定的审慎要求的，风险权重为 100%。

第七十一条 商业银行对居住用房地产风险暴露的风险权重。

（一）对还款不实质性依赖于房地产所产生的现金流的风险暴露的风险权重。

1. 对符合本办法附件 2 第八部分（五）规定的审慎要求的，贷款价值比为 50%（含）以下的，风险权重为 20%；50%至 60%（含）的，风险权重为 25%；60%至 70%（含）的，风险权重为 30%；70%至 80%（含）的，风险权重为 35%；80%至 90%（含）的，风险权重为 40%；90%至 100%（含）的，风险权重为 50%；100%以上的，按照交易对手风险权重计量。

2. 对不符合本办法附件 2 第八部分（五）规定的审慎要求的，按照交易对手风险权重计量。

（二）对还款实质性依赖于房地产所产生的现金流的风险暴露的风险权重。

1. 对符合本办法附件 2 第八部分（五）规定的审慎要求的，贷款价值比为 50%（含）以下的，风险权重为 30%；50%至 60%（含）的，风险权重为 35%；60%至 70%（含）的，风险权重为 45%；70%至 80%（含）的，风险权重为 50%；80%至 90%（含）的，风险权重为 60%；90%至 100%（含）的，风险权重为 75%；100%以上的，风险权重为 105%。

2. 对不符合本办法附件 2 第八部分（五）规定的审慎要求的，风险权重为 150%。

（三）第二档商业银行不单独划分居住用房地产风险暴露，按照交易对手风险权重计量。

第七十二条 商业银行对商用房地产风险暴露的风险权重。

（一）对还款不实质性依赖于房地产所产生的现金流的风险暴露的风险权重。

1. 对符合本办法附件 2 第八部分（五）规定的审慎要求的，贷款价值比为 60%（含）以下的，风险权重为 65%；60%（不含）以上的，按照交易对手风险权重计量。

2. 对不符合本办法附件 2 第八部分（五）规定的审慎要求的，按照交易对手风险权重计量。

（二）对还款实质性依赖于房地产所产生的现金流的风险暴露的风险权重。

1. 对符合本办法附件 2 第八部分（五）规定的审慎要求的，贷款价值比为 60%（含）以下的，风险权重为 75%；60%至 80%（含）的，风险权重为 90%与交易对手风险权重中的较大值；80%以上的，风险权重为 110%。

2. 对不符合本办法附件 2 第八部分（五）规定的审慎要求的，风险权重为 150%。

（三）第二档商业银行不单独划分商用房地产风险暴露，按照交易对手风险权重计量。

第七十三条 商业银行自用不动产的风险权重为 100%，商业银行非自用不动产的风险权重为 400%。

商业银行因行使抵押权等方式而持有的非自用不动产在法律规定的处分期限内的风险权重为 100%。

第七十四条 商业银行对存在币种错配情形的个人风险暴露和向个人发放的居住用房地产风险暴露的风险权重，分别为第六十九条、第七十一条中对应风险权重的1.5倍，最高不超过150%。

币种错配是指风险暴露与债务人收入币种不同。

第二档商业银行不单独划分存在币种错配情形的个人风险暴露和向个人发放的居住用房地产风险暴露，按照交易对手风险权重计量。

国家金融监督管理总局有权根据实际风险水平对商业银行存在币种错配情形且未对冲的公司风险暴露的风险权重进行调整。

第七十五条 租赁业务的租赁资产余值的风险权重为100%。

第七十六条 商业银行对工商企业股权投资的风险权重。

（一）被动持有的对工商企业股权投资在法律规定处分期限内的风险权重为250%。

（二）对因市场化债转股持有的工商企业股权投资的风险权重为250%。

（三）对获得国家重大补贴并受到政府监督的股权投资的的风险权重为250%。

（四）对工商企业其他股权投资的风险权重为1250%。

第七十七条 商业银行对次级债权（不含我国开发性金融机构和政策性银行）和全球系统重要性银行发行的外部总损失吸收能力非资本债务工具（未扣除部分）的风险权重为150%。

商业银行对我国开发性金融机构和政策性银行的次级债权（未扣除部分）的风险权重为 100%。

第七十八条 下列资产适用 250%风险权重：

- （一）对金融机构的股权投资（未扣除部分）。
- （二）依赖于银行未来盈利的净递延税资产（未扣除部分）。

第七十九条 商业银行对合格资产担保债券的风险权重。

（一）债券自身具有外部信用评级的，以债券自身的外部信用评级结果为基准。债券评级为 AA-（含）以上的，风险权重为 10%；AA-以下，BBB-（含）以上的，风险权重为 20%；BBB-以下，B-（含）以上的，风险权重为 50%；B-以下的，风险权重为 100%。

（二）债券自身不具有外部信用评级的，以债券发行银行的标准信用风险评估结果为基准。债券发行银行为 A+级的，风险权重为 15%；A 级的，风险权重为 20%；B 级的，风险权重为 35%；C 级的，风险权重为 100%。

（三）第二档商业银行不单独划分合格资产担保债券，按照交易对手风险权重计量。

第八十条 商业银行对已违约风险暴露的风险权重。

（一）以居住用房为抵押、还款不实质性依赖于房地产所产生的现金流的已违约风险暴露，风险权重为 100%。

（二）对其他已违约风险暴露，损失准备低于资产账面价值的 20%的，风险权重为 150%；损失准备不低于资产账面价值的 20%的，风险权重为 100%。

（三）第二档商业银行不单独划分已违约风险暴露，按照交易对手风险权重计量。

第八十一条 商业银行其他资产的风险权重为 100%。

国家金融监督管理总局有权根据实际风险水平对其中部分资产的风险权重进行调整。

第八十二条 商业银行各类表外项目的信用转换系数。

（一）等同于贷款的授信业务的信用转换系数为 100%。

（二）贷款承诺的信用转换系数为 40%，其中可随时无条件撤销的贷款承诺的信用转换系数为 10%。满足本办法附件 3 规定的特定条件的可随时无条件撤销的贷款承诺可豁免计量信用风险加权资产。

（三）未使用的信用卡授信额度的信用转换系数为 40%，但符合以下条件的未使用的信用卡授信额度的信用转换系数为 20%。

1. 授信对象为自然人，授信方式为无担保循环授信。
2. 对同一持卡人的授信额度不超过 100 万元人民币。
3. 商业银行应至少每年一次评估持卡人的信用程度，按季监控授信额度的使用情况；若持卡人信用状况恶化，商业银行有权降低甚至取消授信额度。

（四）票据发行便利和循环认购便利的信用转换系数为 50%。

（五）银行借出的证券或用作抵押物的证券，信用转换系数为 100%。

（六）与贸易直接相关的短期或有项目，信用转换系数为 20%，其中基于服务贸易的国内信用证的信用转换系数为 50%。

（七）与交易直接相关的或有项目，信用转换系数为 50%。

（八）信用风险仍在银行的资产销售与购买协议，信用转换系数为 100%。

（九）远期资产购买、远期定期存款、部分交款的股票及证券，信用转换系数为 100%。

（十）其他表外项目的信用转换系数均为 100%。

第八十三条 商业银行应按照本办法附件 3 的规定对因证券、商品、外汇清算形成的风险暴露计量信用风险加权资产。

第八十四条 商业银行采用权重法计量信用风险加权资产时，可按照本办法附件 3 的规定考虑合格质物、合格保证或合格信用衍生工具的风险缓释作用。

（一）合格质物质押的风险暴露（含证券融资交易形成的风险暴露），取得与质物相同的风险权重，或取得对质物发行人或承兑人直接风险暴露的风险权重。部分质押的风险暴露（含证券融资交易形成的风险暴露），受质物保护的部分获得相应的较低风险权重。

（二）合格保证主体提供全额保证的风险暴露，取得对保证人直接风险暴露的风险权重。部分保证的风险暴露，被保证部分获得相应的较低风险权重。

（三）合格信用衍生工具提供信用保护的风险暴露，取得对信用保护提供方直接风险暴露的风险权重。部分受信用保护的风险暴露，被保护部分获得相应的较低风险权重。

第八十五条 合格保证的剩余期限短于风险暴露剩余期限的，不具备风险缓释作用。合格质物、合格信用衍生工具的剩余期限短于风险暴露剩余期限时，商业银行应按照本办法附件 3 的规定对合格信用风险缓释工具与风险暴露之间的期限错配进行调整。

第八十六条 商业银行应按照本办法附件 3 的规定对合格信用风险缓释工具与风险暴露之间的币种错配进行调整。合格质物与风险暴露之间的币种错配无需调整。

第八十七条 合格质物质押的风险暴露的风险权重应不低于 20%，满足本办法附件 3 规定的特定条件的风险暴露不受上述底线约束。

### 第三节 内部评级法

第八十八条 商业银行应对银行账簿信用风险暴露进行分类，并至少分为以下六类：

（一）主权风险暴露。

（二）金融机构风险暴露。

（三）公司风险暴露，包括中小企业风险暴露、专业贷款和一般公司风险暴露。

（四）零售风险暴露，包括个人住房抵押贷款、合格循环零售风险暴露和其他零售风险暴露。合格循环零售风险暴露包括合格交易者循环零售风险暴露和一般循环零售风险暴露。

（五）股权风险暴露。

（六）其他风险暴露，包括购入应收账款、资产证券化风险暴露及资产管理产品。

主权风险暴露、金融机构风险暴露和公司风险暴露统称为非零售风险暴露。

第八十九条 商业银行对股权风险暴露不得采用内部评级法计量信用风险加权资产，对以下风险暴露不得采用高级内部评级法计量信用风险加权资产：

（一）金融机构风险暴露。

（二）企业年营业收入（近三年营业收入的算术平均值）超过 30 亿元人民币或符合以下情形之一的一般公司风险暴露：

1. 此类企业或其全资子公司直接控股超过 50%的企业。
2. 两个以上此类企业或其全资子公司直接控股超过 50%的企业。
3. 与此类企业或其全资子公司的法定代表人为同一自然人的企业。

第九十条 商业银行应分别计量未违约和已违约风险暴露的风险加权资产：

（一）未违约非零售风险暴露的风险加权资产计量基于单笔信用风险暴露的违约概率、违约损失率、违约风险暴露、相关性和有效期限。

未违约零售风险暴露的风险加权资产计量基于单个资产池风险暴露的违约概率、违约损失率、违约风险暴露和相关性。

(二) 已违约风险暴露的风险加权资产计量基于违约损失率、预期损失率和违约风险暴露。

第九十一条 商业银行应按照以下方法确定违约概率：

(一) 主权风险暴露的违约概率为商业银行内部估计的 1 年期违约概率。

(二) 公司和金融机构风险暴露的违约概率为商业银行内部估计的 1 年期违约概率与 0.05% 中的较大值。

由主权提供合格保证担保覆盖的风险暴露部分，违约概率不受 0.05% 底线约束。

(三) 零售风险暴露的违约概率为商业银行内部估计的 1 年期违约概率与 0.05% 中的较大值，其中一般循环零售风险暴露的违约概率为商业银行内部估计的 1 年期违约概率与 0.1% 中的较大值。

(四) 对于提供合格保证或信用衍生工具的风险暴露，商业银行可以使用保证人或信用保护提供方的违约概率替代债务人的违约概率。

第九十二条 商业银行应按照以下方法确定违约损失率：

(一) 商业银行采用初级内部评级法，主权和金融机构风险暴露中没有合格抵质押品的高级债权和次级债权的违约损失率分别为 45% 和 75%，公司风险暴露中没有合格抵质押品的高级债权和次级债权的违约损失率分别为 40% 和 75%。对于提供合格抵质押品的高级债权和从属于净额结算主协议的回购交易，商业银行可以根据风险缓释效应调整违约损失率。

(二) 商业银行采用高级内部评级法，应使用内部估计的单笔非零售风险暴露的违约损失率。

1. 主权风险暴露的违约损失率为商业银行内部估计的违约损失率。

2. 对于没有合格抵质押品的公司风险暴露，违约损失率为商业银行内部估计的违约损失率与 25% 中的较大值。对于提供合格抵质押品的公司风险暴露，采用金融质押品质押的，违约损失率为商业银行内部估计的违约损失率；采用应收账款质押、商用房地产和居住用房地产抵押的，违约损失率为商业银行内部估计的违约损失率与 10% 中的较大值；采用其他抵质押品担保的，违约损失率为商业银行内部估计的违约损失率与 15% 中的较大值。

由主权提供合格保证担保覆盖的风险暴露部分，违约损失率不受上述底线约束。

(三) 商业银行应使用内部估计的零售资产池的违约损失率。

1. 个人住房抵押贷款的违约损失率为商业银行内部估计的违约损失率与 10% 中的较大值。

2. 合格循环零售风险暴露的违约损失率为商业银行内部估计的违约损失率与 50% 中的较大值。

3. 对于没有合格抵质押品的其他零售风险暴露，违约损失率为商业银行内部估计的违约损失率与 30% 中的较大值。对于提供合格抵质押品的其他零售风险暴露，采用金融质押品质押的，违约损失率为商业银行内部估计的违约损失率；采用应收账款质押、商用房地产

和居住用房地产抵押的，违约损失率为商业银行内部估计的违约损失率与 10% 中的较大值；采用其他抵质押品担保的，违约损失率为商业银行内部估计的违约损失率与 15% 中的较大值。

第九十三条 商业银行应按照以下方法确定违约风险暴露：

违约风险暴露应不考虑减值准备的影响。表内资产的违约风险暴露应不小于以下两项之和：（1）违约风险暴露被完全核销后，银行监管资本下降的数量；（2）各项减值准备的数量。

如果商业银行估计的违约风险暴露超过以上两项之和，超过部分可视为折扣。风险加权资产的计量不受该折扣的影响，但比较预期损失和损失准备时，可将该折扣计入损失准备。

（一）商业银行采用初级内部评级法，应按风险暴露名义金额计量表内资产的违约风险暴露，但可以考虑合格净额结算的风险缓释效应。

（二）商业银行采用初级内部评级法，各类表外项目的信用转换系数按照本办法第八十二条的规定。

（三）商业银行采用高级内部评级法，应使用内部估计的非零售违约风险暴露。对于可循环类表外项目，应按照商业银行内部估计的信用转换系数计量违约风险暴露。对于不可循环类表外项目，以及商业银行未达到本办法附件 5 规定的违约风险暴露估计要求时，应按照本办法第八十二条规定的信用转换系数计量违约风险暴露。对于按照本办法第八十二条规定信用转换系数为 100% 的表外项目，应使用 100% 的信用转换系数计量违约风险暴露。

公司风险暴露的违约风险暴露为商业银行内部估计的违约风险暴露与以下两项之和中的较大值：（1）表内资产风险暴露；（2）按照本办法第八十二条规定的信用转换系数计算的表外项目风险暴露的 50%。

由主权提供合格保证担保覆盖的风险暴露部分，违约风险暴露不受上述底线约束。

（四）商业银行应使用内部估计的零售违约风险暴露。对于可循环类表外项目，应按照商业银行内部估计的信用转换系数计量违约风险暴露。对于不可循环类表外项目、包含外汇和利率承诺的表外项目，以及商业银行未达到本办法附件 5 规定的违约风险暴露估计要求时，应按照本办法第八十二条规定的信用转换系数计量违约风险暴露。对于按照本办法第八十二条规定信用转换系数为 100% 的表外项目，应使用 100% 的信用转换系数计量违约风险暴露。

第九十四条 商业银行应按照以下方法确定有效期限：

（一）商业银行采用初级内部评级法，非零售风险暴露的有效期限为 2.5 年。回购类交易的有效期限为 0.5 年。

（二）商业银行采用高级内部评级法，有效期限为内部估计的有效期限与 1 年中的较大值，但最大不超过 5 年。中小企业风险暴露的有效期限可以采用 2.5 年。

（三）对于下列短期风险暴露，有效期限为内部估计的有效期限与 1 天中的较大值：

1. 原始期限 1 年以内全额抵押的场外衍生品交易、保证金贷款、回购交易和证券借贷交易。交易文件中必须包括按日重新估值并调整保证金，且在交易对手违约或未能补足保证金时可以及时平仓或处置抵押品的条款。

2. 原始期限 1 年以内自我清偿性的贸易融资，包括开立的和保兑的信用证。

3. 原始期限 3 个月以内的其他短期风险暴露，包括：场外衍生品交易、保证金贷款、回购交易、证券借贷，短期贷款和存款，证券和外汇清算而产生的风险暴露，以电汇方式进行现金清算产生的风险暴露等。

## 第五章 市场风险加权资产计量

### 第一节 一般规定

第九十五条 本办法所称市场风险是指因市场价格（利率、汇率、股票价格和商品价格）的不利变动而使商业银行表内和表外业务发生损失的风险。

第九十六条 市场风险资本计量应覆盖商业银行交易账簿中的违约风险、一般利率风险、信用利差风险、股票风险，以及全账簿汇率风险和商品风险。

商业银行可不对结构性外汇头寸、资本扣除项对应的外汇头寸计量汇率风险资本要求。

从商业银行监管资本中扣除的资本工具，不纳入市场风险资本计量范围。

在特定情况下，国家金融监督管理总局有权要求商业银行采用审慎的方式加总计量并表口径的市场风险资本要求，即不考虑各法人机构之间风险头寸的抵消和净额结算。

第九十七条 本办法所称交易账簿包括以交易目的或对冲交易账簿其他项目的风险而持有的金融工具、外汇和商品头寸及经国家金融监督管理总局认定的其他工具。除交易账簿工具外，其他工具应划入银行账簿。

前款所称以交易目的持有的头寸是指短期内有目的地持有以便出售，或从实际或预期的短期价格波动中获利，或锁定套利的头寸，包括自营业务、做市业务、为满足客户需求提供的对客交易及对冲前述交易相关风险而持有的头寸。

第九十八条 商业银行应按照本办法附件 13 的规定划分交易账簿和银行账簿。

国家金融监督管理总局或其派出机构有权要求商业银行提供账簿划分的依据，对划分依据不合理的银行，有权要求其作出调整。

第九十九条 商业银行从银行账簿到交易账簿的内部风险转移，应满足本办法附件 13 的要求。

第一百条 商业银行可以采用标准法、内部模型法或简化标准法计量市场风险资本要求。未经国家金融监督管理总局或其派出机构认可，商业银行不得变更市场风险资本计量方法，另有规定的从其规定。

第一百零一条 商业银行应以交易台为单位申请使用内部模型法计量市场风险资本要求。

前款所称交易台是指由商业银行设定，在清晰的风险管理框架中执行明确交易策略的一组交易员或一套会计账目。

第一百零二条 商业银行采用内部模型法，内部模型法覆盖率应不低于 10%。商业银行应按季评估内部模型法覆盖率，若不满足标准，应采用标准法计量资本要求。重新满足标准后，当季末应恢复采用内部模型法计量资本要求。商业银行应及时向国家金融监督管理总局或其派出机构报告上述方法变更情况。

前款所称内部模型法覆盖率按以下公式确定：

内部模型法覆盖率=按内部模型法计量的资本要求/（按内部模型法计量的资本要求+按标准法计量的资本要求）×100%

第一百零三条 商业银行市场风险加权资产为市场风险资本要求的 12.5 倍，即市场风险加权资产=市场风险资本要求×12.5。

## 第二节 标准法

第一百零四条 商业银行采用标准法，应按照本办法附件 14 的规定分别计量基于敏感度方法的资本要求、违约风险资本要求和剩余风险附加资本要求。

第一百零五条 基于敏感度方法的资本要求为得尔塔、维伽和曲度三项风险资本要求之和。风险类别包括一般利率风险、非证券化信用利差风险、非相关性交易组合证券化信用利差风险、相关性交易组合证券化信用利差风险、股票风险、商品风险和汇率风险。

第一百零六条 违约风险资本要求的风险类别包括非证券化违约风险、非相关性交易组合证券化违约风险和相关性交易组合证券化违约风险。

第一百零七条 标的为奇异性资产的工具和承担其他剩余风险的工具应计量剩余风险附加资本要求。

### 第三节 内部模型法

第一百零八条 商业银行采用内部模型法，应符合本办法附件 15 的规定，并经国家金融监督管理总局或其派出机构验收通过。商业银行采用内部模型法的，应同时按标准法计量和报送所有交易台的资本要求。

第一百零九条 商业银行采用内部模型法，其市场风险总资本要求 (ACR<sub>total</sub>) 为：

$$ACR_{total} = \min (IMA_{G,A} + C_U + \text{资本附加}, SA_{all\ desk}) + \max(0, IMA_{G,A} - SA_{G,A})$$

其中：

(一)  $IMA_{G,A}$  为经验收通过使用内部模型法且符合内部模型法使用条件的交易台资本要求。

(二)  $C_U$  为未经验收通过使用内部模型法或不符合内部模型法使用条件的交易台按标准法计量的资本要求。

(三) 资本附加为根据损益归因测试结果相应增加的资本要求。

(四)  $SA_{all\ desk}$  为所有交易台按标准法计量的资本要求， $SA_{G,A}$  为经验收通过使用内部模型法且符合内部模型法使用条件的交易台按标准法计量的资本要求。

具体计量要求见本办法附件 15。

第一百一十条 商业银行应使用单独的内部模型计量违约风险资本要求。内部模型未达到合格标准或未覆盖违约风险的，应按标准法计量违约风险资本要求。

#### 第四节 简化标准法

第一百一十一条 商业银行采用简化标准法应符合本办法附件 16 的要求。商业银行应按照本办法附件 16 的规定分别计量利率风险、汇率风险、商品风险和股票风险的资本要求，并单独计量以各类风险为基础的期权风险的资本要求。

第一百一十二条 简化标准法市场风险资本要求为利率风险、汇率风险、商品风险、股票风险和以各类风险为基础的期权风险的资本要求经相应的调整后加总，公式如下：

资本要求=利率风险资本要求（含利率类期权风险资本要求）×1.3+汇率风险资本要求（含汇率类期权风险资本要求）×1.2+商品风险资本要求（含商品类期权风险资本要求）×1.9+股票风险资本要求（含股票类期权风险资本要求）×3.5

利率风险资本要求和股票风险资本要求为一般市场风险资本要求和特定市场风险资本要求之和。期权风险资本要求纳入其标的对应风险类别进行资本要求汇总。

## 第六章 操作风险加权资产计量

### 第一节 一般规定

第一百一十三条 本办法所称操作风险是指由于内部程序、员工、信息科技系统存在问题以及外部事件造成损失的风险，包括法律风险，但不包括战略风险和声誉风险。

第一百一十四条 商业银行可以采用标准法或基本指标法计量操作风险资本要求。

第一档商业银行应采用标准法计量操作风险资本要求，并符合本办法附件 18 的规定。

第二档商业银行应采用基本指标法计量操作风险资本要求。

第一百一十五条 商业银行操作风险加权资产为操作风险资本要求的 12.5 倍，即操作风险加权资产=操作风险资本要求×12.5。

## 第二节 标准法

第一百一十六条 商业银行采用标准法，应按照以下公式计量操作风险资本要求：

$$K_{TSA}=BIC \times ILM$$

其中：

- （一） $K_{TSA}$  为按标准法计量的操作风险资本要求。
- （二）BIC 为业务指标部分。
- （三）ILM 为内部损失乘数。

第一百一十七条 业务指标部分（BIC）等于商业银行的业务指标（BI）乘以对应的边际资本系数  $\alpha_i$ 。

第一百一十八条 业务指标（BI）为利息、租赁和股利部分（ILDC），服务部分（SC）及金融部分（FC）之和，即  $BI=ILDC+SC+FC$ 。其中：

$$ILDC = \min(\overline{abs(\text{利息收入} - \text{利息支出})}, 2.25\% \times \overline{\text{生息资产}}) + \overline{\text{股利收入}}$$

$$SC = \max(\overline{\text{其他经营性收入}}, \overline{\text{其他经营性支出}}) + \max(\overline{\text{手续费和佣金收入}}, \overline{\text{手续费和佣金支出}})$$

$$FC = \overline{abs(\text{交易账簿净损益})} + \overline{abs(\text{银行账簿净损益})}$$

每个项目上方的横线表示近三年的算术平均值，各部分的具体项目定义见本办法附件 18。

第一百一十九条 商业银行采用标准法，应根据业务指标（BI）规模适用累进边际资本系数。业务指标 80 亿元人民币（含）以下的部分，边际资本系数为 12%；80 亿元人民币以上，2400 亿元人民币（含）以下的部分，边际资本系数为 15%；2400 亿元人民币以上的部分，边际资本系数为 18%。

第一百二十条 内部损失乘数（ILM）是基于商业银行操作风险平均历史损失数据与业务指标部分的调整因子，计算公式为：

$$ILM = \ln\left(\exp(1) - 1 + \left(\frac{LC}{BIC}\right)^{0.8}\right)$$

其中：

损失部分（LC）为近十年操作风险损失金额的算术平均值的 15 倍。损失数据识别、收集和处理的的标准见本办法附件 18。

第一百二十一条 商业银行采用标准法，经国家金融监督管理总局或其派出机构验收通过后，可采用自身损失数据自行计算内部损失乘数；未经国家金融监督管理总局或其派出机构验收通过的，应采用本办法附件 18 中给定的内部损失乘数。

### 第三节 基本指标法

第一百二十二条 商业银行采用基本指标法，应以总收入为基础计量操作风险资本要求。商业银行应按照本办法附件 18 的规定确认总收入。

总收入为净利息收入与净非利息收入之和。

第一百二十三条 商业银行采用基本指标法，应按照以下公式计量操作风险资本要求：

$$K_{BIA} = \frac{\sum_{i=1}^n (GI_i \times \alpha)}{n}$$

其中：

- （一） $K_{BIA}$  为按基本指标法计量的操作风险资本要求。
- （二）GI 为近三年中每年正的总收入。
- （三）n 为近三年中总收入为正的年数。
- （四） $\alpha$  为 15%。

## 第七章 商业银行内部资本充足评估程序

### 第一节 一般规定

第一百二十四条 商业银行应按照国家金融监督管理总局关于全面风险管理的相关监管要求和本办法规定，建立完善的风险管理框架和稳健的内部资本充足评估程序，明确风险治理结构，审慎评估各类风险、资本充足水平和资本质量，制定资本规划和资本充足率管理计划，确保银行资本能够充分抵御其所面临的风险，满足业务发展的需要。

第一百二十五条 商业银行内部资本充足评估程序应实现以下目标：

- (一) 确保主要风险得到识别、计量或评估、监测和报告。
- (二) 确保资本水平与风险偏好及风险管理水平相适应。
- (三) 确保资本规划与银行经营状况、风险变化趋势及长期发展战略相匹配。

第一百二十六条 商业银行应将压力测试作为内部资本充足评估程序的重要组成部分，结合压力测试结果确定内部资本充足率目标。压力测试应覆盖各业务条线的主要风险，并充分考虑经济周期对资本充足率的影响。

第一百二十七条 商业银行应将内部资本充足评估程序作为内部管理和决策的组成部分，并将内部资本充足评估结果运用于资本预算与分配、授信决策和战略规划。

第一百二十八条 商业银行应制定合理的薪酬政策，确保薪酬水平、结构和发放时间安排与风险大小和风险存续期限一致，反映风险调整后的长期收益水平，防止过度承担风险，维护财务稳健性。

第一百二十九条 商业银行可根据本银行业务规模和复杂程度，采用适合自身风险特点的内部资本充足评估程序，并至少每年实施一次，在银行经营情况、风险状况和外部环境发生重大变化时，应及时进行调整和更新。

## 第二节 治理结构

第一百三十条 商业银行董事会承担本行资本管理的最终责任，履行以下职责：

（一）设定与银行发展战略和外部环境相适应的风险偏好和资本充足目标，审批银行内部资本充足评估程序，确保资本充分覆盖主要风险。

（二）审批资本管理制度，确保资本管理政策和控制措施有效。

（三）监督内部资本充足评估程序的全面性、前瞻性和有效性。

（四）审批并监督资本规划的实施，满足银行持续经营和应急性资本补充需要。

（五）至少每年一次审批资本充足率管理计划，审议资本充足率管理报告及内部资本充足评估报告，听取对资本充足率管理和内部资本充足评估程序执行情况的审计报告。

（六）审批第三支柱信息披露政策、程序和内容，并保证披露信息的真实、准确和完整。

（七）确保商业银行有足够的资源，能够独立、有效地开展资本管理工作。

第一百三十一条 商业银行采用资本计量高级方法的，董事会还应负责审批资本计量高级方法的管理体系实施规划和重大管理政策，监督高级管理层制定并实施资本计量高级方法的管理政策和流程，确保商业银行有足够资源支持资本计量高级方法管理体系的运行。

第一百三十二条 商业银行高级管理层负责根据业务战略和风险偏好组织实施资本管理工作，确保资本与业务发展、风险水平相适应，落实各项监控措施。具体履行以下职责：

（一）制定并组织执行资本管理的规章制度。

(二) 制定并组织实施内部资本充足评估程序，明确相关部门的职责分工，建立健全评估框架、流程和管理制度，确保与商业银行全面风险管理、资本计量及分配等保持一致。

(三) 制定和组织实施资本规划和资本充足率管理计划。

(四) 定期和不定期评估资本充足率，向董事会报告资本充足率、资本充足率管理情况和内部资本充足评估结果。

(五) 组织开展压力测试，参与压力测试目标、方案及重要假设的确定，推动压力测试结果在风险评估和资本规划中的运用，确保资本应急补充机制的有效性。

(六) 组织内部资本充足评估信息管理系统的开发和维护工作，确保信息管理系统及时、准确地提供评估所需信息。

第一百三十三条 商业银行采用资本计量高级方法的，高级管理层还应定期评估方法和工具的合理性和有效性，定期听取资本计量高级方法验证工作的汇报，履行资本计量高级方法体系的建设、验证和持续优化等职责。

第一百三十四条 商业银行监事会应对董事会及高级管理层在资本管理和资本计量高级方法管理中的履职情况进行监督评价，并至少每年一次向股东大会报告董事会及高级管理层的履职情况。

第一百三十五条 商业银行应指定相关部门履行以下资本管理职责：

（一）制定资本总量、结构和质量管理计划，编制并实施资本规划和资本充足率管理计划，向高级管理层报告资本规划和资本充足率管理计划执行情况。

（二）持续监控并定期测算资本充足率水平，开展资本充足率压力测试。

（三）组织建立内部资本计量、配置和风险调整资本收益的评价管理体系。

（四）组织实施内部资本充足评估程序。

（五）建立资本应急补充机制，参与或组织筹集资本。

（六）编制第三支柱信息披露文件。

第一百三十六条 商业银行采用资本计量高级方法的，相关部门还应履行以下职责：

（一）设计、实施、监控和维护资本计量高级方法。

（二）健全资本计量高级方法管理机制。

（三）向高级管理层报告资本计量高级方法的计量结果。

（四）组织开展各类风险压力测试。

第一百三十七条 商业银行采用资本计量高级方法的，应建立验证部门（团队），负责资本计量高级方法的验证工作。验证部门（团队）应独立于资本计量高级方法的开发和运行部门（团队）。

第一百三十八条 商业银行应明确内部审计部门在资本管理中的职责。内部审计部门应履行以下职责：

(一) 评估资本管理的治理结构和相关部门履职情况，以及相关人员的专业技能和资源充分性。

(二) 至少每年一次检查内部资本充足评估程序相关政策和执行情况。

(三) 至少每年一次评估资本规划的执行情况。

(四) 至少每年一次评估资本充足率管理计划的执行情况。

(五) 检查资本管理的信息系统和数据管理的合规性和有效性。

(六) 向董事会提交资本充足率管理审计报告、内部资本充足评估程序执行情况审计报告、资本计量高级方法管理审计报告。

第一百三十九条 商业银行采用资本计量高级方法的，内部审计部门还应评估资本计量高级方法的适用性和有效性，检查计量结果的可靠性和准确性，检查资本计量高级方法的验证政策和程序，评估验证工作的独立性和有效性。

### 第三节 风险评估

第一百四十条 商业银行应按照国家金融监督管理总局相关要求和本办法附件 20 的规定，设立主要风险的识别和评估标准，确保主要风险得到及时识别、审慎评估和有效监控。

主要风险包括可能导致重大损失的单一风险，以及单一风险程度不高、但与其他风险相互作用可能导致重大损失的风险。风险评估应至少覆盖以下各类风险：

(一) 本办法第四章、第五章和第六章中涉及且已覆盖的风险，包括信用风险、市场风险和操作风险。

（二）本办法第四章、第五章和第六章中涉及但没有完全覆盖的风险，包括集中度风险、剩余操作风险等。

（三）本办法第四章、第五章和第六章中未涉及的风险，包括银行账簿利率风险、流动性风险、声誉风险、战略风险和对商业银行有实质性影响的其他风险。

（四）外部经营环境变化引发的风险。

第一百四十一条 商业银行应采用定量和定性相结合的方法，有效评估和管理各类主要风险。

（一）对能够量化的风险，商业银行应开发和完善风险计量技术，确保风险计量的一致性、客观性和准确性，在此基础上加强对相关风险的缓释、控制和管理。

（二）对难以量化的风险，商业银行应建立风险识别、评估、控制和报告机制，确保相关风险得到有效管理。

第一百四十二条 商业银行应建立风险加总的政策和程序，确保在不同层次上及时识别风险。商业银行可以采用多种风险加总方法，但应至少采取简单加总法，并判断风险加总结果的合理性和审慎性。

第一百四十三条 商业银行进行风险加总，应充分考虑集中度风险及风险之间的相互传染。若考虑风险分散化效应，应基于长期实证数据，且数据观察期至少覆盖一个完整的经济周期。否则，商业银行应对风险加总方法和假设进行审慎调整。

#### 第四节 资本规划

第一百四十四条 商业银行制定资本规划，应综合考虑风险评估结果、压力测试结果、未来资本需求、资本监管要求和资本可获得性，确保资本水平持续满足监管要求。资本规划应至少设定内部资本充足率三年目标。

第一百四十五条 商业银行制定资本规划，应确保目标资本水平与业务发展战略、风险偏好、风险管理水平和外部经营环境相适应，兼顾短期和长期资本需求，并考虑各种资本补充来源的长期可持续性。

第一百四十六条 商业银行制定资本规划，应审慎估计资产质量、利润增长及资本市场的波动性，充分考虑对银行资本水平可能产生重大负面影响的因素，包括或有风险暴露，严重且长期的市场衰退，以及突破风险承受能力的其他事件。

第一百四十七条 商业银行应优先考虑补充核心一级资本，增强内部资本积累能力，完善资本结构，提高资本质量。

## 第五节 压力测试

第一百四十八条 商业银行应按照国家金融监督管理总局关于压力测试的相关监管要求和本办法附件 20 的规定，通过严格和前瞻性的压力测试，测算不同压力条件下的资本需求和资本可获得性，并制定资本应急预案以满足计划外的资本需求，确保银行具备充足资本应对不利的市场条件变化。

第一百四十九条 商业银行应将压力测试作为风险识别、监测和评估的重要工具，并根据压力测试结果评估银行所面临的潜在不利影响及对应所需持有的资本。

对于轻度压力测试结果，商业银行应将轻度压力测试下资本缺口转换为资本加点，并将其视为第二支柱资本要求的组成部分。

对于重度压力测试结果，商业银行应在应急预案中明确相应的资本补充政策安排和应对措施，并充分考虑融资市场流动性变化，合理设计资本补充渠道。商业银行的资本应急预案应包括紧急筹资成本分析和可行性分析、限制资本占用程度高的业务发展、采用风险缓释措施等。

第一百五十条 商业银行高级管理层应充分理解压力条件下商业银行所面临的风险及风险间的相互作用、资本工具吸收损失和支持业务持续运营的能力，并判断资本管理目标、资本补充政策安排和应对措施的合理性。

## 第六节 监测报告

第一百五十一条 商业银行应建立内部资本充足评估程序的报告体系，定期监测和报告银行资本水平和主要影响因素的变化趋势。报告应至少包括以下内容：

（一）评估主要风险状况及发展趋势、战略目标和外部环境对资本水平的影响。

（二）评估实际持有的资本是否足以抵御主要风险。

（三）提出确保资本能够充分覆盖主要风险的建议。

根据重要性和报告用途不同，商业银行应明确各类报告的发送范围、报告内容及详略程度，确保报告信息与报送频率满足银行资本管理的需要。

第一百五十二条 商业银行应建立用于风险和资本的计量和管理的信息管理系统。商业银行的信息管理系统应具备以下功能：

（一）清晰、及时地向董事会和高级管理层提供总体风险信息。

（二）准确、及时地加总各业务条线的风险暴露和风险计量结果。

（三）动态支持集中度风险和潜在风险的识别。

（四）识别、计量并管理各类风险缓释工具以及因风险缓释带来的风险。

（五）为多角度评估风险计量的不确定性提供支持，分析潜在风险假设条件变化带来的影响。

（六）支持前瞻性的情景分析，评估市场变化和压力情形对银行资本的影响。

（七）监测、报告风险限额的执行情况。

第一百五十三条 商业银行应系统性地收集、整理、跟踪和分析各类风险相关数据，建立数据信息系统和数据管理系统，以获取、清洗、转换和存储数据，并建立数据质量控制政策和程序，确保数据的真实性、完整性、全面性、准确性和一致性，满足资本计量和内部资本充足评估等工作的需要。

第一百五十四条 商业银行的数据管理系统应达到资本充足率非现场监管报表和第三支柱信息披露的有关要求。

第一百五十五条 商业银行应建立完整的文档管理平台，为内部审计部门及国家金融监督管理总局对资本管理的评估提供支持。文档应至少包括：

（一）董事会、高级管理层和相关部门的职责、独立性以及履职情况。

（二）关于资本管理、风险管理等政策流程的制度文件。

（三）资本规划、资本充足率管理计划、内部资本充足评估报告、风险计量模型验证报告、压力测试报告、审计报告以及上述报告的相关重要文档。

（四）关于资本管理的会议纪要和重要决策意见。

## 第八章 监督检查

### 第一节 监督检查内容

第一百五十六条 资本充足率监督检查是国家金融监督管理总局审慎风险监管体系的重要组成部分。

第一百五十七条 国家金融监督管理总局根据宏观经济运行、产业政策和信贷风险变化，识别银行业重大突出风险，对相关资产组合提出特定资本要求。

第一百五十八条 国家金融监督管理总局及其派出机构对商业银行实施资本充足率监督检查，督促银行确保资本能够充分覆盖所面临的各类风险。资本充足率监督检查包括但不限于以下内容：

（一）评估商业银行全面风险管理框架。

（二）审查商业银行对合格资本工具的认定，以及各类风险加权资产的计量方法和结果，评估资本充足率计量结果的合理性和准确性。

（三）检查商业银行内部资本充足评估程序，评估公司治理、资本规划、内部控制和审计等。

（四）评估商业银行的信用风险、市场风险、操作风险、银行账簿利率风险、流动性风险、声誉风险以及战略风险等各类风险及风险间的关联性。

（五）对商业银行压力测试组织架构、资源投入、情景设计、数据质量、测算模型、测试结果、结果应用等情况开展监督检查。

第一百五十九条 商业银行采用资本计量高级方法，应按本办法附件 21 的规定向国家金融监督管理总局或其派出机构提出申请。操作风险标准法申请采用自身损失数据自行计算内部损失乘数适用本办法附件 21。

第一百六十条 国家金融监督管理总局或其派出机构依照本办法附件 21 的规定对商业银行进行评估，根据评估结果决定是否验收通过商业银行采用资本计量高级方法、对操作风险标准法采用自身损失数据自行计算内部损失乘数；并对商业银行资本计量高级方法的使用情况以及验证工作、操作风险标准法自行计算内部损失乘数的情况进行持续监督检查。

第一百六十一条 商业银行不能持续达到本办法规定的资本计量高级方法、对操作风险标准法采用自身损失数据自行计算内部损失乘数的运用要求，国家金融监督管理总局或其派出机构有权要求其限期整改。

商业银行在规定期限内未达标，国家金融监督管理总局或其派出机构有权取消其采用资本计量高级方法、对操作风险标准法采用自身损失数据自行计算内部损失乘数的资格。

## 第二节 监督检查程序

第一百六十二条 国家金融监督管理总局建立资本监管工作机制，履行以下职责：

（一）根据评估银行业面临的重大突出风险，提出针对特定资产组合的第二支柱资本要求的建议。

（二）制定商业银行资本充足率监督检查总体规划，协调、组织和督促对商业银行资本充足率监督检查的实施。

（三）审议并决定对商业银行的监管资本要求。

（四）受理商业银行就资本充足率监督检查结果提出的申辩，确保监督检查过程以及评价结果的公正和准确。

第一百六十三条 国家金融监督管理总局及其派出机构通过非现场监管和现场检查的方式对商业银行资本充足率进行监督检查。

除对资本充足率的常规监督检查外，国家金融监督管理总局及其派出机构可根据商业银行内部情况或外部市场环境的变化实施资本充足率的临时监督检查。

第一百六十四条 商业银行应在年度结束后的四个月内向国家金融监督管理总局或其派出机构提交内部资本充足评估报告。

第一百六十五条 国家金融监督管理总局及其派出机构实施资本充足率监督检查应遵循以下程序：

（一）审查商业银行内部资本充足评估报告，制定资本充足率检查计划。

（二）依据本办法附件 20 规定的风险评估标准，实施资本充足率现场检查。

（三）根据检查结果初步确定商业银行的监管资本要求。

（四）与商业银行高级管理层就资本充足率检查情况进行沟通，并将评价结果书面发送商业银行。

（五）监督商业银行持续满足监管资本要求的情况。

第一百六十六条 商业银行可以在接到资本充足率监督检查评价结果后 60 日内，以书面形式向国家金融监督管理总局或其派出机构提出申辩。在接到评价结果后 60 日内未进行书面申辩的，将被视为接受评价结果。

商业银行提出书面申辩的，应提交董事会关于进行申辩的决议，并对申辩理由进行详细说明，同时提交能够证明申辩理由充分性的相关资料。

第一百六十七条 国家金融监督管理总局或其派出机构受理并审查商业银行提交的书面申辩，视情况对有关问题进行重点核查。

国家金融监督管理总局或其派出机构在受理书面申辩后的60日内做出是否同意商业银行申辩的书面答复，并说明理由。

第一百六十八条 国家金融监督管理总局或其派出机构审查商业银行的书面申辩期间，商业银行应执行资本充足率监督检查所确定的监管资本要求，并落实国家金融监督管理总局或其派出机构采取的相关监管措施。

第一百六十九条 商业银行应至少每季度向国家金融监督管理总局或其派出机构报告未并表和并表后的资本监管指标信息。

如遇影响资本监管指标的特别重大事项，商业银行应及时向国家金融监督管理总局或其派出机构报告。

### 第三节 第二支柱资本要求

第一百七十条 商业银行已建立内部资本充足评估程序并经国家金融监督管理总局或其派出机构评估认可达到本办法要求的，国家金融监督管理总局或其派出机构根据其内部资本充足评估程序结果确定第二支柱资本要求。

商业银行尚未建立内部资本充足评估程序，或经国家金融监督管理总局或其派出机构评估未达到本办法要求的，国家金融监督管理总局或其派出机构根据对商业银行风险状况的评估结果、监督检查结果、监管评级情况、监管压力测试结果等，确定商业银行的第二支柱资本要求。

第二支柱资本要求应建立在最低资本要求、储备资本和逆周期资本要求及系统重要性银行附加资本要求之上。

第一百七十一条 国家金融监督管理总局及其派出机构有权根据单家商业银行操作风险管理水平及操作风险事件发生情况，提高操作风险的监管资本要求。

第一百七十二条 国家金融监督管理总局及其派出机构有权通过调整风险权重、相关性系数、有效期限、违约损失率等风险参数，设置或调整风险加权资产底线等方法，提高特定资产组合的资本要求，包括但不限于以下内容：

（一）根据区域风险差异，确定地方政府融资平台贷款的集中度风险资本要求。

（二）通过期限调整因子，确定中长期贷款的资本要求。

（三）针对贷款行业集中度风险状况，确定部分行业的贷款集中度风险资本要求。

（四）根据区域房地产运行情况、个人住房抵押贷款用于购买非自住用房的风险状况，提高个人住房抵押贷款资本要求。

#### 第四节 监管措施

第一百七十三条 国家金融监督管理总局及其派出机构有权对资本监管指标未达到监管要求的商业银行采取监管措施，督促其提高资本充足水平。

第一百七十四条 根据资本充足状况，国家金融监督管理总局及其派出机构将商业银行分为四类：

（一）第一类商业银行：资本充足率、一级资本充足率和核心一级资本充足率均达到本办法规定的各级资本要求。

（二）第二类商业银行：资本充足率、一级资本充足率和核心一级资本充足率未达到第二支柱资本要求，但均不低于其他各级资本要求。

（三）第三类商业银行：资本充足率、一级资本充足率和核心一级资本充足率均不低于最低资本要求，但未达到其他各级资本要求。

（四）第四类商业银行：资本充足率、一级资本充足率和核心一级资本充足率任意一项未达到最低资本要求。

第一百七十五条 对第一类商业银行，国家金融监督管理总局及其派出机构支持其稳健发展业务。为防止其资本充足率水平快速下降，国家金融监督管理总局及其派出机构应采取以下部分或全部预警监管措施：

（一）要求商业银行加强对资本充足率水平下降原因的分析及预测。

（二）要求商业银行制定切实可行的资本充足率管理计划。

（三）要求商业银行提高风险控制能力。

第一百七十六条 对第二类商业银行，除本办法第一百七十五条规定的监管措施外，国家金融监督管理总局及其派出机构还应采取以下部分或全部监管措施：

（一）与商业银行董事会、高级管理层进行审慎性会谈。

（二）下发监管意见书，监管意见书内容包括：商业银行资本管理存在的问题、拟采取的纠正措施和限期达标意见等。

(三) 要求商业银行制定切实可行的资本补充计划和限期达标计划。

(四) 增加对商业银行资本充足的监督检查频率。

(五) 要求商业银行对特定风险领域采取风险缓释措施。

第一百七十七条 对第三类商业银行，除本办法第一百七十五条、第一百七十六条规定的监管措施外，国家金融监督管理总局及其派出机构还应采取以下部分或全部监管措施：

(一) 限制商业银行分配红利和其他收入。

(二) 限制商业银行向董事、高级管理人员实施任何形式的激励。

(三) 限制商业银行进行股权投资或回购资本工具。

(四) 限制商业银行重要资本性支出。

(五) 要求商业银行控制风险资产增长。

第一百七十八条 对于资本充足率、一级资本充足率和核心一级资本充足率均满足最低资本要求，但不满足储备资本要求的商业银行，其利润留存比例不得低于以下标准：

核心一级资本充足率区间	最低利润留存比例要求 (占可分配利润的百分比)
5%—5.625% (含)	100%
5.625%—6.25% (含)	80%
6.25%—6.875% (含)	60%

6.875%—7.5%（含）	40%
----------------	-----

全球系统重要性银行最低利润留存比例要求适用本办法第一百八十一条。

若商业银行没有足够的其他一级资本或二级资本，而使用核心一级资本来满足一级资本充足率或资本充足率最低要求，核心一级资本净额扣除用于满足核心一级资本充足率最低要求的部分后、用于满足一级资本充足率或资本充足率最低要求的部分，不能计入上表的核心一级资本充足率区间。

国家金融监督管理总局有权根据实际情况对最低利润留存比例要求进行调整。

第一百七十九条 对第四类商业银行，除本办法第一百七十五条、第一百七十六条和第一百七十七条规定的监管措施外，国家金融监督管理总局及其派出机构还应采取以下部分或全部监管措施：

- （一）要求商业银行大幅降低风险资产的规模。
- （二）责令商业银行停办一切高风险资产业务。
- （三）限制或禁止商业银行增设新机构、开办新业务。
- （四）强制要求商业银行对资本工具进行减记或转为普通股。
- （五）责令商业银行调整董事、高级管理人员或限制其权利。
- （六）依法对商业银行实行接管或者促成机构重组，直至予以撤销。

在处置此类商业银行时，国家金融监督管理总局及其派出机构还将综合考虑外部因素，采取其他必要措施。

第一百八十条 对于杠杆率未达到最低监管要求的商业银行，国家金融监督管理总局及其派出机构应采取以下部分或全部监管措施：

（一）要求商业银行限期补充一级资本。

（二）要求商业银行控制表内外资产规模。

对于逾期未改正，或者其行为严重危及商业银行稳健运行、损害存款人和其他客户的合法权益的，国家金融监督管理总局及其派出机构应根据《中华人民共和国银行业监督管理法》的规定，区别情形，采取以下部分或全部措施：

（一）责令暂停部分业务、停止批准开办新业务。

（二）限制分配红利和其他收入。

（三）停止批准增设分支机构。

（四）责令控股股东转让股权或者限制有关股东的权利。

（五）责令调整董事、高级管理人员或者限制其权利。

（六）法律规定的其他措施。

第一百八十一条 对于资本充足率、一级资本充足率和核心一级资本充足率均满足最低资本要求，并满足最低杠杆率要求和总损失吸收能力要求，但不满足储备资本要求、逆周期资本要求、附加资本要求或附加杠杆率要求中任一要求的全球系统重要性银行，其利润留存比例不得低于以下标准：

全球系统重要性银行附加资本要求	核心一级资本充足率区间	杠杆率区间	最低利润留存比例要求（占可分配利润的百分比）
3.50%	5%—6.5%（含）	4%—4.4375%（含）	100%
	6.5%—8%（含）	4.4375%—4.875%（含）	80%
	8%—9.5%（含）	4.875%—5.3125%（含）	60%
	9.5%—11%（含）	5.3125%—5.75%（含）	40%
2.50%	5%—6.25%（含）	4%—4.3125%（含）	100%
	6.25%—7.5%（含）	4.3125%—4.625%（含）	80%
	7.5%—8.75%（含）	4.625%—4.9375%（含）	60%
	8.75%—10%（含）	4.9375%—5.25%（含）	40%
2%	5%—6.125%（含）	4%—4.25%（含）	100%
	6.125%—7.25%（含）	4.25%—4.5%（含）	80%
	7.25%—8.375%（含）	4.5%—4.75%（含）	60%
	8.375%—9.5%（含）	4.75%—5%（含）	40%
1.50%	5%—6%（含）	4%—4.1875%（含）	100%
	6%—7%（含）	4.1875%—4.375%（含）	80%
	7%—8%（含）	4.375%—4.5625%（含）	60%

	8%—9%（含）	4.5625%—4.75%（含）	40%
1%	5%—5.875%（含）	4%—4.125%（含）	100%
	5.875%—6.75%（含）	4.125%—4.25%（含）	80%
	6.75%—7.625%（含）	4.25%—4.375%（含）	60%
	7.625%—8.5%（含）	4.375%—4.5%（含）	40%

若全球系统重要性银行没有足够的其他一级资本或二级资本，而使用核心一级资本来满足一级资本充足率、资本充足率最低要求或总损失吸收能力要求，核心一级资本净额扣除用于满足核心一级资本充足率最低要求的部分后、用于满足一级资本充足率、资本充足率最低要求或总损失吸收能力要求的部分，不能计入上表的核心一级资本充足率区间。

全球系统重要性银行核心一级资本充足率或杠杆率任意一项处于上表的指标区间，其利润留存比例不得低于相应的标准；若核心一级资本充足率和杠杆率均处于上表的指标区间，其利润留存比例应采用二者孰高原则确定。

国家金融监督管理总局有权根据实际情况对最低利润留存比例要求进行调整。

第一百八十二条 商业银行未按本办法规定提供监管资本报表或报告、未按规定进行信息披露或提供虚假的或者隐瞒重要事实的报表和统计报告的，国家金融监督管理总局依据《中华人民共和国银行

业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》的相关规定责令改正，逾期不改正或情节严重的，依法实施行政处罚。

第一百八十三条 除上述监管措施外，国家金融监督管理总局可依据《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》以及相关法律、行政法规和部门规章的规定，采取其他监管措施。

## 第九章 信息披露

第一百八十四条 商业银行应通过公开渠道，以简明清晰、通俗易懂的方式向投资者和社会公众披露第三支柱相关信息，确保信息披露的集中性、可获得性和公开性。

第一百八十五条 商业银行第三支柱信息披露的详尽程度应与银行的业务复杂度相匹配。

第一百八十六条 对国内系统重要性银行，信息披露内容应至少包括：

- （一）风险管理、关键审慎监管指标和风险加权资产概览。
- （二）不同资本计量方法下的风险加权资产对比。
- （三）资本和总损失吸收能力的构成。
- （四）利润分配限制。
- （五）财务报表与监管风险暴露间的联系。
- （六）资产变现障碍。
- （七）薪酬。
- （八）信用风险。

（九）交易对手信用风险。

（十）资产证券化。

（十一）市场风险。

（十二）信用估值调整风险。

（十三）操作风险。

（十四）银行账簿利率风险。

（十五）宏观审慎监管措施。

（十六）杠杆率。

（十七）流动性风险。

对非国内系统重要性银行（除第三档商业银行外），信息披露内容应至少包括风险管理、关键审慎监管指标和风险加权资产概览，资本构成，杠杆率的相关定性和定量信息等。

对第三档商业银行，信息披露内容应至少包括关键审慎监管指标和资本构成。

第一百八十七条 商业银行应确保披露信息的真实性、准确性、完整性、一致性和可比性。

第一百八十八条 商业银行应建立完善的信息披露治理结构，由董事会批准并由高级管理层实施有效的内部控制流程，对信息披露内容进行合理审查，确保第三支柱披露信息真实、可靠。相关流程的核心内容应在商业银行年度第三支柱信息披露报告中予以体现。

第一百八十九条 商业银行第三支柱相关信息可独立披露或与同期财务报告合并披露。商业银行各期（季度、半年和年度）第三支

柱信息披露报告均应经董事会或高级管理层签字，并在官方网站披露。

第一百九十条 本办法规定的披露内容是第三支柱信息披露的最低要求，商业银行应遵循充分披露的原则，并根据监管政策变化及时调整披露事项。

第一百九十一条 商业银行可以不披露专有信息或保密信息的具体内容，但应解释原因，并进行一般性披露。

第一百九十二条 商业银行第三支柱信息披露频率分为临时、季度、半年及年度披露。商业银行应分别按照本办法附件 22 和附件 23 中各披露表格要求的内容和频率，充分披露第三支柱相关信息。

临时信息应及时披露，季度信息披露时间为每个会计年度的第三个月和第九个月结束后的一个月内，半年度信息披露时间为每个会计年度的上半年结束后的两个月内，年度信息披露时间为每个会计年度结束后的四个月内。季度、半年及年度的第三支柱信息披露应不晚于同期的财务报告发布。因特殊原因不能按时披露的，应至少提前 15 个工作日向国家金融监督管理总局或其派出机构申请延迟披露。

## 第十章 附 则

第一百九十三条 开发性金融机构和政策性银行、农村合作银行、村镇银行、农村信用社、农村资金互助社、贷款公司、企业集团财务公司、消费金融公司、金融租赁公司、汽车金融公司参照本办法执行，另有规定的从其规定。

外国银行在华分行参照本办法规定的风险权重计量人民币风险加权资产。

金融资产管理公司执行本办法杠杆率相关规定。

第一百九十四条 商业银行季末并表口径调整后表内外资产余额和境外债权债务余额发生变化，连续四个季度符合本办法第六条相关机构档次划分标准的，应在第四个季度结束后的一个月内向国家金融监督管理总局或其派出机构报告。

国家金融监督管理总局或其派出机构根据单家银行经营管理和风险水平等情况，结合监管判断决定是否调整其所属的机构档次，相应设立不超过一年的实施准备期。

准备期结束后，商业银行应调整所属的机构档次，适用对应的信用风险和操作风险加权资产计量规则、资本充足率监管要求和信息披露规定，并向国家金融监督管理总局或其派出机构报告实施情况。

第一百九十五条 采用简化标准法或标准法计量市场风险资本要求的商业银行，若连续四个季度不再满足相关方法适用条件，应在第四个季度结束后的一个月内向国家金融监督管理总局或其派出机构报告。

国家金融监督管理总局或其派出机构根据单家银行经营管理和风险水平等情况，结合监管判断决定是否调整其市场风险资本计量方法，相应设立不超过一年的实施准备期。

准备期结束后，商业银行应采用调整后的市场风险资本计量方法，并向国家金融监督管理总局或其派出机构报告实施情况。

第一百九十六条 本办法所称的资本计量高级方法包括信用风险内部评级法和市场风险内部模型法。商业银行采用资本计量高级方法，应按照本办法附件 24 的规定建立资本计量高级方法验证体系。

第一百九十七条 获得国家金融监督管理总局或其派出机构验收通过采用资本计量高级方法的商业银行应按照本办法规定的资本计量高级方法和其他方法并行计量资本充足率，并遵守本办法附件 21 规定的资本底线要求。

第一百九十八条 国家金融监督管理总局或其派出机构对采用资本计量高级方法的商业银行设立并行期，并行期自验收通过采用资本计量高级方法当年底开始，至少持续三年。操作风险标准法采用自身损失数据自行计算内部损失乘数的商业银行，适用并行期安排。

并行期内，商业银行实际计提的损失准备超过预期损失的，低于不良资产余额的 1.5 倍的超额损失准备计入二级资本的数量不得超过信用风险加权资产的 0.6%；高于不良资产余额的 1.5 倍的超额损失准备可全部计入二级资本。

第一百九十九条 商业银行计量并表资本充足率，应按照集团统一的计量方法对附属机构资本计量结果进行调整后，进行资本并表。

第二百条 2029 年 1 月 1 日前，第一档商业银行计量并表资本充足率可按照以下规则适当简化资本并表处理方式，鼓励有条件的商业银行按照集团统一的计量方法进行资本并表。

（一）对符合第二档商业银行标准的附属机构，可按照第二档商业银行信用风险和操作风险计量规则所计量的风险加权资产结果直接并表。

（二）对满足市场风险简化标准法适用条件的附属机构，可按照市场风险简化标准法的风​​险加权资产计量结果直接并表。

对符合第三档商业银行标准的附属机构，按照附件 23 规定的计量规则所计量的风险加权资产结果直接并表。

第二百零一条 第一档商业银行应及时制定并实施切实可行的并表资本充足率计量分步达标规划，并报国家金融监督管理总局或其派出机构。

国家金融监督管理总局或其派出机构根据商业银行并表资本充足率计量达标规划实施情况，采取相应的监管措施。

第二百零二条 第二档商业银行计量并表资本充足率，可按照以下规则适当简化资本并表处理方式，鼓励有条件的商业银行按照集团统一的计量方法进行资本并表。

（一）对符合第三档商业银行标准的附属机构，可按照附件 23 规定的计量规则计量的信用风险和操作风险加权资产结果直接并表。

（二）对满足市场风险简化标准法适用条件的附属机构，可按照市场风险简化标准法的风​​险加权资产计量结果直接并表。

第二百零三条 本办法中采用标准普尔的评级符号，但对商业银行选用外部信用评级公司不作规定；商业银行使用外部评级公司的评级结果应符合本办法附件 25 的规定，并保持连续性。

第二百零四条 附件 1 至附件 25 是本办法的组成部分。

(一) 附件 1: 资本工具合格标准。

(二) 附件 2: 信用风险权重法风险暴露分类标准。

(三) 附件 3: 信用风险权重法表内资产风险权重、表外项目信用转换系数及合格信用风险缓释工具。

(四) 附件 4: 信用风险内部评级法风险暴露分类标准。

(五) 附件 5: 信用风险内部评级体系监管要求。

(六) 附件 6: 信用风险内部评级法风险加权资产计量规则。

(七) 附件 7: 信用风险内部评级法风险缓释监管要求。

(八) 附件 8: 信用风险内部评级法专业贷款风险加权资产计量规则。

(九) 附件 9: 交易对手信用风险加权资产计量规则。

(十) 附件 10: 中央交易对手风险暴露资本计量规则。

(十一) 附件 11: 资产证券化风险加权资产计量规则。

(十二) 附件 12: 资产管理产品风险加权资产计量规则。

(十三) 附件 13: 账簿划分和名词解释。

(十四) 附件 14: 市场风险标准法计量规则。

(十五) 附件 15: 市场风险内部模型法监管要求。

(十六) 附件 16: 市场风险简化标准法计量规则。

(十七) 附件 17: 信用估值调整风险加权资产计量规则。

(十八) 附件 18: 操作风险资本计量监管要求。

(十九) 附件 19: 调整后表内外资产余额计算方法。

(二十) 附件 20: 商业银行风险评估标准。

(二十一) 附件 21: 资本计量高级方法监督检查。

(二十二) 附件 22: 商业银行信息披露内容和要求。

(二十三) 附件 23: 第三档商业银行资本监管规定。

(二十四) 附件 24: 资本计量高级方法验证要求。

(二十五) 附件 25: 外部评级使用规范。

第二百零五条 国家金融监督管理总局有权根据宏观经济金融形势、商业银行经营管理和风险水平等情况, 对本办法相关内容进行调整。

第二百零六条 本办法由国家金融监督管理总局负责解释。

本办法自 2024 年 1 月 1 日起施行。《商业银行资本管理办法(试行)》(中国银行业监督管理委员会令 2012 年第 1 号)、《中国银监会关于印发商业银行资本监管配套政策文件的通知》(银监发〔2013〕33 号)、《商业银行杠杆率管理办法》(中国银行业监督管理委员会令 2015 年第 1 号)、《商业银行全球系统重要性评估指标披露指引》(银监发〔2014〕1 号)、《中国银监会关于印发衍生工具交易对手违约风险资产计量规则的通知》(银监发〔2018〕1 号)同时废止。本办法施行前出台的有关规章及规范性文件与本办法不一致的, 按照本办法执行。

## 承揽合同纠纷案件的审理思路和裁判要点 | 类案裁判方法

来源：上海一中法院公众号

作者：周清、张子贝

日期：2023年11月13日

承揽合同纠纷，是指承揽人在按照定作人的要求完成工作、交付工作成果，定作人支付报酬的过程中产生的合同纠纷。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。此类纠纷所涉案件事实一般较为繁杂，往往需要委托鉴定机构对工作成果的质量进行鉴定，审判实务中易出现适法不统一现象。本文结合司法实践中的典型案例，对承揽合同纠纷案件的审理思路和裁判要点进行梳理、提炼和总结。

### 目录

- 01 典型案例
- 02 承揽合同纠纷案件的审理难点
- 03 承揽合同纠纷案件的审理思路和裁判要点
- 04 其他需要说明的问题

## 01 典型案例

### 案例一：涉及合同性质认定

A 公司与 B 公司签订《设备买卖合同》，设备依据 A 公司提供的图纸制造；A 公司支付预付款后 B 公司交货；余款待调试结束后付清。在设备制造过程中 B 公司根据 A 公司要求多次变更设备管口方位。B 公司将设备送至 A 公司后一直未进行安装调试。后 A 公司诉至法院要求确认合同解除并返还预付款。B 公司反诉认为双方之间系买卖合同关系，合同标的物已经交付完毕，是否安装调试不影响货款支付，要求 A 公司支付剩余货款。

### 案例二：涉及定作物质量异议的认定与处理

C 公司与 D 公司签订《采购及安装合同》，在设备安装完毕开始调试使用后，C 公司以工作联系单及微信方式报修。D 公司多次到 C 公司对设备进行维修，并在维修记录单上载明故障原因系 C 公司未对设备进行正确保养，且超负荷使用。C 公司认为设备存在严重的质量问题，且 D 公司一直未能调试合格，故诉请解除合同。D 公司认为 C 公司长期使用未经验收的设备应视为验收合格，且出现的故障问题系因 C 公司使用不当，C 公司应当支付剩余款项。

### 案例三：涉及承揽人责任承担方式的认定与处理

E 公司向 F 公司订购定制家具，F 公司宣传手册及网上广告宣传家具面板基材为白蜡木。F 公司出具的报价单载明：“颜色：见实木样块”，实木样块材质未注明。E 公司在报价单及产品设计图上签字确认。E 公司在家具安装完毕后一年左右发现 F 公司交付的家具门板

材质为樱桃木，遂以 F 公司交付的家具材质与双方约定的白蜡木不符为由，诉至法院要求解除合同并退还家具款。F 公司认为双方约定的家具材质为“见实木样块”，实木样块材质为樱桃木，其交付的家具符合合同约定，且樱桃木价格高于白蜡木，E 公司未遭受损失。

#### **案例四：涉及承揽合同任意解除权的认定**

李某看到 G 影楼发布的 19.9 元古装写真广告后去店拍摄。后李某对照片、相册、化妆、服装等项目多次消费升级，与 G 影楼先后签订五份协议，合计金额达 2.6 万余元。李某通过向亲友借款和开通网贷支付部分款项后，当天向 G 影楼提出变更套餐内容、减少合同金额，遭 G 影楼拒绝。李某诉至法院要求解除五份协议、退还已经支付的 2 万余元，且尚未支付的款项不再支付。

## **02 承揽合同纠纷案件的审理难点**

### **（一）合同性质认定难**

在司法实践中，承揽合同与买卖合同具有诸多相似之处，二者之间常常难以区分。承揽合同纠纷案件中，当事人提交的合同名称表述往往不规范，且在正式的交易过程中，双方为了自身利益可能未对合同名称作出明确约定。因此，当合同中涉及对标的物的特殊约定时，应视为承揽关系中定作人的要求还是买卖合同中对产品性质的约定，往往会存在争议。如错误判断合同性质，将会影响到案件管辖、法律适用、举证责任划分、最终责任认定的准确性。

### **（二）涉及定作物质量异议的认定难**

承揽合同纠纷案件中，当事人往往就工作成果的质量问题产生争议。一是对于定作物质量异议的期限等内容确定难。对于当事人没有约定检验期限的，《民法典》规定的合理期间在实践中理解存在差异。二是质量标准的认定难。在承揽合同中关于质量标准的条款往往不够规范和详细，定作物是否符合合同约定较难认定。三是鉴定难。由于定作物是根据定作人要求定制，常常缺少行业标准。如果质量问题系隐蔽瑕疵且专业性较强，对于在案件审理过程中是否需要启动鉴定程序、如何采用鉴定结论等，在司法实践中存在不同认识。

### （三）涉及合同应否解除的认定难

承揽合同的解除权包括定作人的任意解除权、《民法典》第563条规定的法定解除权，以及当事人依据承揽合同约定行使的约定解除权。实践中，对于当事人是否有合同解除权、如何确定解除权的请求权基础、合同是否已经解除，以及合同解除的时间点如何确定往往存在较大争议。其中，关于定作人任意解除权的规定较为原则，导致实践中对于任意解除权的解释标准不一，特别是关于任意解除权能否通过约定预先放弃，定作人行使任意解除权后的损害赔偿范围等问题，较易引发纷争。

### （四）涉及合同解除的法律后果处理难

在承揽合同纠纷案件中，因定作物存在质量问题导致合同解除的，双方一般就定作物的权属难以达成一致。并且，对于定作物残值的计算通常需要经过评估程序，但有时由于保管不善造成标的物损毁，或者鉴定机构鉴定的依据和方法并不能反映检材的真实价值，导

致定作物残值难以认定。此外，如何确定违约责任的承担并对解除后果作出恰当处理，平衡双方当事人的权利义务，多成为此类案件的难点。

### 03 承揽合同纠纷案件的审理思路和裁判要点

审理此类案件时，应以《民法典》合同编及承揽合同的相关规定作为主要法律依据，对合同性质、效力、履行、变更、解除及违约责任等争议问题进行认定，对承揽合同中有关工作成果质量标准、交付、验收及质量异议期限等内容进行具体审查，合理分配举证责任。

#### （一）承揽合同与其他合同的辨析

承揽合同涉及生活中的多个领域，兼有买卖、劳务、委托等多重性质，容易与相近案由相混淆。其中，尤以买卖合同与承揽合同中承揽人提供原材料的定作合同最难区别。

##### 1. 与买卖合同的区别

承揽合同与买卖合同的主要区别在于以下几个方面：

##### （1）订立合同的目的

买卖合同是以发生标的物所有权转移为目的，而承揽合同是以获得特定的工作成果为目的。

##### （2）标的物是否具有特定性

买卖合同的标的物一般是种类物，具有通用性，一般有国家或行业标准；而承揽合同的标的物则是按照定作人的特殊要求专门制作的，具有特定性。

### （3）人身属性

买卖合同中买受人主要关注的是取得标的物的所有权，无人身属性要求；而承揽合同中定作人往往会对承揽人的资质能力、技术水平、设备条件较为关心，具有较强的人身属性。

### （4）对产品生产过程的控制力

买卖合同中买受人一般只需对交付的标的物是否符合其质量要求进行检验，无需对产品的生产过程进行监督检查；而承揽合同中承揽人负有接受定作人监督检查的义务，定作人对产品的生产过程实际具有一定的控制力。

### （5）合同价款的性质不同

买卖合同中约定的价款是标的物本身的价值，也就是通常所说的货款；而在承揽合同中，对于约定的价款，虽然实践中当事人也往往称之为货款，但其实为承揽人完成特定工作成果后的劳动报酬。

如案例一中，设备系依据A公司的图纸制造并根据其要求进行改动，并非按国家标准生产，不具有通用性。并且，合同约定余款的付款条件是待设备调试结束后付清，B公司需提供专业技术服务和后期安装调试。涉案合同虽名为买卖合同，但实际是B公司根据A公司的特殊要求完成并交付一定工作成果的协议。因此，本案中A公司与B公司之间的法律关系符合承揽合同法律关系的基本特征。

## 2. 与雇佣合同的区别

承揽合同以工作成果为目的，而雇佣合同以劳务供给为目的，劳务供给仅仅是手段或过程。承揽合同中承揽人完成工作成果获得报

酬，而雇佣合同中受雇人提供劳务即获得报酬。承揽人提供的劳务具有独立性，而受雇人需听从雇主指令，具有从属性。承揽人一定条件下可将劳务转化为他人所为，受雇人的劳务需亲自为之。

### 3. 与委托合同的区别

承揽合同的标的指向工作成果，承揽人以自己名义独立承担完成定作物过程中的风险，而委托合同的标的指向特定事务，更注重代为处理事务的过程，受托人一般以委托人的名义行事，风险由委托人承担。承揽合同中只有定作方可以随时解除合同，但委托合同中双方均可以随时解除合同。

## （二）定作物交付的认定及质量异议的处理

### 1. 承揽人交付定作物及定作人受领定作物的审查要点

#### （1）审查承揽人是否按时交付

法院需审查双方约定的交付时间。根据工作成果的性质，无需交付定作人的，承揽人完成工作时即为交付之日。工作成果毁损灭失的风险在标的物交付之前由承揽人承担，交付之后由定作人承担。

承揽人未在约定时间内完成工作，构成履行迟延。若允许定作人较轻易地解除合同，则承揽人所耗费的劳力、时间甚至巨额资金等承担的损失过高，对承揽人显失公平。因此，对于承揽人的责任判定应区分承揽是否为定期行为：若承揽为绝对定期行为，承揽人迟延履行，定作人可以直接解除合同并请求赔偿损失；若承揽并非绝对定期行为，如承揽人履行迟延但其工作已完成的，定作人可以基于承揽合同特性请求减少报酬或赔偿因迟延所受损害。

需要指出的是，由于承揽人履行迟延，致使定作人产生替代给付的费用、造成可得利益损失的，定作人即使不解除合同，也有权要求承揽人赔偿损失。若定作人在受领时对迟延并无异议，则不能据此主张减少报酬、解除合同或赔偿损失等。

## （2）审查定作人是否及时受领

工作完成后，承揽人按照约定交付工作成果而定作人迟延受领的，由定作人承担迟延受领期间工作成果毁损灭失的风险。定作人无正当理由拒绝接受工作成果的，承揽人可以催告定作人接受工作成果并进行检验。定作人超过合理期限受领工作成果且未支付报酬或材料费等价款的，承揽人可以根据《民法典》第 570 条、783 条规定，提存、留置或拒绝交付工作成果，并要求定作人支付报酬、保管费等费用，以及要求定作人承担违约责任。

## 2. 定作人验收的审查要点

对承揽人完成并交付的工作成果，定作人应及时检验。实践中存在以下定作人怠于验收的情形：

- ❖ 定作人怠于验收，使用标的物后，以未经验收为由拒付报酬；
- ❖ 验收涉及第三方，定作人怠于验收，拒付报酬；
- ❖ 定作人拒绝受领标的物并拒绝验收，拒付报酬。

定作人怠于验收，径行使用标的物不正当阻止付款条件成就的，应视为条件已成就。如案例二中，标的设备安装开始 C 公司就一直在使用标的设备进行生产。C 公司虽多次报修称设备存在质量问题，却未停止使用。虽然涉案合同项下设备没有经双方认可的验收报告，但

C公司长期使用未经验收的标的设备进行生产，应当视为验收合格。

C公司怠于履行验收义务，仍应支付剩余款项。

### 3. 定作物质量问题的审查

#### (1) 质量标准

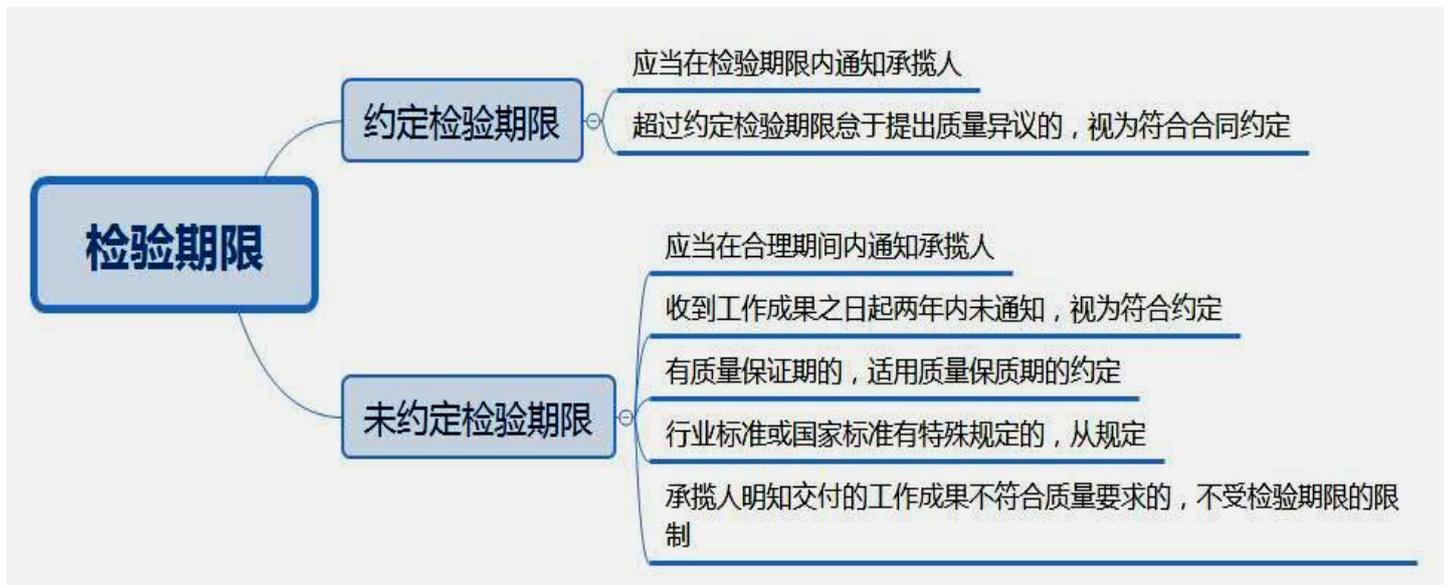
根据《民法典》第511条第1项规定，合同中有约定的按约定，若无约定则根据合同有关条款或者交易习惯确定；仍不能确定的，则根据国家标准、行业标准判断；还不能确定的，则根据通常标准或者符合合同目的的特定标准判断。承揽人交付的工作成果不仅应在质量上符合要求，也应保证在权利上没有瑕疵。



#### (2) 检验期限

《民法典》对于承揽合同的检验期限没有具体规定，对此根据第646条规定，可以参照适用第621条关于买卖合同中标的物检验期限的相关规定。当事人约定检验期限的，定作人应当在检验期限内将工作成果的质量或数量问题通知承揽人。定作人收到货物后超过约定的检验期限怠于向承揽人提出质量异议的，应视为定作物符合合同约定。

当事人没有约定检验期间的，定作人应当在发现或者应当发现工作数量或者质量不符合约定的合理期间内通知承揽人。定作人在合理期间内未通知或自收到工作成果之日起两年内未通知承揽人的，视为工作成果或者质量符合约定，但对工作成果有质量保证期的，适用质量保证期的约定。行业标准或国家标准有特殊规定的，从其规定。如承揽人对交付的工作成果明知或应当知道不符合质量要求时，定作人的异议期间不受上述检验期限的限制。



### (3) 造成质量问题的原因

如工作成果不符合质量要求系因定作人的指示或其提供的原材料所致，则承揽人无需承担瑕疵责任。如承揽人明知上述情形而不告知定作人，则仍应承担瑕疵责任。如果工作成果不符合质量要求是由于定作人与承揽人共同造成的，承揽人仍应负与其过错相适应的责任。如果定作人提供的材料、图纸与技术要求等均无问题，而承揽人

没有按照定作人指定的材料加工，或将定作人提供的材料偷换，或不按照合同约定的技术要求、技术条件和图纸进行工作，违反规定的技术规程等，提交的工作成果不符合合同约定的质量要求或通常效用，则应认定由承揽人承担瑕疵履行的责任。

#### （4）定作物质量鉴定

首先，应审查定作人是否对定作物存在质量问题提出初步证据，以及定作人提出质量异议是否在合理期限内。其次，应当审查定作物的质量问题是否属于隐蔽瑕疵。即应当审查根据承揽合同约定的安装、调试、验收等环节能否判断定作物存在有质量问题及问题产生原因、责任主体，是否存在专业性较强而只能通过专业机构鉴定质量问题。再次，根据《民事诉讼法》第79、81条规定，法院应当征询双方当事人意见，是否愿意委托鉴定，如当事人同意鉴定，应当释明由负有举证责任的当事人提出鉴定申请，并在指定期限内预交鉴定费，否则应当承担举证不能的法律后果。最后，鉴定的结论应当由双方当事人发表质证意见，必要时由鉴定机构到庭对双方提出的问题进行分析说明。

#### 4. 承揽人责任承担的方式

《民法典》第781条规定，承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以合理选择请求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。结合承揽合同的特点，需要特别说明以下两点：

##### （1）修理、重作

修理、重作应优先于减少报酬、赔偿损失等救济措施适用。工作

成果不符合要求时，原则上定作人应先确定一定期限要求承揽人修理，在承揽人拒绝修理或迟延修理前，定作人不能寻求其他救济手段。为修理支出的必要费用由承揽人承担。在承揽人未在合理期限内再交付符合质量要求的工作成果时，定作人可以选择自行或请第三人修理、重作，由此产生的必要费用则应由承揽人承担。

## （2）减少报酬

根据《民法典》第781条规定，在承揽人交付的工作成果存在质量瑕疵时，定作人可以要求减少报酬。

如案例三中，案涉家具已经安装并交付使用，无论使用的是樱桃木还是白蜡木，均系实木材质，并不影响案涉定制家具产品的整体风格，且E公司在使用一年多以后才提出材质与约定不符，期间没有停止使用，故F公司交付的家具并无严重质量问题和足以影响E公司正常使用的重大瑕疵，并未达到解除合同返还定作物的程度。因此，对于E公司要求解除合同的诉请不予支持，但鉴于确实存在案涉家具材质与合同约定不符的情形，法院可酌情判定E公司减少支付相应的报酬。

## （三）承揽合同解除权的认定

承揽合同的解除权包括约定解除权、法定解除权和任意解除权。三种解除权的构成要件及法律后果存在区别。案件审理过程中，应当固定当事人行使解除权的请求权基础，当事人提出行使多种解除权的，应向当事人释明确定行使解除权的类型，当事人拒绝作出选择的，应分别审查是否符合对应的解除权。



## 1. 对于行使法定解除权、约定解除权的审查

首先，应当确定行使法定解除权、约定解除权的一方是否是守约方。原则上守约方才有合同解除权，但根据《民法典》第 580 条第 2 款规定，当发生合同僵局致使不能实现合同目的时，违约方在符合特定条件的前提下可以提出终止权利义务关系。法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或免除。其次，当事人提出行使法定解除权的，应综合考虑违约程度、合同目的能否实现等事项审查是否符合法定解除的条件。当事人提出行使约定解除权的，应审查是否符合合同约定的解除条件。

## 2. 对于行使任意解除权的审查

《民法典》第 787 条规定，定作人在完成工作前可以随时解除合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。审查要点包括：首先，应当审查任意解除权的行使主体。承揽合同中只有定作人才享有任意解除权。其次，审查任意解除权的行使期限。虽然定作人行使任意解除权

无需说明理由，但只有在承揽人完成工作前方才可以行使该权利。

如案例四中，G影楼尚未完成全部工作内容即提供全部美容、拍摄等服务，此时李某作为定作人享有任意解除权。然而因影楼已提供部分服务，已履行完毕的协议不能解除，故法院判决五份协议中尚未履行的协议全部解除，未全部履行的协议部分解除，已经履行完毕的协议不能解除，G影楼退还合同款项1.86万元。

定作人不得在承揽人已经完成加工工作后行使任意解除权。如果定作物已经全部交付，仅有加工款尾款未支付，定作人不能行使任意解除权。如果定作物存在质量问题，定作人只能向对方主张违约责任。

需要注意的是，承揽合同双方不能通过约定排除定作人的任意解除权，理由在于：一是承揽合同中定作人享有的任意解除权属于一种特例，是由承揽合同的特点决定的；二是法律赋予定作人的任意解除权属于强制性规范；三是承揽合同任意解除权的制度初衷在于避免社会价值的浪费，符合民法的绿色经济原则。

### 3. 对于解除权行使方式的审查

根据《民法典》第565条规定，法院应当审查当事人是否采取通知方式行使解除权。定作人解除合同的，应当通知承揽人，承揽合同自通知到达承揽人时解除，合同的权利义务终止。

承揽合同的定作人或承揽人仅提出解除合同的，应当向其释明变更诉请，并告知当事人对合同解除的法律后果一并处理，另一方当事人一并提出抗辩，尽可能一次性地解决纠纷。同时，判决解除承揽合同的，除需在判决书“本院认为”部分对解除合同的后果作出认定

外，还应当判决主文中明确表述。

#### （四）合同解除的后果处理

##### 1. 合同解除的法律后果

承揽合同解除法律后果的把握上，需对定作物归属判定、定作物残值处理两方面加以特别注意：

##### （1）定作物归属判定

合同解除后，法院可以组织双方对定作物的归属进行协商，以寻求未完成定作物价值最大化的合理方案。在未能协商达成一致的情况下，如承揽人尚未完成定作物，考虑到此时定作物仍在承揽人处，为避免运输、仓储等二次费用，且作为承揽人显然有更多可能将半成品予以再利用，可将定作物交由承揽人处理。如承揽人已将设备全部完成，即基本完成合同义务，法院可将成品判归定作人所有。定作人提供原材料有剩余的，也应当返还定作人。定作人按合同约定预先支付报酬的，承揽人在扣除已完成部分的报酬后，应当将剩余价款返还定作人。

对于承揽人而言，如果为了加快工作进度，擅自开始完成承揽工作，在接到定作人解除合同的通知后，没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿，并应依照过错程度自行承担相应损失。

##### （2）定作物残值处理

对于定作物残值的处理，法院应当征询当事人的意见并进行释明，从有利于定作物价值利用、平衡双方利益的角度，认定定作物处

理方法。在部分案件中，由于标的物毁损或难以鉴定等原因，对于残值部分难以认定，此时应当结合价格佐证，如制造成本、预期利润、市场行情、行业数据、上下游价格等确定残值。

## 2. 定作人行使任意解除权后的赔偿范围

对于定作人行使任意解除权造成承揽人损失的，在合同没有约定的情况下，原则上不能适用违约金而只能适用赔偿损失的方式进行救济。

赔偿损失的范围除赔偿实际损失外，对于履行利益应当根据个案情况从严把握。对于赔偿范围可以从以下几方面加以考虑：一是区分材料提供人是定作人还是承揽人，如果是定作人提供材料，赔偿范围则不应包括材料费；二是审查承揽人完成工作的进度及定作人已支付报酬的情况，确定定作人应当支付的报酬；三是审查承揽人是否因定作人行使任意解除权获利，赔偿范围应扣除承揽人获利部分；四是审查定作人、承揽人对损失的扩大是否存在过错，按过错程度承担赔偿责任。最后仍无法确定损失金额的，应综合考虑上述几方面后酌定赔偿金额。

## 04 其他需要说明的问题

### （一）承揽合同中的留置权问题

《民法典》第783条规定，定作人未向承揽人支付报酬或材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权或者有权拒绝交付，但当事人另有约定的除外。“拒绝交付”并不是承揽人不再履行交付

义务，而是暂时停止交付，待定作人向承揽人支付报酬或材料费等价款后，再履行交付义务。

承揽合同留置权的具体处理应适用《民法典》第二编第十九章的规定。需要注意的是，承揽合同中留置权的行使对象只能是完成的工作成果，不包括定作人提供的材料或模具等物。

## （二）承揽关系中的侵权责任

《民法典》第 1193 条规定，承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害的，定作人不承担侵权责任。定作人对定作、指示或选任有过错的，应当承担相应的责任。关于承揽关系中侵权责任问题的具体处理应适用人身损害赔偿相关的法律法规，故在本文中未予列明。

## 搜索关键词隐性使用的不正当竞争判定

来源：人民司法杂志社

文/姜广瑞（一审承办人） 庄雨晴

作者单位：上海市浦东新区人民法院

日期：2023 年 5 月 18 日

### 【裁判要旨】

在搜索引擎后台将他人商业标识设置为关键词的行为未破坏该商业标识的识别性，不会导致相关公众混淆，故不属于反不正当竞争法所规定的商业混淆等类型化不正当竞争行为。同时，该种使用方式未对经营者利益、消费者利益和公共利益所组成的“三元叠加”法益造成实质性损害，亦未违反诚实信用原则和商业道德，不应再适用反不正当竞争法原则性条款予以规制。

### 【案号】

一审：（2020）沪 0115 民初 3814 号

二审：（2021）沪 73 民终 772 号

### 【案情】

原告：上海鸿云软件科技有限公司（以下简称鸿云公司）。

被告：同创蓝天投资管理（北京）有限公司（以下简称同创蓝天公司）、北京百度网讯科技有限公司（以下简称百度公司）。

原告鸿云公司是一家集移动应用定制开发、互动营销解决方案、移动应用云平台服务为一体的科技公司，主营 VR 全景制作及加盟服务，其官方网站的域名为 [www.720think.com](http://www.720think.com)。原告发现通过 [www.baidu.com](http://www.baidu.com) 网站搜索“上海鸿云科技有限公司”，搜索结果显示，第一个链接为原告鸿云公司的官方网站。而将搜索页面下滑至末端，最后一个链接条目为“3DVR 全景加盟\_VR 招商加盟\_VR 全景营销系统代理”，底下有“本月 66 人已咨询相关问题 3DVR 全景加盟 酷雷曼 3DVR 全景加盟，适合各种人群代理加盟，无需基…电话咨询：24 小时人工在线”的介绍，下面有“酷雷曼加盟更省心”“广告”等字样。进入该链接条目，即进入域名为 [4g.kuleiman.com](http://4g.kuleiman.com) 的网站，网站首页有“制作优质的全景作品 提供完善的全景平台”。该网站的经营主体为被告同创蓝天公司。同创蓝天公司于 2019 年 7 月 9 日进行了添加 URL 的操作，添加的 URL 名称为 [www.720think.com](http://www.720think.com)。

原告鸿云公司认为被告同创蓝天公司采用非正当方式，将原告 [www.720think.com](http://www.720think.com)（以下简称 URL）作为关键词在百度搜索手机端进行推广，使得原告的潜在客户在搜索原告企业名称时，在搜索页面出现被告的推广链接，属于恶意抢占原告客户源的行为。被告百度公司作为国内专业从事搜索推广服务的知名公司，理应严格审查被告同创蓝天公司行为是否构成侵权，因而未尽到合理审查义务，应承担侵权责任。两被告的行为违反了反不正当竞争法第二条、第六条第（三）

项的规定，构成了对原告的不正当竞争。

被告同创蓝天公司辩称：首先，被告同创蓝天公司的行为不构成反不正当竞争法规定的混淆性不正当竞争行为，也不构成反不正当竞争法规定的虚假宣传不正当竞争行为。其次，原告的合法权益并未因被告同创蓝天公司的竞争行为而受到任何实质性损害。被告同创蓝天公司的广告链接位于搜索结果页面最后一位，原告网站的链接及相关信息处于搜索页面的首位，其并未因被告同创蓝天公司设置关键词而淹没在搜索链接中，该行为并未利用原告的商誉，也未给原告造成实际损害。最后，被告同创蓝天公司的行为没有违反诚实信用原则和公认的商业道德，该行为不具有不正当性和可责性。被告百度公司辩称：首先，被告同创蓝天公司的推广链接有明显的广告标志，在前端亦未将原告任何信息作为商业标识在其推广链接的标题、描述或其网站页面中向公众展示。其次，被告同创蓝天公司仅在系统后台设置原告网址的 URL 为关键词，且搜索原告企业名称的前台展现上，原告官网链接仍然位居搜索结果第一位，被告同创蓝天公司在最后一位，已经保证了原告网址对于消费者的可见性。再次，被告同创蓝天公司设置推广链接的行为未导致搜索原告企业名称信息时的网络用户在搜索结果中不能发现或难以发现原告的网站链接或者对原被告产品的混淆误认而错误购买被告同创蓝天公司的产品。

### 【审判】

上海市浦东新区人民法院经审理认为，适用反不正当竞争法第二

条认定某一行为是否属于不正当竞争行为，一般应具备以下条件：1. 法律对该种竞争行为未作出特别规定；2. 反不正当竞争法保护的法益因被诉行为受到实际损害；3. 该竞争行为确因违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性和可责性。

一、反不正当竞争法未对被告同创蓝天公司的行为作出特别规定。本案中，被告同创蓝天公司虽在被告百度公司提供的系统后台将原告的 URL 设置为关键词，但在前端均不存在与原告企业字号、URL 等任何内容相关的信息。在推广链接的底部明确标注了“广告”字样、载明了被告同创蓝天公司的注册商标“酷雷曼”且显示在搜索页面最下方的情况下，相关公众在施以一般注意力的情况下，不会导致将原告与被告同创蓝天公司发生产品来源混淆或二者存在特定关系的误认，故被告同创蓝天的该行为不属于反不正当竞争法第六条规制的内容。

二、反不正当竞争法所保护的法益未因被诉行为受到实际损害。首先，被告同创蓝天公司的行为未损害原告的合法权益。虽然被告同创蓝天公司将原告的 URL 设置为搜索关键词，但原告官方网站依旧出现在搜索结果的首位。这种无需支付费用的显示已经保证了商业标识专用权人的网址对于消费者的可见性，未对原告的合法权益造成损害。其次，被告同创蓝天公司的行为未剥夺消费者信息选择的权益。从消费者利益的角度来看，若允许选用他人商标、企业名称、域名等商业标识作为关键词，则能够帮助消费者获得更多的信息和选择的机会，降低其搜索成本。互联网用户使用某一商业标识作为搜索词进行

搜索时,其目的既有可能是寻找与该商业标识相关的信息,也有可能是寻找该商业标识所有人竞争对手的信息。这些信息只要不是虚假或误导性的,就有助于消费者做出理性的购买决策。最后,被告同创蓝天公司的行为未扰乱正常的市场秩序。在关键词搜索中,良好的市场秩序要求各市场主体保持清晰的可辨识度,消费者不会对不同市场主体提供的产品、服务产生来源混淆。本案中,被告同创蓝天公司的行为未破坏市场主体的辨识度,未扰乱正常的市场秩序。

三、该竞争行为未违反诚实信用原则和公认的商业道德。自由竞争是市场经济的根本属性,任何竞争都会产生竞争者间的利益减损,竞争与损害相伴而生、如影随形。因此,竞争对手之间彼此进行商业机会的争夺是竞争的常态和应有特征,也是市场竞争所鼓励和提倡的。在付费搜索广告服务中,关键词选用行为本身是一种市场竞争的手段,识别那些对其竞争对手产品有明显兴趣的目标消费者并试图说服这一群体改变选择是商业竞争的一种重要手段。在开放的竞争环境下,隐性关键词的使用方式符合现代销售和合法竞争的精神,该竞争行为并不违反诚实信用原则和公认的商业道德。

综上,上海浦东新区法院判决驳回原告鸿云公司全部诉讼请求。鸿云公司不服一审判决提起上诉。二审中,鸿云公司撤回上诉,一审判决生效。

### 【评析】

所谓搜索关键词的隐性使用行为,是指在互联网搜索引擎的后台

系统内部将其他经营者的商标、企业名称或域名等标识作为搜索关键词进行使用的行为。搜索关键词的隐性使用是与搜索关键词的显性使用相对应的概念，在显性使用的情形中，使用人往往是将其他经营主体的商业标识设置为关键词并展示在其运营的网站或广告内容之中，使得他人的商业标识可以直接向互联网用户进行展示。对于搜索关键词的显性使用，司法实践中主要是通过商标侵权判定，从商标性使用、商标混淆或驰名商标淡化等路径入手进行规制，我国已有的司法判决对于显性使用行为多认定为构成商标侵权。然而对于搜索关键词的隐性使用行为，由于关键词仅设置于搜索引擎的后台中，因而用户并不能在推广网页中看到该等搜索关键词，故一般不会涉及商标侵权行为。在司法实践中，多数案例是从反不正当竞争的角度入手对搜索关键词的隐性使用行为进行评价的。同时，由于搜索关键词的隐性使用行为并不属于反不正当竞争法及相关司法解释所明确规定的不正当竞争行为，故实践中法院多依据反不正当竞争法第二条的一般条款进行评价。

## 一、搜索关键词隐性使用类不正当竞争的司法实践

当前司法实践中，人民法院对于搜索关键词隐性使用行为的裁判思路各异。根据关键词的具体使用情况及搜索结果的排列情况，现有的司法案例存在认定该等行为构成不正当竞争及不构成不正当竞争两种截然不同的裁判结果。

### （一）认定构成不正当竞争行为

实践中，认定搜索关键词的隐性使用行为构成不正当竞争的典型案例包括“畅想软件案”“映美 Jolimark 案”“ETW 国际案”以及“LPM 案”等。在判决关键词的隐性使用行为构成不正当竞争的案例中，法院主要基于以下理由从行为人的主客观方面进行评价：在主观上，法院认为行为人将与他人商标或企业名称相同的文字、字母设置为关键词，主观上具有借用他人的声誉提高其网站点击率的故意，有违诚实信用原则，主观过错明显。而在客观上，法院所持的主要裁判观点包括：1. 认为被诉行为客观上改变了搜索引擎的搜索结果，干预了互联网用户在搜索上述关键词后所应当出现的自然排序，从而导致在搜索结果中被告网站出现在原告网站前面的结果，会使原本想访问原告网站的潜在客户访问被告网站，从而增加用户选择被告的可能性。2. 认为被诉行为增加被告的交易机会与营业收入，并一定程度上减少原告的交易机会与收入。3. 认为被诉行为使商标权人就该享有的商标专用权应获得的相关利益受损，争夺了本该属于商标权人的商业机会，淡化了商标权人与其注册商标的联系，给商标权人造成消极影响。

## （二）认定不构成不正当竞争行为

实践中，法院认为搜索关键词的隐性使用不构成不正当竞争的案件主要包括“金夫人案”“慧鱼案”“360 杀毒案”“四通搬家案”等。在上述认定搜索关键词的隐性使用不构成不正当竞争的案例中，法院的主要裁判观点包括：1. 认为被诉侵权人设置的推广链接的描述及其公司网站的内容足以表明其提供的商品的来源，并未借用商标权

人的名义,并未故意造成与商标权人的商品混淆误认或使人认为二者有特定的联系,其行为不属于利用了原告的商誉,并未对原告的合法权益造成实际损害,其行为不构成不正当竞争。2.认为鉴于相关公众仅可能看到网页上显示的搜索结果,而对后台运行情况并无认知,故相关公众在看到网页上的搜索结果时并不会认为相关搜索结果与企业名称权人有关,亦即不具有混淆误认的可能性。据此,鉴于涉案竞价排名服务并不具有使相关公众产生混淆误认的可能性。

## 二、关键词隐性使用不正当竞争判定中的“三元叠加”法益考量

反不正当竞争法第二条规定,不正当竞争行为,是指经营者在生产经营活动中,违反法律规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。据此,反不正当竞争法保护的法益是公共利益(市场秩序)、经营者利益和消费者利益的“三元叠加”。以一般条款认定不正当竞争行为,不能像判断绝对权侵权那样简单清晰,尤其不能简单以经营者权益受到竞争行为的损害来反推行为不正当,而需要综合考量竞争秩序和消费者利益等各种关系。因而,适用反不正当竞争法第二条判定某一行为的损害时,须就该“三元叠加”的法益进行全面衡量。

### (一) 市场经营者利益的考量

在市场经济之下,市场竞争主要表现为对资源和商业机会的争夺。正如最高人民法院在“山东食品与马达庆案”民事裁定书中所指出的,在反不正当竞争法上,一种利益应受保护并不构成该利益的受

损方获得民事救济的充分条件。商业机会虽然作为一种可以受到反不正当竞争法所保护的法益，但本身并非一种法定权利，而且交易的达成并非完全取决于单方意愿而需要交易双方的合意，因此他人可以自由参与竞争来争夺交易机会。诚然，商业机会可以成为一种受反不正当竞争法所保护的法益，然而，反不正当竞争法对于法益的保护具有限制并需要特定的方式，具有不确定性和有条件性，只有在他人实施不正当竞争行为时，才能通过制止该不正当竞争行为加以保护。

本案中，原告诉称其交易机会可能会因被告同创蓝天公司将其 URL 设置为关键词的行为而减少，然而，这种具有一定概率性的交易机会的损害并不能当然获得法律保护。在竞争自由原则下，市场竞争者均有权利通过正常的商业手段争夺交易机会，一方竞争者难以仅因为另一方的市场竞争行为可能降低自己获得交易机会的概率而证明自己受有损失。原告是否获得该交易机会，其关键还在于自身产品质量、价格、售后服务等相较于被告同创蓝天公司是否更具有竞争力。被告同创蓝天公司隐性使用原告 URL 的行为并不必然导致原告交易机会的丧失，原告事实上并未能证明其因被告的行为受有实际损失。本案被告百度公司所提供的隐性关键词付费搜索服务是一种正常的商业推广服务，并未影响权利人自己的网页同时出现在自然搜索结果中，也并未影响权利人在自然搜索中的排位，因而关键词的选择并没有剥夺原告有效使用自己 URL 来告知和赢取客户的机会。

## （二）消费者合法权益的考量

反不正当竞争法主要是通过规范和调整竞争关系，维护竞争秩

序，来实现对消费者权益的保护，因此反不正当竞争法仅调整经营者实施的涉及竞争关系和竞争秩序的损害消费者权益的行为。从这个层面上来讲，反不正当竞争法上所保护的消费者权益与公共利益，也即竞争秩序，是息息相关的。而在搜索关键词的隐性使用类不正当竞争纠纷中，应当重点考察的是通过隐性关键词的使用行为是否因扰乱公平的市场竞争秩序而增加了消费者在通过使用搜索引擎搜索商品或服务的选择成本，进而损害消费者合法权益。

本案中，被告同创蓝天公司的推广网页中并没有包含虚假或误导性信息，网页信息中清楚地表明了自己的身份而未包含原告商标、企业名称等商业标识，且推广内容附有明确的广告标记，使得其与一般自然搜索结果可以区分，因此消费者在一般情况下可以清楚地将原告与被告进行区分而不会增加其选择成本。反之，互联网用户使用某一商业标识作为关键词进行搜索时，其目的既有可能是寻找与该商业标识相关的信息，也有可能是寻找该商业标识所有人竞争对手的信息，隐性关键词的使用行为仍可能帮助消费者获得更多的信息和选择的机会，降低其搜索成本。

### （三）公共利益的考量

反不正当竞争法对于公共利益的保护体现在对于市场竞争秩序的维护，公平的市场秩序对于相关市场及整个经济社会领域的发展都至关重要。而所谓的对竞争秩序的损害，即是指经营者的行为通过不当地损害了他人的竞争优势或不当地获取竞争利益从而导致相关市场丧失公平、正常的竞争秩序，其结果往往表现为导致市场上资源及

商业机会的分配与相关经营者所做的商业上的投入失调。而正如本案判决书中所述，在关键词搜索中，良好的市场秩序要求各市场主体保持清晰的可辨识度，消费者不会对不同市场主体提供的产品、服务产生来源混淆。在这种情况下，一方面推广链接中既未出现容易导致消费者混淆的标识，也未影响搜索结果的自然排名，不会影响到原告潜在客户的识别与判断，不当然构成对原告竞争优势的损害；另一方面被告同创蓝天公司通过购买被告百度公司的设置后台隐性关键词服务向目标群体展示自己的网页链接，争取潜在的商业机会，属于正常的商业推广行为，并不属于不当地获取竞争利益，因而，本案中关键词的隐性使用行为未对正常的竞争秩序构成影响。

### 三、反不正当竞争法中商业道德的价值与标准

反不正当竞争法是维护商业伦理的法律。效率价值取向的商业伦理与世俗道德存在明显的差异，因此在适用不正当竞争法第二条来评价行为人是否违反商业道德时，应当考量商业伦理中维护竞争自由和符合市场精神的价值取向，而避免仅用世俗道德标准来衡量商业道德。正如最高法院在“山东食品与马达庆案”民事裁定书中所指出的：“商业道德要按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判，它既不同于个人品德，也不能等同于一般的社会公德，所体现的是一种商业伦理。经济人追名逐利符合商业道德的基本要求，但不一定合于个人品德的高尚标准；企业勤于慈善和公益合于社会公德，但怠于公益事业也并不违反商业道德。”

事实上,追逐利益是市场经营者的“商人本性”,自由竞争是市场竞争的本质属性。对于同一交易机会而言,竞争对手之间一方有所得另一方即有所失,利益受损方要获得民事救济,还必须证明竞争对手的行为具有不正当性。只有竞争对手在争夺商业机会时不遵循诚实信用原则,违反公认的商业道德,通过不正当的手段攫取他人可以合理预期获得的商业机会,才为反不正当竞争法所禁止。具体到本案中,在付费搜索广告服务提供商与广告商之间形成一种信息的交换,这是一种以“竞争对手的目标消费者群体的信息”为客体的交易,是一种帮助广告商定位到竞争对手的目标消费者群体的服务。因而,通过付费的方式选取搜索关键词并将其使用于搜索引擎后台以向潜在的目标群体推广自身的网页链接,其本身仅是一种正常的市场竞争手段。只要行为人的关键词使用行为没有不正当地影响到关键词原权利人的商业利益或合理预期中的商业机会,就并不能仅以行为人通过使用关键词获取了利益而认定其行为违反了诚实信用原则与商业道德。而在推广链接并未展示其所隐性使用的关键词并且明确标注其作为广告推广链接的身份时,特别是推广链接在搜索结果中的排位低于关键词原权利人的链接时,推广链接并未影响原权利人链接对消费者的可见性与识别性,没有以混淆等方式干扰消费者的信息选择,没有减少原权利人的商业机会,因而该种市场竞争行为不应受到反不正当竞争法的否定评价。

(案例刊登于《人民司法》第14期)

## 知案知法 | 搜索关键词隐性使用的行为定性

来源：人民司法杂志社

作者：赵志强 黄晨 张琰(复议裁定承办人)

作者单位：重庆市第一中级人民法院

日期：2023年5月18日

### 【裁判要旨】

经营者将他人享有合法权益的企业名称或字号设置为搜索关键词，搜索结果的页面中不显示权利人相关信息，该种使用方式属于搜索关键词隐性使用。该行为不会导致消费者混淆或误认两者具有特定联系的，不适用《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条规定，但并不意味着该行为具有正当性。该行为导致经营者网站访问几率提高，劫持了权利人的潜在客户，抢夺了权利人的交易机会，违反诚实信用原则及公认的商业道德，构成不正当竞争，受《反不正当竞争法》第二条规制。

### 【案情】

玉雅口腔门诊部成立于2011年12月18日，后于2015年5月22日更名为原告重庆玉雅口腔门诊部有限公司（以下简称为玉雅口腔公司），经营范围为口腔科。被告重庆牙博士诚嘉口腔医院有限公

司（以下简称牙博士口腔公司）成立于 2012 年 3 月 15 日，与玉雅口腔公司相距 4.2 公里，经营范围包括口腔科等。牙博士口腔公司在 360 平台购买了“玉雅”“玉雅口腔”等搜索关键词，并设置其公司网址 <http://www.67121111.com> 为上述关键词的搜索结果。用户在 360 平台上搜索“玉雅”“玉雅口腔”等关键词，搜索结果首页中出现“玉雅口腔 全心全意 专注口腔健康”链接，点击该链接直接进入牙博士口腔公司的上述网站，网页显示的所有内容均指向牙博士口腔公司，不涉及玉雅口腔公司。玉雅口腔公司认为牙博士口腔公司的上述行为侵犯其企业名称权因而构成不正当竞争，遂诉至法院请求判令牙博士口腔公司停止不正当竞争行为并赔偿经济损失。

### 【裁判】

生效裁定认为：首先，上诉人玉雅口腔公司对涉案关键词享有权益。本案中，涉案搜索关键词为“玉雅”、“玉雅口腔”，而上诉人的全称为“重庆玉雅口腔门诊部有限公司”，“玉雅”系其字号，“玉雅口腔”系其字号加行业，上诉人对上述关键词享有合法权益，有权对侵犯其权益的行为主张权利。其次，被上诉人牙博士口腔公司的涉案行为构成不正当竞争。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）第六条第（二）项之规定，其他经营者擅自使用权利人具有一定影响力的企业名称、简称、字号，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的，该行为构成不正当竞争。本案中，上诉人的前身玉雅口腔门诊部于 2011 年 12 月 18 日成立，“玉

雅”是其企业字号。虽然上诉人于2015年5月22日改名为玉雅口腔公司，企业形式自个体工商户变更为有限责任公司，但“玉雅”仍为其企业字号，因此，玉雅口腔门诊部的商誉应当由玉雅口腔公司继承。从现有证据来看，玉雅口腔公司及其前身玉雅口腔门诊部通过其微博、公众号进行宣传，被重庆市口腔医学会授予玉雅口腔门诊部副会长单位，与平安保险联合推出“798”全年口腔健康险计划，开设“小小牙医”课程等宣传活动，可以认定其企业名称及字号具有一定影响力。但，在360搜索平台搜索“玉雅”、“玉雅口腔”等关键词，点击搜索结果页面中“玉雅口腔 全心全意 专注口腔健康”，会直接跳转进入“重庆牙博士诚嘉口腔医院”的页面，网页中相关信息均指向牙博士口腔公司，并无玉雅口腔公司的相关信息。牙博士口腔公司的经营场所即重庆牙博士诚嘉口腔医院亦无与玉雅口腔公司相关的信息。作为消费者，正常情况下，会明了为其提供医疗服务的经营主体系牙博士口腔公司。因此，被上诉人在360搜索平台设置关键词“玉雅”、“玉雅口腔”，并将该关键词的搜索链接接入其公司网站的行为，并不会导致消费者混淆或者认为两者具有特定联系。被上诉人的上述行为并不适用于上述反不正当竞争法第六条第（二）项之规定。被上诉人牙博士口腔公司的涉案行为不适用于上述规定，并不意味着该行为具有正当性，应当适用《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条之规定，理由在于：第一，上诉人玉雅口腔公司对涉案关键词“玉雅”、“玉雅口腔”享有权益，有权对他人侵犯其合法权益的行为主张权利。第二，涉案关键词“玉雅”、“玉雅口腔”并非被上诉人牙

博士口腔公司的企业名称、简称或字号，现有证据不能证明被上诉人牙博士口腔公司对涉案关键词享有权益。因此，被上诉人牙博士口腔公司在涉案网络平台上使用该关键词，并将该关键词的搜索链接接入其公司网站的行为并不具有合理依据。第三，上诉人玉雅口腔公司与被上诉人牙博士口腔公司的经营范围相同，均包含口腔科，且两者的经营地址仅相距4余公里，两者存在竞争关系。第四，被上诉人的涉案行为导致欲通过搜索涉案关键词寻找上诉人以获得相关医疗服务的消费者，最终可能成为被上诉人牙博士口腔公司的客户。因此，该行为实质上劫持了上诉人的部分潜在客户，抢夺了上诉人的交易机会，损害了上诉人的合法权益，扰乱了市场竞争秩序，其行为构成了不正当竞争。

基于上述分析，法院认定被上诉人牙博士口腔公司的涉案行为构成不正当竞争，判决被上诉人牙博士口腔公司赔偿上诉人经济损失及合理开支共计20000元。

## 【评析】

### 01 搜索关键词设置的表现形式

互联网商业模式下，设置搜索关键词是网络平台提供的一种常见信息检索服务和商业营销模式，其原理是：经营者将特定文字如注册商标、企业名称、商品名称等商品标识设置为关键词，并将该关键词与特定的网站建立对应关系，然后网络用户在搜索引擎的搜索框中输入关键词时，关键词触发搜索引擎搜索结果。较为常见的是经营者将

商标、企业名称或字号、商品名称设置为关键词，用于互联网信息检索或推广链接。

从司法实践来看，引发纠纷主要是因经营者将他人享有合法权益的商标、企业名称或字号、商品名称设置为搜索关键词使用，主要包括三种情形：第一种为显性使用，指的是将他人商标、企业名称或字号、商品名称等设置为搜索关键词，用户在搜索框中输入关键词进行搜索，搜索结果中显示的链接标题中包含上述关键词，点击该链接进入的网站页面中亦有该权利人的相关信息。第二种为隐性使用，指将他人商标、企业名称或字号、商品名称等设置为搜索关键词，用户在搜索框中输入关键词进行搜索，搜索结果中显示的链接标题并不包含上述关键词，点击该链接进入的网站页面中亦没有该权利人的相关信息。第三种介于显性使用和隐性使用之间，是指将他人商标、企业名称或字号、商品名称等设置为搜索关键词，用户在搜索框中输入关键词进行搜索，搜索结果中显示的链接标题中包含上述关键词，点击该链接进入的网站页面中没有该权利人的相关信息。本文讨论的隐性使用包括上述第二、第三种情形。

一般情况下，将他人享有合法权益的商业标识设置为搜索关键词显性适用，认定为侵权不存在争议。但隐性使用的性质认定相对复杂，需要结合《商标法》《反不正当竞争法》等综合评判。

关键词隐性使用的对象包括他人企业名称、字号（包括全称、简称）、商品名称等。为此，笔者在中国裁判文书网检索并筛选了 40 篇关键词隐性适用的裁判文书，对其进行分析，发现因使用对象不同，

行为性质的认定结论也会有差异。

## 02 将他人企业字号设置为搜索关键词是否属于混淆性不正当竞争

本案中，牙博士口腔公司使用玉雅口腔公司企业字号作为搜索关键词使用，是否构成不正当竞争行为，以及如何选择适用《反不正当竞争法》条文，是一、二审裁判分歧所在。

《反不正当竞争法》在规制不正当竞争行为时采用特殊规定与一般条款相结合的方式，按照特别规定优于一般规定的法律适用原则，应首先判断该行为是否能够被具体条款所吸收。《反不正当竞争法》第六条规定了几种具体的混淆性不正当竞争行为，即擅自使用他人商业标识或商业外观，引人误认为是他人商品或与他人存在特定联系的不正当竞争行为。《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第六条规定，具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的企业名称中的字号，可以认定为反不正当竞争法第五条第三项规定的“企业名称”。适用该条的前提是商业标识或商业外观“有一定影响”，行为结果是产生混淆。

首先，从“有一定影响”的适用前提来看，玉雅口腔公司在经营过程中通过微博、公众号的宣传，被重庆市口腔医学会授予玉雅口腔门诊部副会长单位，与平安保险联合推出“798”全年口腔健康险计划，在其提供的服务领域具有一定知名度，据此可认定玉雅口腔在相关竞争范围内有一定影响力。

其次，从是否会导致消费者产生混淆的结果看，在360搜索平台以“玉雅”、“玉雅口腔”等关键词进行搜索，点击搜索结果页面中“玉雅口腔 全心全意 专注口腔健康”，会直接跳转进入“重庆牙博士诚嘉口腔医院”的页面，网页中相关信息均指向牙博士口腔公司，并无玉雅口腔公司信息。按照一般消费者的认知，会认为提供医疗服务的经营主体是牙博士口腔公司，因此不会使消费者产生混淆，或者认为两者具有特定联系。

综合以上分析，牙博士口腔公司在360搜索平台设置关键词“玉雅”、“玉雅口腔”，并将该关键词的搜索链接接入其公司网站的行为，并不会导致消费者产生混淆或者认为两者具有特定联系，因此不属于《反不正当竞争法》第六条规定的混淆性不正当竞争行为。尽管该行为并不可归入第六条列举的具体情形，但并不意味着该行为就必然具有正当性，还应结合《反不正当竞争法》第二条进行评价。

### 03 适用《反不正当竞争法》第二条的判断因素

竞争行为虽不属于《反不正当竞争法》明确列举的情形，但违背诚实信用原则和公认的商业道德，损害竞争秩序和其他经营者、消费者合法权益，确有必要予以制止的，可适用《反不正当竞争法》第二条规定予以规制。《反不正当竞争法》第二条规定作为一般规定内容较为原则，体现了保持开放与适当限制的立法精神，即既要调和法律滞后与社会现实之间的矛盾，增强法律对市场竞争的适应性，也要在司法审判中合理限制、审慎适用，防止一般条款泛化适用妨碍自由、

公平竞争的市场秩序。具体可结合如下因素判断：

### （一）行为要件：被诉竞争行为违反诚实信用原则和公认商业道德

《反不正当竞争法》是典型的行为法，因此对竞争行为的性质的判断是首要考虑问题，评价标准是诚实信用原则和公认的商业道德。其中，诚实信用原则是指在特定行业领域商业活动中认可的惯常做法；公认的商业道德是指市场竞争主体应当遵循的商业伦理。需注意的是，市场竞争中诚实信用原则和公认的商业道德并不禁止商人追逐名利，而是行为人为获取商业利益或竞争优势而采取的竞争行为超越了合理边界。

结合本案相关事实，评判牙博士口腔公司的行为性质需要厘清三方面问题：

其一，涉案关键词的利益归属。玉雅口腔公司系登记注册的企业法人，“玉雅”“玉雅口腔”系其经营过程中使用的企业字号，且玉雅口腔公司在经营期间对公司业务做了大量的广告宣传与推广，使“玉雅”、“玉雅口腔”在其经营的地域内具有一定的知名度和竞争力，积累了一定的社群口碑和消费者数量，因此玉雅口腔公司对涉案关键词“玉雅”“玉雅口腔”享有合法利益，应受《反不正当竞争法》保护。

其二，牙博士口腔公司与玉雅口腔公司之间的关系。本案中，牙博士口腔公司与玉雅口腔公司经营范围相同，均包含口腔科，且两者的经营地址仅相距4余公里，经营范围上具有竞争关系，意味着二者

在交易机会、消费者等方面具有重合度。使用“玉雅”“玉雅口腔”作为关键词搜索的消费者很可能是玉雅口腔公司的潜在客户，也是牙博士口腔公司要争取的对象。

其三，牙博士口腔公司使用涉案关键词的行为评价。一般情况下，设置搜索关键词是为了在互联网领域精准确认消费对象，抢夺同类竞争者的交易机会，此种获取商业交易机会的行为应属于竞争的自然状态；从消费者角度看，该行为并不必然产生混淆，一定程度上可能有助于消费者了解目标产品相关的同类产品信息。本案中，牙博士口腔公司作为玉雅口腔公司同地域同行业的竞争者，将本不属于自己的“玉雅”“玉雅口腔”设置为搜索关键词，实际上会使相关网络用户误入牙博士口腔公司网站，攫取玉雅口腔公司客户资源，获取本属于玉雅口腔公司的商业机会。

## **（二）结果要件：被诉竞争行为扰乱市场秩序，损害其他经营者、消费者合法权益**

“无损害即无不正当”，损害后果是适用《反不正当竞争法》第二条的门槛条件，不正当竞争行为导致的损害后果具有多元性，具体包括市场秩序、经营者和消费者合法权利，对损害后果的认定也应置于市场竞争的动态框架之内，关注行为本身是否具有市场竞争属性和不正当性。市场秩序所代表的公共利益是《反不正当竞争法》一般条款指向的损害后果，市场秩序具有抽象性，要从法益关系结构的角度统筹兼顾、综合衡量，即维护健康有效的竞争机制，就是从根本上保护了经营者和消费者的利益。《反不正当竞争法》对经营者和消费者

合法利益的保护，是市场秩序和公共利益保护的具体映射，即通过维护公平竞争，激励经营者提高商品与服务质量，为消费者提供更为多元、优质的商品与服务选择。

就本案而言，牙博士口腔公司的行为造成了市场秩序、其他经营者与消费者合法利益的损害：

从其他经营者角度看，商业机会具有财产和利益属性，一方获得商业机会以另一方受损为前提，是市场竞争的自然属性，但如果竞争行为攫取了本应属于权利人的商业机会和潜在客户，则超出了正当性范围。牙博士口腔公司将玉雅口腔公司企业字号设置为搜索关键词，并将该关键词的搜索链接接入其公司网站，实际上会导致欲通过搜索涉案关键词寻找玉雅口腔公司以获得相关医疗服务的消费者，最终可能成为牙博士口腔公司的客户。该行为实质上劫持了玉雅口腔公司的部分潜在客户，抢夺了玉雅口腔公司交易机会，而此种交易机会凭借公平竞争机制显然不会为牙博士口腔公司获得。

从消费者角度看，消费者自由获取目标产品及其关联信息，既是其合法利益所在，也是维护市场竞争活力的条件。当消费者搜索“玉雅”、“玉雅口腔”时，链接显示的牙博士口腔公司极可能吸引消费者的注意力，此种影响是因牙博士口腔公司不当使用他人企业字号所导致，实际上限制了消费者获取信息的自由，并会影响消费者最终消费选择。从长远来看，牙博士口腔公司的此种行为并不会促进行业效率提升，反而可能减损同业竞争者在竞争模式下提升服务质量的内在动力，最终减少消费者福利。

## 04 适用《反不正当竞争法》第二条的考量因素

较之传统行业，互联网行业领域的技术形态与竞争模式与之存在较大差别，本案所涉关键词隐性使用同样是互联网业态下出现的新竞争方式。为保障新兴技术和市场竞争模式的发展空间，互联网行业中适用《反不正当竞争法》应当秉持谦抑的司法态度，即对于市场竞争领域的创新行为，在没有充分法律依据否定其效力之时，不宜援引一般条款否定其效力，为市场主体的创新行为、市场竞争秩序预留发展空间。

因此在搜索关键词适用的案件中，对行为不正当性的考量不仅要从行为本身着眼，还应置于市场竞争的结构模式中综合如下因素判断：

1. 平衡消费者、社会公共利益与经营者三方利益。《反不正当竞争法》立法精神凸显了对消费者、公共利益与经营者权益多元利益的保护。因此在干预市场竞争行为时需兼顾信息获取者、信息使用者和社会公众三方的利益，既要考虑信息获取者的财产投入，还要考虑信息使用者自由竞争的权利，以及公众自由获取信息的利益；在利益平衡的基础上划定行为的边界。只有准确地划定正当与不正当使用信息的边界，才能达到公平与效率的平衡，实现反不正当竞争法维护自由和公平的市场秩序的立法目的。

2. 关键词推广的市场特性。通常情况下，关键词推广服务不会干扰自然搜索结果的正常显示，与关键词自然匹配程度最高的链接一般会出现在结果页中排名靠前的显著位置，之后才会穿插显示的推广内容，

也不易使网络用户发生误认。但是，如果有竞争者通过大量购买推广服务等手段，使大量被推广网站挤占商业标识所有人的网站的排名，使对方网站排序处于不易被网络用户识别的位置等，则其行为难谓正当。此外，多数搜索引擎（如百度）都会对被推广网站加以明显的“广告”标记以区分于自然排名结果，此种情况下，消费者是可以清晰区分自然搜索结果与被推广内容的；但不排除有的搜索引擎未对付费推广内容区别显示，从而增加用户误访的可能，给商业标识所有人带来损失。

3. 推广链接的具体情形。虽然被隐性使用的关键词不会显示在网站的标题或简介中，甚至不会显示在搜索结果的链接中，但此种使用行为是否具有正当性，还应结合推广链接的简介描述和网站内容综合判断。若简介、网站内容中显示的信息具有误导性、欺骗性，如暗示与关键词权利人之间的关系，售卖商品是仿冒关键词权利人的商品等，都有可能使该隐性使用行为具有不正当性，则可直接援引《反不正当竞争法》第六条关于混淆的相关规定予以规制。若隐性关键词对商品的来源及相关信息做了清晰且不会引人误解的描述，不会使消费者产生混淆或误导，则此种行为不应被认定为混淆行为，其正当性判断应依据第二条进一步分析认定。

4. 网络用户的认知水平。网络用户认知水平一定程度上也会影响关键词隐性使用行为正当性的判断。一方面，要考虑网络用户对关键词推广服务的认知。通常情况下，不同网络用户对互联网产品的了解程度有所差异，而部分行业或产品的特点，也决定了对其进行关键词

搜索的网络用户可能并不了解百度关键词商业推广，也更难辨别商业标识所有人和使用推广服务的经营者。另一方面，还应考虑网络用户对竞争双方的认知。如果隐性关键词的权利人和使用人均均为知名品牌，那么对于网络用户而言则具有较高辨识度，也不容易对两个产品的来源产生混淆误认，因此商业标识权利人正当竞争利益受损的概率较小，隐性关键词使用被认定为混淆行为的可能性亦随之降低。

## 05 结语

网络经济、数字经济的发展加剧了市场竞争的开放性，使竞争行为多样性、可变性的特征更为明显。随着信息技术对网络不正当竞争的深度介入，相关主体合法权益和市场竞争秩序更易受到损害和扰乱。本案适用《反不正当竞争法》一般条款对不正当竞争行为进行规制，具化了认定不正当竞争行为的构成要素，对类似案件裁判有如下参考意义：

1. 适用理念。一般条款适用既要开放包容，为规制新类型不正当竞争行为预留空间，确保法律规制不正当竞争行为的及时性与灵活性；同时又要适度谦抑，赋予其约束和规范裁量权行使的实质要素与具体条件，避免一般条款成为自由裁量权滥用的依据。

2. 适用条件。以实现维护公序良俗与激励竞争自由为出发点。首先，回归反不正当竞争法本质属性，按照“行为-结果”结构模式明确一般条款适用的法律条件，确保法律适用的确定性。其次，按照开放包容的要求，结合特定领域市场特性、网络技术手段特征、网络用

---

户认知水平等变量因素，在平衡消费者、经营者、竞争秩序多方利益情况下做出行为性质认定。

（案例刊登于《人民司法》第 14 期）