



漢坤律師事務所  
HAN KUN LAW OFFICES

# 汉坤专递

融贯中西  
务实创新



2012年第8期 (总第66期)

## ■ 专 论

- 1、 商务部在沃尔玛收购纽海控股经营者集中反垄断审查决定中首次提及 VIE 结构

## ■ 新法评述

- 1、 香港交易所关于协议控制安排的上市决策的最新修订
- 2、 《国家出资企业产权登记管理工作指引》简评
- 3、 《中华人民共和国专利法修改草案（征求意见稿）》简评

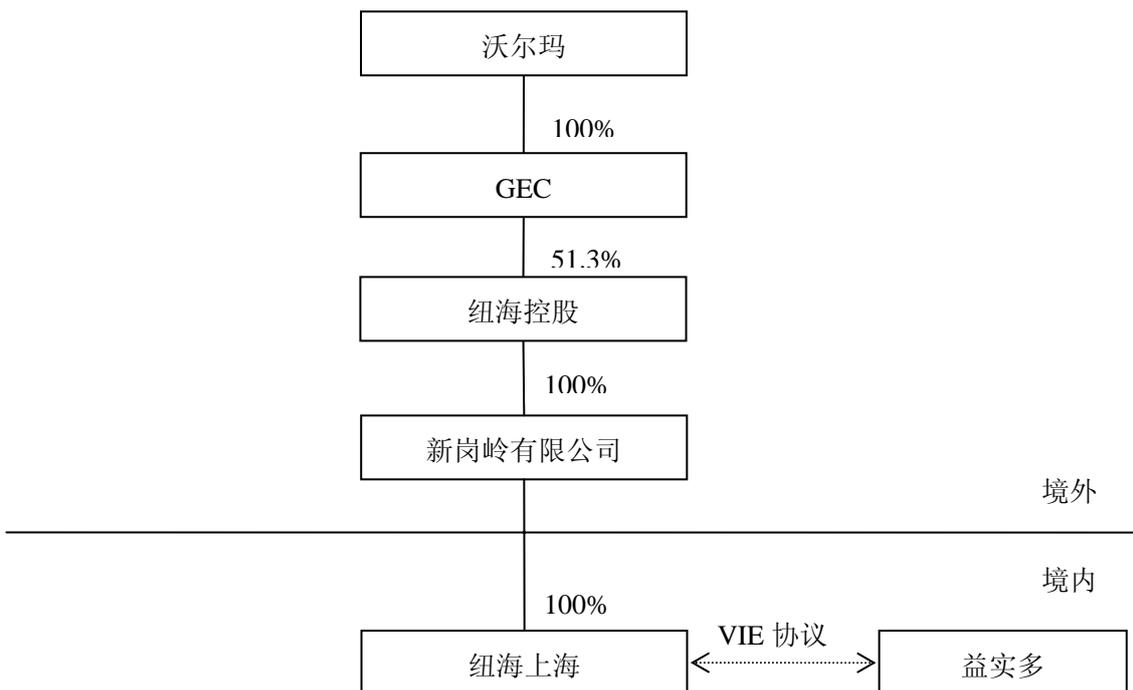
商务部在沃尔玛收购纽海控股经营者集中反垄断审查决定中首次提及 VIE 结构（作者：李卓蔚、周颖、卢在光、李昊泽）

商务部于 2012 年 8 月 14 日在其网站上公布了《关于附加限制性条件批准沃尔玛公司收购纽海控股 33.6% 股权经营者集中反垄断审查决定的公告》（商务部公告 2012 年第 49 号，“49 号公告”），该公告是商务部公布的首例涉及 VIE 模式的经营者集中反垄断审查的案例。而据我们所知，在此之间，商务部完成审查的经营者集中申报案件中也没有涉及 VIE 模式的。因此 49 号公告为我们探讨涉及 VIE 模式的经营者集中案件进行反垄断申报的可行性、问题以及可能的结果提供了一些正式依据。鉴于此，本文将从 49 号公告所涉及交易的内容以及商务部反垄断局（“反垄断局”）决定的内容进行介绍和分析，并在此基础上分析 49 号文给未来的涉及 VIE 模式的经营者集中申报案件可能带来的影响。

### 1、集中交易简介

#### 1.1 49 号公告涉及的交易架构

根据 49 号公告，沃尔玛公司（“沃尔玛”）拟通过其全资子公司 GEC2 PTE., LTD（“GEC”）收购纽海控股有限公司（“纽海控股”）33.6% 的股权，交易完成后 GEC 将持有纽海控股 51.3% 的股权。纽海控股的全资子公司新岗岭有限公司（“新岗岭香港”）持有一家中国外商独资企业纽海信息技术（上海）有限公司（“纽海上海”）100% 的股权，纽海上海对上海益实多电子商务有限公司（“益实多”）的网上购物平台“1 号店”（“益实多 1 号店”）的网上直销业务有控制权。我们理解纽海上海和益实多在集中前即存在 VIE 控制关系。在集中完成后，公司架构为：



## 1.2 益实多在集中前从事的业务

根据 49 号公告，益实多作为被纽海上海控制的 VIE 公司，在集中前主要从事两项业务网上直销业务和增值电信业务。

根据《商务部办公厅关于外商投资互联网、自动售货机方式销售项目审批管理有关问题的通知》（商资字【2010】272 号），外商投资企业从事网上直销业务，不需要申请增值电信业务许可证，只需要办理对外资没有任何限制的非经营性互联网信息服务备案即可。但国家电信主管部门工业和信息化部并未就此作出明确的规定，而各地电信主管部门也存在不同的操作实践，各网上直销网站有的申请了增值电信业务许可证，有的只办理了备案。**49 号公告表明商务部对于网上直销业务的态度非常明确和统一，认为外商独资、合资和合作商业企业均可以从事网上直销业务，不需要申请增值电信业务许可证。益实多从事的网上直销业务是其控制公司纽海上海可以从事的业务。**

然而，不同于网上直销业务，根据相关法规，从事增值电信业务的公司外资比例不得超过 50%。在实践中，即使外商投资企业中外资股权比例小于 50%，也很难取得增值电信业务许可证。**益实多从事的增值电信业务是其控制公司纽海上海作为外商独资企业不能从事的业务。**

## 2、 反垄断局决定的介绍和分析

一项集中是否能通过反垄断审查的重要因素是其是否会在相关市场造成排除、限制竞争结果，因此相关市场的界定是反垄断审查中的重要环节，对反垄断审查的结果有直接的重要影响。

在沃尔玛收购纽海控股案中，反垄断局界定的相关市场是 B2C 网上零售市场（即网上直销业务市场），相关地域市场为中国市场。反垄断局认为此项集中完成后，“沃尔玛公司有能力将其在实体市场的竞争优势传导至益实多 1 号店的网上零售业务”。“集中产生的综合效应将实质性增强并购后实体在网上零售行业的竞争实力”，但是反垄断局没有得出集中会导致 B2C 网上零售市场产生排除、限制竞争的效果。相反，**根据反垄断局附加的第（一）项条件“纽海上海此次收购，仅限于利用自身网络平台直接从事商品销售的部分”，反垄断局并未对沃尔玛收购 B2C 网上零售业务作出限制。**

值得注意的是，反垄断局在本案中并未止于对相关市场的前述分析，而是对相关市场外的其他市场延伸调查的概念，这在以前公布的经营者集中审查决定中并未有过先例。反垄断局进行延伸调查的市场是增值电信市场，反垄断局认为“调查结果表明，并购后实体如通过益实多 1 号店进入增值电信业务市场，将有能力依托现有实体零售市场与网上零售业务的综合竞争优势迅速扩展业务，在增值电信业务市场取得优势地位，实质性增强其对网络平台用户的议价权，从而在中国增值电信业务市场可能具有排除或限制竞争效果”。

反垄断局在进行上述论证后，根据沃尔玛向商务部作出的承诺，附条件批准了此项集中。其附加的限制性条件分别是：（一）纽海上海此次收购，仅限于利用自身网络平台直接从事商品销售的部分；（二）在未获得增值电信业务许可的情况下，纽海上海在此次收购后不得利用自身网络平台为其他交易方提供网络服务；（三）本次交易完成后，沃尔玛不得通过 VIE 架构从事目前由益实多运营的

增值电信业务。

结合我们在上文对沃尔玛和益实多在收购交易前运营业务的介绍，反垄断局上述附加的限制性条件可以理解为：(1) 沃尔玛可以维持纽海上海和益实多现有的 VIE 架构从事由益实多目前从事的网上直销业务；(2) 沃尔玛不得通过 VIE 协议从事由益实多运营的增值电信业务。

### 3、 反垄断局对涉及 VIE 模式的反垄断申报的态度

从 49 号公告中，我们可以看出反垄断局对于涉及 VIE 模式的经营者集中申报的态度：

#### 3.1 反垄断局对于通过 VIE 模式从事允许外资准入的领域本身并无顾虑，且默认了这种情况的合法性

纽海上海通过 VIE 协议控制益实多同时从事允许外商独资的网上直销业务和不允许外商独资的增值电信业务。根据 49 号公告列出的第（三）项附加条件“本次交易完成后，沃尔玛不得通过 VIE 架构从事目前由益实多运营的增值电信业务”，再结合 49 号公告列出的第（一）项附加条件“纽海上海此次收购，仅限于利用自身网络平台直接从事商品销售的部分”，可见反垄断局并未限制沃尔玛通过 VIE 架构从事目前由益实多运营的网上直销业务，也就是侧面认可了沃尔玛可以通过 VIE 模式从事网上直销业务。可见，对一个本身含有 VIE 模式架构的企业的申报，若该 VIE 模式并未导致外资进入限制、禁止外商准入的领域，则反垄断局在进行经营者集中审查时候对这一架构并无特别的顾虑，是可能接受和认可的。

因此如果利用 VIE 模式从事外资准入类的业务，反垄断局批准这种类型的经营者集中的可能性较大（有 49 号公告作为先例），除非该集中在实质上构成了在相关市场产生排除、限制竞争的效果。

#### 3.2 对于限制、禁止外商准入的领域，反垄断局从实质上不会批准将导致外商通过 VIE 模式进入限制、禁止外商准入的领域的集中，但会避免对 VIE 模式的合法性作出明示或者默认的肯定或否定

根据 49 号公告列出的第（三）项附加条件，沃尔玛不得通过 VIE 模式运营目前由益实多运营的增值电信业务。如前文所述，49 号公告中附加这一限制性条件是基于并购后实体如通过益实多 1 号店进入增值电信业务市场，则在中国增值电信业务市场将可能具有排除或限制竞争的效果。如上文所述，增值电信市场并非本次交易的相关市场，但商务部突破性的引入了“延伸调查”的方式调查了沃尔玛收购益实多涉及到的对增值电信市场可能产生的影响，这表明了商务部对外资利用 VIE 模式从事限制、禁止外资准入的行业更加谨慎的态度。鉴于此，我们推断出反垄断局有着一定的可能性拒绝批准的经营者集中交易中存在外资通过 VIE 模式进入限制、禁止外商准入领域的情况。

因此如果收购方为外资，被收购的业务需要利用 VIE 模式从事外资限制、禁止类的业务，则反垄断局有一定的可能性会以该项业务存在可能在相关市场产生排除、限制竞争效果为由，禁止这种类型的经营者集中或者要求申请人做出不采用 VIE 貌似从事该类业务的承诺，从而做出附限制性条件的批准。

1、香港交易所关于协议控制安排的上市决策的最新修订（作者：王欢、骆琦）

2005年，香港交易所（“交易所”）就针对采取协议控制控制中国境内实际运营公司（“OPCO公司”），并在香港申请上市的境外企业（“申请人”）发布了编号为HKEx-LD43-3的上市决策（“上市决策”），交易所会根据主要事实以及中国法律意见，来裁定申请人是否已证明协议控制的合法性及申请人能否确保合约安排的妥善运作。在裁定结果为肯定性的情况下，交易所会采取以披露为本的监管方针，只要申请人在招股章程中适当披露协议控制及相关风险，交易所就认为申请人及其业务是适宜上市的业务。

2011年11月，交易所就上述上市决策进行了修订，原则上确定在审核申请人的上市申请时，会按个别情况接纳合约安排的做法，在不涉及中国法律法规规定的限制或禁止外资进入的行业时，上市科一般会将个案转介上市委员会处理。此外，交易所还要求（1）申请人披露其采用合约安排的原因；（2）在法律允许申请人无须采用协议控制经营业务的时候，取消协议控制安排；以及（3）一系列确保协议安排能够妥善实施的规定。

2012年8月，交易所再次就上市决策进行了修订（“本次修订”），细化了对协议控制在招股章程披露中的要求。我们将结合最近通过协议控制在交易所上市的汇联金融服务控股有限公司（股票代码：8030）（“汇联金融”）的若干安排，逐一解读本次修订。

上市决策的条款编号	申请人在招股章程中就协议控制必须披露的资料	备注/解读/解决方案
19a	有关OPCO公司登记股东的详情，并确认申请人已采取适当安排保障其在OPCO公司登记股东身故、破产或离婚时的利益，以避免执行协议控制时可能遇上的实际困难。	考虑到有限责任公司“人合性”的特点，可在OPCO公司的章程中约定自然人登记股东身故时，其合法继承人无权继承股东资格；或可考虑在招股章程中说明相关继承事项并在协议控制文件中加入在OPCO公司登记股东的继承人就协议控制文件的同意函；可参见汇联金融招股章程P67相关描述。  中国相关法律法规尚未对自然人破产做出规定；可考虑在协议控制文件中加入OPCO公司登记股东的配偶就协议控制文件的弃权函，放弃对OPCO公司股权主张夫妻共同财产的权利；或签署承诺函，承诺当OPCO公司登记股东与其配偶离婚并由其配偶取得OPCO公司股权时，配偶配合OPCO公司签署协议控制文件。
19b	申请人对于处理申请人与OPCO公司登记股	申请人可以同时指派其他人担任OPCO公司的

上市决策的条款编号	申请人在招股章程中就协议控制必须披露的资料	备注/解读/解决方案
	<p>东之间的潜在利益冲突的安排。尤其是这些股东本身具申请人职员及董事的身份。</p>	<p>股东、法定代表人和/或董事，避免 OPCO 公司创始人滥用股东权利；</p> <p>可由申请人在中国境内设立的中国附属公司或申请人指定的其他人持有 OPCO 公司的营业执照、公章和其它重要文件和印章；</p> <p>充分行使 OPCO 公司登记股东根据授权委托书所授予给中国附属公司的权利，行使 OPCO 公司登记股东所享有的股东权利；可参见汇联金融招股章程 P67 相关描述；</p> <p>可考虑在申请人章程或其他公司治理文件中设置相应的董事或高管回避制度。</p>
19c	<p>如何令董事相信授予申请人于 OPCO 公司获得重大控制权及经济利益的每份协议控制均可根据中国当地法律有效执行。</p>	<p>中国律师出具相关中国法律意见；具体可参见汇联金融招股章程 P68-69 相关描述。</p>
19d	<p>申请人作为 OPCO 公司主要受益人所承担的经济风险；申请人分占 OPCO 亏损的方式；申请人必须向 OPCO 公司提供财务支持的条件及情况，及其他可令申请人面对亏损的事件或情况。</p>	<p>申请人在协议控制文件中承诺(或通过中国附属公司)向 OPCO 公司无限财务支持。</p>
19e	<p>截至现时为止，申请有否根据协议控制透过 OPCO 的过程中遇到任何中国监管机构的干涉或阻碍。</p>	<p>披露要求。</p>
19f	<p>申请人在行使对 OPCO 公司的收购权时的限制，并以独立的风险因素解释这些限制，以及阐释此等股权转让仍可能涉及巨额资金及费用。</p>	<p>增加独立的风险因素，披露关于中国附属公司行使独家购买权从 OPCO 公司登记股东处购买 OPCO 公司股权所可能面临的风险和限制。具体描述可参见汇联金融招股章程 P65-66。</p>
19g	<p>在“法定及一般资料”一节内将协议控制文件列为重大合约，并把协议控制文件登载在申请人网站，或解释及披露不公开的理由。</p>	<p>披露要求。</p>
19h	<p>在“概要”一节内以公司架构图表的形式展示协议控制的安排及运作模式，以便投资者检视及理解有关安排。</p>	<p>披露要求。</p>

交易所还对招股章程中就协议控制的风险因素的披露做了具体的规定，要求所有与协议控制相关风险应专门准备一个风险因素，并至少包括下列内容：

1. 中国政府可能裁定协议控制不符合相关法规；
2. 协议控制未必能提供与直接拥有权相同效力的控制权；
3. 国内股东可能会与申请人有潜在利益冲突；
4. 协议控制可能被中国税务机关裁定须缴付额外税项。

汇联金融的中文招股章程，请见：

<http://gem.ednews.hk/listedco/listconews/GEM/2012/0420/GLN20120420014.pdf>

结合近几年所发生的有关协议控制的事件以及所暴露的风险，本次修订显而易见是针对这些风险；同时本次修订强化了披露的要求，交易所也应该是考虑到协议控制的根本风险目前无法解决，而充分披露目前来看也是保护投资者的最好方法。鉴于美国证监会正在调查新东方调整协议控制的事件，而交易所选择在这个时间点更新上市决议，凸显了美国 and 香港二大资本市场对协议控制的关注，因此我们亦建议，不论是已在境外上市的中国公司，还是拟在境外上市的中国公司，在搭建和调整协议控制时，务必与中国律师提前沟通、讨论，以避免不必要的麻烦。

## 2、《国家出资企业产权登记管理工作指引》简评（作者：蔡焯婷、滕晓琳）

近年来，国资监管的体制环境、监管对象等发生了巨大变化，产权登记工作面临新情况和新挑战。为全面了解和掌握混合所有制条件下国家出资企业及其对外投资企业产权的总体情况，反映国有资本在不同地域、国民经济行业和企业内部主辅业的分布情况，进一步规范国家出资企业产权登记管理工作，继 2012 年 4 月 28 日国资委颁布《国家出资企业产权登记管理暂行办法》（以下简称“《暂行办法》”），国资委又于 2012 年 7 月 24 日印发了《国家出资企业产权登记管理工作指引》（以下简称“《工作指引》”），该《工作指引》共七章三十三条，主要内容如下：

### 1) 对《暂行办法》作出进一步补充和解释

首先，《工作指引》指出国家出资企业产权登记管理信息系统（以下简称“产权登记系统”）是产权登记管理的工作平台，企业办理产权登记应按照该系统的操作说明进行。其次，明确《暂行办法》中的一些术语，如《暂行办法》第二条所称“授权管理”，是指各级人民政府授权本级国有资产监督管理机构依法履行出资人职责，或者履行产权登记等国有资产基础管理职责的情形；如《暂行办法》第五条所称“为了近期内（一年以内）出售而持有的其他股权”，是指企业以短期获利为目的而持有的、按照会计准则应当记入“交易性金融资产”科目的股权。最后，具体说明了《暂行办法》第四条所称的各类出资人在产权登记系统中的简称。

### 2) 细化产权登记管理程序

国有控制出资人按照企业产权级次或者管理级次通过产权登记系统逐级审核、报送国家出资企

业，国家出资企业对相关材料进行审核后向国有资产监督管理机构申请办理产权登记。《工作指引》细化了产权登记程序中各主体的工作，具体如下：

#### (1) 国有控制出资人

国有控制出资人应通过产权登记系统进行申报，相较《暂行办法》，《工作指引》明确了填报的内容，即企业基础信息、经济行为信息，以及合规性资料目录。其中企业基础信息是指企业办理产权登记时点的基本情况和产权状况信息。经济行为信息是指企业办理产权登记所涉及经济行为的操作过程信息。合规性资料目录是指企业办理产权登记时需要准备的有关材料目录及其相关信息。

#### (2) 国家出资企业

国家出资企业向国有资产监督管理机构申请办理产权登记，应当出具申请文件。申请文件应当加盖国家出资企业产权登记专用章，并通过产权登记系统报送国有资产监督管理机构。申请文件的主要内容包括产权登记相关经济行为的发生时间、决策批准、实施过程等情况描述，以及国家出资企业的审核意见等。

#### (3) 国有资产监督管理机构

对产权登记事项进行审核，对符合登记要求的予以登记，对不符合登记要求的予以退回。对相关经济行为操作过程中存在违反有关法律或者国有资产监督管理制度规范等瑕疵的产权登记事项，向国家出资企业下发限期整改通知书，内容应当包括整改事项、要求和期限等。对完成整改后符合登记要求的予以登记，对未按要求进行整改的应当予以通报，并追究相关人员责任。

值得注意的是，国务院国有资产监督管理机构授权国家出资企业对其履行出资人职责的企业核发产权登记表。省级国有资产监督管理机构可以采用授权国家出资企业对其履行出资人职责的企业核发产权登记表。国家出资企业核发产权登记表，应当通过产权登记系统向国务院国有资产监督管理机构申请统一编号，并加盖国家出资企业产权登记专用章。

### 3) 新增特殊主体的产权登记管理内容

《工作指引》明确了国家出资企业所属事业单位“注册资本”、“实缴资本”、“企业级次”的填写规则，亦明确了境外企业产权登记管理。首先，纳入产权登记范围的境外企业，是指国家出资企业、国家出资企业（不含国有资本参股公司）拥有实际控制权的各级子企业在我国境外以及香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区依据当地法律出资设立的企业。国家出资企业所属境外代表处、办事处，以及其他非法人资格的经济组织，不纳入产权登记范围。其次，《工作指引》对境外企业产权登记涉及金额的登记指标，境外企业“企业级次”，设立的特殊目的公司以及因特殊原因以个人或者以个人名义设立的公司代为持股的境外企业的填写规则作了说明。值得注意的是，境外企业（不含参股企业）在境内投资设立的企业，按照境内企业进行登记管理。

### 4) 完善产权登记管理监督检查

《工作指引》还要求各级国有资产监督管理机构、国家出资企业应当定期对产权登记数据进行汇总分析，每季度形成分析信息，每年度形成分析报告。而国家出资企业应当于每年3月31日前完

成对其履行出资人职责的企业上年度产权登记情况的检查工作，并将检查结果书面报告本级国有资产监督管理机构。监督检查重点关注企业产权登记的及时性、真实性、准确性，以及产权登记涉及相关经济行为的合规性。

《工作指引》是继今年 4 月国资委发布《暂行办法》后，加强和规范国有资产基础管理工作的一项重要举措，通过此项工作的开展，将对摸清国家出资企业的产权分布状况，推动企业优化产权配置，加快国有经济布局结构调整，完善国有资本有进有退具有十分重要的意义。

### 3、《中华人民共和国专利法修改草案（征求意见稿）》简评（作者：陈容、许欣）

2012 年 8 月 10 日，国家知识产权局发布了《中华人民共和国专利法修改草案（征求意见稿）》（下称“《草案》”），向社会公开征求意见。该征求意见稿针对专利维权取证难、周期长、成本高、赔偿低等特点，对 2008 年修订的现行《中华人民共和国专利法》（下称“《专利法》”）提出了修改意见，旨在加强专利保护、加大执法力度，特别是加大行政执法和保护力度。

具体而言，《草案》赋予了司法机关和行政执法机关调查取证权，增加管理专利工作的部门对侵权赔偿额的判定职能，明确无效宣告请求审查决定的生效时间及后续程序，对故意侵权增设惩罚性赔偿，赋予管理专利工作的部门查处和制止恶性侵权行为的职能。本文主要就该《草案》与现行专利法不同的部分进行比较并简要分析可能的影响：

法条	专利法现行规定	专利法修改草案（征求意见稿）	变化及影响
第四十六条	宣告专利权无效的决定，由国务院专利行政部门登记和公告。	<u>宣告专利权无效或者维持专利权的决定作出后，国务院专利行政部门应当及时予以登记和公告。该决定自公告之日起生效。</u>	明确无效宣告请求审查决定的生效时间为自国务院专利行政部门公告之日起生效； <u>增加国务院专利行政部门应当及时登记和公告宣告专利权无效或者维持专利权的决定，但并未明确从做出决定到登记公告的时限，该条规定对解决专利维权“周期长”的问题作用并不大。</u>
第四十七条	宣告专利权无效的决定，对在宣告专利权无效前人民法院作出并已执行的专利侵权的判决、调解书，已经履行或者强制执行的专利侵权纠纷处理决定，以及已经履行的专利实施许可合同和专利权转让合同，不具有追溯力。但是因专利权人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。	宣告专利权无效的决定，对在宣告专利权无效前人民法院作出并已执行的专利侵权的判决、调解书，已经履行或者强制执行的专利侵权纠纷处理、处罚决定，以及已经履行的专利实施许可合同和专利权转让合同，不具有追溯力。但是因专利权人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。	增加一项无效宣告不产生追溯力的事项： <u>即已经履行或者强制执行的专利侵权纠纷处罚决定，完善专利立法。</u>
第六十条	管理专利工作的部门处理时，认定侵权行为成立的，可以责令侵权人 <u>立即停止侵权行为</u> 。	管理专利工作的部门处理时，认定侵权行为成立的，可以责令侵权人 <u>立即停止侵权行为、赔偿损失</u> 。	增加管理专利工作的部门责令侵权人赔偿损失的权利，将专利行政保护的力度扩大到民事赔偿领域，权利人需要通过民事诉讼才能获得的救济在行政保护阶段即可获得。  如果该条修改通过，将会极大增加专利行政保护的优势，可能会使相当部分的权利人选择行政保护而不是法院诉讼。但鉴于本条修改力度很大，管理专利工作的部门如何把握损失赔偿额度、与后续司法审判如何协调，都将会是该条修改需要面临的问题。

法条	专利法现行规定	专利法修改草案（征求意见稿）	变化及影响
		对涉嫌扰乱市场秩序的专利侵权行为，管理专利工作的部门有权依法查处；在全国有重大影响的，由国务院专利行政部门组织查处。管理专利工作的部门认定侵权行为成立且扰乱市场秩序的，责令停止侵权行为，没收违法所得，并可没收、销毁侵权产品或者用于实施侵权行为的专用设备，并处违法所得四倍以下的罚款，没有违法所得或者违法所得难以计算的，可以处二十万元以下的罚款。	增加管理专利工作的部门对涉嫌扰乱市场秩序的侵权行为主动查处权以及行政处罚权。  本条的关键是如何界定“涉嫌扰乱市场秩序”，只有符合该条件的专利侵权行为，管理专利工作的部门才有权力主动查处。
		宣告专利权无效或者维持专利权的决定生效后，管理专利工作的部门和人民法院应当根据该决定及时审理、处理专利侵权纠纷。	增加人民法院和管理专利工作的部门 <b>应当及时</b> 审理、处理专利侵权纠纷， <u>但并未明确具体的审理、处理时限，该条规定对解决专利维权“周期长”的问题作用并不大。</u>
第六十一条		专利侵权诉讼中，对于由被控侵权人掌握的涉嫌侵权的产品以及账簿、资料等证据，人民法院应当根据原告或者其诉讼代理人的申请依法调查搜集。被控侵权人不提供或者转移、伪造、毁灭证据的，人民法院依法采取制止妨害民事诉讼的强制措施；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	进一步明确人民法院对专利侵权的调查取证权。
第六十三条	没有违法所得的，可以处二十万元以下的罚款。	<u>没有违法所得或者违法所得难以计算的</u> ，可以处二十万元以下的罚款。	明确假冒专利违法所得难以计算时罚款的最高额为二十万元。

法条	专利法现行规定	专利法修改草案（征求意见稿）	变化及影响
第六十四条	管理专利工作的部门根据已经取得的证据，对 <u>涉嫌假冒专利行为</u> 进行查处时，可以询问有关当事人，调查与涉嫌违法行为有关的情况；对当事人涉嫌违法行为的场所实施现场检查；查阅、复制与涉嫌违法行为有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料；检查与涉嫌违法行为有关的产品，对有证据证明是 <u>假冒专利的产品</u> ，可以查封或者扣押。	管理专利工作的部门根据已经取得的证据，对 <u>涉嫌侵犯专利权行为和假冒专利行为</u> 进行查处时，可以询问有关当事人，调查与涉嫌违法行为有关的情况；对当事人涉嫌违法行为的场所实施现场检查；查阅、复制与涉嫌违法行为有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料；检查与涉嫌违法行为有关的产品，对有证据证明是 <u>侵权产品或者假冒专利的产品</u> ，可以查封或者扣押。	增加管理专利工作的部门对涉嫌侵犯专利权行为的调查取证权，这一规定可以部分解决权利人在专利侵权纠纷中的“取证难”问题，并为权利人后续诉讼提供证据支持。
		管理专利工作的部门依法行使前款规定的职权时，当事人应当予以协助、配合，不得拒绝、阻挠。被调查的当事人拒绝、阻挠管理专利工作的部门行使职权的，由管理专利工作的部门予以警告；情节严重的，依法给予治安管理处罚。	明确妨碍执行公务的责任，以期提高办案效率和效果。
第六十五条	权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的， <u>人民法院</u> 可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。	权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的， <u>管理专利工作的部门或者人民法院</u> 可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。	增加管理专利工作的部门对侵权赔偿额的判定职能。
		对于故意侵犯专利权的行为，管理专利工作的部门或者 <u>人民法院</u> 可以根据侵权行为的情节、规模、损害结果等因素，将根据前两款所确定的赔偿数额最高 <u>提高至三倍</u> 。	对故意侵权增设惩罚性赔偿，突破民事赔偿的“补偿性”原则，一方面增加侵权人的侵权成本，另一方面鼓励专利权人积极行使权利。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

### 联络我们

#### 北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

#### 陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: [estella.chen@hankunlaw.com](mailto:estella.chen@hankunlaw.com)

#### 上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

#### 曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: [yinshi.cao@hankunlaw.com](mailto:yinshi.cao@hankunlaw.com)

#### 深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区益田路4068号卓越时代广场4709室

邮编：518048

#### 王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: [jason.wang@hankunlaw.com](mailto:jason.wang@hankunlaw.com)