



漢坤律師事務所  
HAN KUN LAW OFFICES

# 汉坤专递

2019 年第 5 期（总第 145 期）

## 新法評述

- 1、《公司法解釋（五）》：條文解讀及問題評析
- 2、加強保護企業商業秘密，創建良好創新環境 — 《反不正當競爭法》修改介紹
- 3、《商標法》第四次修改 — 打擊非真實使用目的的惡意註冊行為、懲罰惡意註冊和惡意訴訟行為、加大侵權賠償金額

# 新法评述

## 1、《公司法解释（五）》：条文解读及问题评析

作者：廖荣华 | 廖海清 | 于文敏

2019年4月28日，最高院公布了《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（五）》（以下简称“《公司法解释（五）》”），该解释于2019年4月29日正式施行。根据最高院民二庭相关负责人就《公司法解释（五）》答记者问<sup>1</sup>（以下简称“答记者问”）关于出台背景的说明，《公司法解释（五）》的主要目标是保护公司股东尤其是中小股东权益，优化营商环境。基于这一目标，《公司法解释（五）》分别对关联交易的司法审查及救济方式、董事职务无因解除及补偿、公司利润分配时限、有限责任公司股东重大分歧解决机制等方面作了规定。

整体而言，《公司法解释（五）》为特定类型的公司纠纷案件提供了相对具体的司法裁判规则，对司法实践中常见争议或留白问题具有一定指引作用。但由于条文相对原则，有些规定的合理性和可行性似仍有商榷空间，并有待司法实践检验和完善。笔者谨结合实务经验对该解释的主要条款逐一解读并就可能出现的问题作初步探讨，以供客户和同仁参考。

### 一、程序合法不足以抗辩关联交易损害赔偿请求

*第一条 关联交易损害公司利益，原告公司依据公司法第二十一条规定请求控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员赔偿所造成的损失，被告仅以该交易已经履行了信息披露、经股东会或者股东大会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序为由抗辩的，人民法院不予支持。*

*公司没有提起诉讼的，符合公司法第一百五十一条第一款规定条件的股东，可以依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定向人民法院提起诉讼。*

就关联交易行为损害公司利益导致的纠纷，直接的法律救济依据是《公司法》第二十一条，规定案由为“公司关联交易损害责任纠纷”。根据我们的观察，该类案件在公司纠纷诉讼中占比不大，原告在此类案件中的胜诉率也相对较低，这与法律的可操作性不强以及原告的举证责任过重不无关系。

在公司关联交易损害责任纠纷案中，争议焦点通常为：（1）关联关系及关联交易的认定；以及（2）关联交易给公司造成的损失认定。原告证明关联关系和关联交易的存在并不难，但要证明关联交易损害公司利益和量化损害后果却并不容易，这也是原告面临的重大风险和常见败诉原因。关联交易合法有效的核心判断标准应是价格公允辅之以程序合法，但价格是否公允并无法定要件和判断标准，有赖于裁判者在个案中进行认定，而《公司法》仅对部分关联交易事项的表决回避有相关规定，例如，股东或实际控制人对公司向其提供担保的决议应回避表决（第十六条）、上市公司董事对涉及关联企业的事项应回避表决（第一百二十四条）

<sup>1</sup> <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-155282.html>，依法保护股东权益 服务保障营商环境—最高人民法院民二庭相关负责人就《关于适用若干问题的规定（五）》答记者问

等，而未建立完善的关联交易表决回避制度和体系，由此导致实际控制公司的决策方（通常为控股股东、实际控制人和高级管理人员）有能力操控关联交易的表决程序，进入诉讼程序后则常以信息披露充分、表决程序合法作为抗辩理由。在原告无法对关联交易是否公允提供有说服力之证据的情况下，裁判者据此直接判决原告败诉的情况并不少见。

在此背景下，本条明确了被告仅以信息披露和表决程序合法作为关联交易抗辩理由的将不被支持，这对司法实务中原告存在的举证困境具有很强针对性，甚至可以认为隐含了举证责任倒置的立法意图。虽然本条并未从正面明确被告的举证责任，但从本条隐含的立法意图来看，被告在此类案件中将不可避免地须从关联交易的公允性、关联交易与损害后果之间不存在因果关系等方面进行抗辩。

考虑到被告对公司的控制力和影响力，公司自行提起此类诉讼存在现实困难，本条第二款明确了有限责任公司股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东有权就此提起股东代表诉讼。本款并不属于本次司法解释新创设的程序，以往的司法实践中也不乏股东依据《公司法》第一百五十一条对关联交易损害公司利益的行为提起代表诉讼的案例。

整体而言，本条规定对于公司的控股股东、实际控制人及高级管理人员是否具有一定的“威慑力”，起到保护中小股东权益的目的，还有赖于司法实践的检验。如果法院对于此类纠纷要求被告承担关联交易的公允性、关联交易与损害后果之间不存在因果关系等方面的举证责任，则被告的败诉风险将大大增加。

## 二、股东有权代表公司就关联交易合同无效或撤销提起诉讼

**第二条 关联交易合同存在无效或者可撤销情形，公司没有起诉合同相对方的，符合公司法第一百五十一条第一款规定条件的股东，可以依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定向人民法院提起诉讼。**

利用关联交易损害公司利益的行为属于侵权行为，《公司法》第二十一条规定的救济方式为损害赔偿。但实践中损害赔偿不一定能充分维护公司利益，尤其是损害难以举证和量化的情况下。关联交易一般均需通过合同行为实现，在损害赔偿无法充分维护公司利益的情况下，允许通过合同无效或可撤销制度来实现救济是很必要的。考虑到关联交易的特殊背景，该条赋予了股东在公司未起诉合同相对方情况下提起股东代表诉讼的权利。

从肯定股东诉权的角度而言，该规定无疑具有积极意义。但该条规定极为原则和简略，仍有诸多问题有待进一步明确。举例而言，理论上存在公司起诉控股股东要求其承担关联交易损害赔偿责任和股东根据此条要求撤销合同并行的诉讼，而公司可能是基于合同履行完毕确认损害数额，实则与股东代表诉讼下撤销合同的诉讼请求存在矛盾。此时应优先尊重公司行权还是应等待股东代位诉讼对合同效力作出判决后再审理损害赔偿之诉并确定赔偿范围，该条并未给出答案。考虑到现实复杂性，我们理解该条也很难作出统一规定，如公司仅起诉控股股东而放弃合同相对方是控股股东权衡利弊后的选择，赋予股东代位之诉优先性具有合理性，而如果公司起诉是基于独立意志和公司利益最大化，则公司不存在怠于或无法行使权利的情况，应尊重公司的自由意志。

此外，在小股东起诉确认合同无效或撤销合同并得到支持的情况下，如果涉案标的物无法返还，还需处理损失分担的问题。根据《合同法》第五十八条规定，合同双方应根据过错各自承担相应责任。而在关联交易损害公司利益纠纷案中，公司虽为名义上的合同方，但决策行为通常被公司控股股东所操纵，公司被认定存在过错本质上是为控股股东的行为“背锅”。在此情况下，小股东是否可在该案中将控股股东列为被告并

就公司可能承担的责任向控股股东追偿，法条本身亦未给出明确规定。但我们理解由于法律并未禁止小股东同时起诉控股股东及合同相对方，而要求控股股东承担损害赔偿也是合同无效或被撤销的关联后果，应该是可以一并处理的。

### 三、明确董事职务解除的无因性

*第三条 董事任期届满前被股东会或者股东大会有效决议解除职务，其主张解除不发生法律效力的，人民法院不予支持。*

*董事职务被解除后，因补偿与公司发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当依据法律、行政法规、公司章程的规定或者合同的约定，综合考虑解除的原因、剩余任期、董事薪酬等因素，确定是否补偿以及补偿的合理数额。*

该条系对公司董事无因解除规则的再次明确。解除董事与公司关系存在无因解除和有因解除的争论。我国在《公司法》刚刚施行的阶段采取的是有因解除规则，1993年出台的《公司法》第四十七条曾规定，“董事在任期届满前，股东会不得无故解除其职务”。而在2005年对《公司法》进行修订时删除了该表述，一定程度上体现了对无因解除规则的倾斜。

尽管在我国公司法理论和司法实务的主流认识已基本一致，认为公司和董事之间实为委托关系，双方均有任意解除权，采无因解除规则。但是实践中，董事“任期内不得更换”的理念仍然有一定影响力，很多董事、高管被解除职务后起诉请求撤销股东会或股东大会的决议的理由是决议中解除职务的原因不成立，而部分法院在个案中也会采纳此等理由。比如2012年最高人民法院发布的指导案例10号中，原告认为“不经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股，造成巨大损失”的理由存在事实错误，请求对该决议予以撤销。而一审法院也认为，“在失实基础上形成的罢免总经理决议，缺乏事实和法律依据，其决议结果是失当的，从维护主张撤销人的合法利益、董事会决议形成的公正、合法性角度出发，判决对该董事会决议予以撤销。”但是二审法院对一审法院的做法予以了纠正，认为对决议中对解除职务的有因陈述本身并不违反公司章程，在无其他可撤销事由的情况下应认定为有效，此案即表明最高法对解除高管关系采取的是无因解除的立场。

尽管该条第一款明确了无因解除规则，但这背后的理论依据是委托关系。而在委托关系中，如当事人明确约定不允许任意解除的，该等约定的法律效力应是能得到认可的。因此，我们对该条的进一步疑虑是如果董事与公司在聘用协议书或劳动合同中明确约定不得随意解除董事职务，则该等约定是否可以对抗股东会决议，该条本身并未给出答案，可以预见在司法实务中仍会出现不同裁判意见。

为了平衡董事权益保护，该条第二款规定了对董事的合理补偿并赋予董事向法院提起诉讼的权利。但令人遗憾的是，此条并没有对解除董事关系中《公司法》与《劳动法》的适用及程序冲突问题予以明确解决，解除董事关系是否意味着即解除劳动关系是司法实践中存在争议的问题。就上海地区法院的态度而言，对于已与公司建立劳动关系的高级管理人员而言，董事会通过决议解除其职务应视为是对其岗位进行变更，并不必然导致劳动关系的解除（(2015)沪二中民三(民)终字第747号）。程序上而言，董事的职务补偿与劳动报酬应分开处理并遵循不同法律程序，后者应先行进行劳动仲裁，但如果合同或聘用函中对两者无法清晰区分的，在管辖上确实容易出现争议，有赖于个案判断。

#### 四、利润分配决议作出后最迟不超过一年完成分配

*第四条 分配利润的股东会或者股东大会决议作出后，公司应当在决议载明的时间内完成利润分配。决议没有载明时间的，以公司章程规定的为准。决议、章程中均未规定时间或者时间超过一年的，公司应当自决议作出之日起一年内完成利润分配。*

*决议中载明的利润分配完成时间超过公司章程规定时间的，股东可以依据公司法第二十二条第二款规定请求人民法院撤销决议中关于该时间的规定。*

该条系对利润分配决议作出后完成时限的规定。关于股东利润分配权，此前《公司法解释（四）》共用三个条文对诉讼主体（列公司为被告）、先决条件（以公司股东会或股东大会已经通过包含具体分配方案的有效决议为前提）及例外情形做出进行规定，但对于利润分配决议中无具体分配时间的情形如何处理并未做规定，由此导致实务中裁判不一。但据我们观察，仅以无具体分配时间驳回股东利润分配请求的案例较少见，有法院认为自决议作出后股东的利润分配请求权即转化为对公司享有的债权，股东有权随时主张（(2018)川01民终13591号判决书）。

该条在《公司法解释（四）》关于利润分配权作出规范的基础上进一步解决了遗留问题，明确了以决议载明的时间进行利润分配为原则，并根据决议和章程规定的情形不同确定具体时间。但细读该条款，我们认为部分文义表述上会造成理解上的困惑，程序衔接上的合理性也有待商榷。具体而言，公司应当在决议作出之日起一年内完成分配的对应情形为“决议、章程中均未规定时间或者时间超过一年的”，但此处的“均”是否修饰“时间超过一年”存在疑问。从严格的文义解释角度来看，“均”应并列修饰“未规定时间”或“时间超过一年”，由此导致的问题是可能会架空该条的目的和初衷。举例而言，当决议未对利润分配时间作规定，但公司章程超出一年时，无法适用该句进而得出一年内完成利润分配的结论，而应适用“决议没有载明时间的，以公司章程规定为准”，由此导致分红时间实质超出一年。若大股东想要不分红或延期分红，理论上则只要在公司章程中规定较长的分红上限并配合作出期限不明的分红决议即可。因此，从上下文逻辑和立法目的而言，一年内完成分配应适用于决议、章程任一规定时间超出一年的情形。

本条第二款规定当决议载明时间超出公司章程规定时，股东可以根据《公司法》第二十二条第二款提起决议撤销之诉，并允许仅撤销关于分配时间的规定。值得注意的是，为兼顾《公司法》下公司决议纠纷的体系安排，股东在此情况下并无直接请求依据公司章程进行利润分配的权利，而是需要先提起撤销之诉。在实务中，公司决议纠纷与公司盈余分配纠纷是各自独立的公司诉讼案由，很少能在决议撤销之诉中同时解决利润分配问题，这意味着股东撤销关于分红时间的规定后仍需另案诉讼达到分红目的。此外，根据《公司法》二十二条规定，撤销权应在决议作出后60日内行使，超出期限外提出诉求依法应予以驳回。虽本条并未对超出法定期限外行使撤销权的后果作出明确规定，但原告败诉后的应有之意为决议仍继续有效，利润分配应当以决议为准。

我们理解该条的用意在于通过对利润分配时间的约束督促公司分红，切实保障中小股东利益，整体法律效果是无论决议或章程是否载明时间或载明的时间是否超过一年，在公司作出分配利润的决议后，均应在一年内完成分配。但我们有所疑惑的是，人为设定一年的期限是否确有必要，或者说是否会过度干涉股东之间的意思自治。如此前案例中展示的思路，对于利润分配无明确规定的情况下法院可参照《合同法》关于履行期限不明的规定处理，同样能保障原告利益且更具灵活性。但在设定一年期限的上限后，对于超出一年的分红决议由全部股东表决通过的情况下，投赞成票的股东仍可质疑决议效力并诉至法院请求提前分配，这实质有违禁反言原则，也无益于与维护公司决议的严肃性和稳定性，利润分配权和意思自治的平衡问题仍有待进一步探索与研究。

## 五、审理有限责任公司股东重大分歧案件应注重调解

**第五条** 人民法院审理涉及**有限责任公司股东重大分歧案件**时，应当注重调解。当事人协商一致以**下列方式解决分歧**，且不违反法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应予支持：

- (一) 公司回购部分股东股份；
- (二) 其他股东受让部分股东股份；
- (三) **他人受让部分股东股份**；
- (四) 公司减资；
- (五) 公司分立；
- (六) **其他能够解决分歧，恢复公司正常经营，避免公司解散的方式**。

该条以维持公司运营为出发点，强调人民法院在审理涉及有限责任公司股东重大分歧案件时应注重调解。我们注意到该条第一句开宗明义指出针对的是有限责任公司股东分歧，但在后文表述中却使用“股份”而非“股权”，难免使人产生该条规定适用于股份有限公司的误解。但从答记者问来看，其中提到“我国公司法第七十四条规定了有限责任公司股东的股份回购请求权”，而实则《公司法》第七十四条中并未出现“股份”的表述，而是规定了是有限责任公司股东请求公司回购股权的情形。故此处“股份”应属用词不严谨的笔误，该条适用范围仍应限于有限责任公司，不包括股份有限公司。而且，本条中调解方式受限于不违反法律、行政法规的强制规定，但对于股份有限公司尤其是上市公司而言，调解更多需要遵守证监会的部门规章、证券交易所相关交易规则，故本条应没有将股份有限公司纳入的本意。

对于调解原则的强调在《公司法司法解释（二）》第五条第一款中即已存在，但相比此前规定，此次调解适用的案件类型由解散公司之诉扩大到所有涉及有限责任公司股东重大分歧案件，调解方式增加了公司以外第三人收购股东股权、公司分立以及兜底性条款。

调解是我国法院依法应当首先考虑的纠纷解决方式，本条规定也体现了最高院在促进多元化纠纷解决、优化营商环境方面的努力。值得关注的是，本条所列解决分歧的方式，涉及案外人及诉讼程序之外的诸多事项，法院在此过程中如何提供司法支持，本条并未明确规定，其实施效果有待于司法实践的检验。

总体来看，《公司法解释（五）》区区六条虽篇幅短小，但对案件审判中存在的分歧和争议问题具有很强的针对性和操作性，体现了最高院务实的立场。但如本文中探讨的，本次司法解释在部分程序和实体问题上仍有待明确，今后实施过程中也不排除会因过于强调中小股东利益保护而给公司决策和治理带来新的问题，不过我们相信这些问题都应在司法实践的反复检验中探索解决之道，我们将持续关注实施情况。

## 2、加强保护企业商业秘密，创建良好创新环境 — 《反不正当竞争法》修改介绍

作者：吴丽丽 | 王菲

距离上次《反不正当竞争法》修改不到两年，2019年4月23日中国法律制定部门再次公布了对《反不正当竞争法》的修改决定<sup>2</sup>并自决定公布之日起生效。

此次修改内容仅涉及与商业秘密有关的条款。此次修改，显示了中国加强保护创新主体的决心以及为此做出的法律保障。以下对此次修改进行简要介绍。

### 一、增加了视为侵犯商业秘密的手段以及扩大了侵权主体。

现行《反不正当竞争法》	修改的《反不正当竞争法》
<p>第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：</p> <p>（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；</p> <p>（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；</p> <p>（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。</p> <p>第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施前款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。</p> <p>本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。</p>	<p>第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：</p> <p>（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、<b>电子侵入</b>或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；</p> <p>（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；</p> <p>（三）违反<b>保密义务</b>或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密；</p> <p><b>（四）教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。</b></p> <p><b>经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。</b></p> <p>第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。</p> <p>本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息<b>等商业信息</b>。</p>

<sup>2</sup> 中国人大网，2019年4月23日，全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国建筑法》等八部法律的决定（2019年4月23日第十三届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过）。



### （一）增加了视为侵犯商业秘密的手段

在第九条中，增加了以电子侵入手段获取权利人商业秘密视为侵犯商业秘密的行为。以及，规定教唆、引诱、帮助他人获取、披露、使用或者允许他人使用上述手段获取的商业秘密，也视为侵犯商业秘密的行为。

上述修改，明确了在当前技术发展情况下以不正当的电子手段获取的信息，也在侵犯商业秘密的范畴内，为企业行使权利提供了明确的法律依据。

### （二）扩大了侵权主体

在第九条中，还将侵权主体从以往的仅限于经营者扩大到经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织。

上述侵权主体的扩大也直击当前商业秘密侵权的痛点，尤其是因员工离职带来的商业秘密纠纷，在确定适格被告时将有明确的法律依据。

## 二、增加了惩罚性赔偿条款和提高了行政处罚力度。

### （一）增加了惩罚性赔偿

现行《反不正当竞争法》	修改的《反不正当竞争法》
<p>第十七条 经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。</p> <p>经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。</p> <p>因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。</p> <p>经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人三百万元以下的赔偿。</p>	<p>第十七条 经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。</p> <p>经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。</p> <p>因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。<b>经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。</b>赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。</p> <p>经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人<b>五百万元</b>以下的赔偿。</p>

以往商业秘密侵权的判赔金额基于被侵权方的实际损失或者侵权人的所获利益。现在经营者如果被查实恶意实施侵权行为情节严重的，可以按照上述金额的一倍以上五倍以下确定赔偿金额。其次，以往被侵权方损失难以确定的，法院可以酌定判决给予权利人三百万金额以下的赔偿，现在，法院酌情判决的金额从三百万元增加为五百万元。

继 2017 修订的《反不正当竞争法》将侵犯商业秘密案件的最高赔偿额从可以参照专利侵权的规定处理（而专利侵权法定赔偿额最高为 100 万元）提高到 300 万元，现又再次将侵犯商业秘密的法定最高赔偿额提高到 500 万元，大大加强了对商业秘密的保护力度。

## （二） 增加了行政处罚的力度

现行《反不正当竞争法》	修改的《反不正当竞争法》
第二十一条 经营者违反本法第九条规定侵犯商业秘密的，由监督检查部门责令停止违法行为，处十万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上三百万元以下的罚款。	第二十一条 经营者 <b>以及其他自然人、法人和非法人组织</b> 违反本法第九条规定侵犯商业秘密的，由监督检查部门责令停止违法行为， <b>没收违法所得</b> ，处十万元以上一百万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上五百万元以下的罚款。

首先，针对侵犯商业秘密行为，将处罚对象从“经营者”扩大到“经营者以及其他自然人、法人和非法人组织”。

其次，增加了处罚金额。针对侵犯商业秘密行为，增加没收违法所得的惩罚，罚款从十万元以上五十万元以下，增加为十万元以上一百万元以下；情节严重的，罚款从五十万元以上三百万元以下，增加为五十万元以上五百万元以下。大大提高了处罚力度。

## 三、降低了权利人的举证负担，初步举证后举证责任倒置。

现行《反不正当竞争法》	修改的《反不正当竞争法》
	<p>第三十二条（<b>新增</b>）在侵犯商业秘密的民事审判程序中，商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。</p> <p>商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，且提供以下证据之一的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为：</p> <p>（一）有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且其使用的信息与该商业秘密实质上相同；</p> <p>（二）有证据表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险；</p> <p>（三）有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。</p>

### （一） 商业秘密构成要件举证责任倒置

按照新增的第三十二条，商业秘密权利人初步证明其已经对所主张的商业秘密具有保密性，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于《反不正当竞争法》规定的商业秘密。

### （二） 侵犯商业秘密行为举证责任倒置

按照新增的第三十二条，在一定情况下，只要权利人提供初步证据证明其商业秘密被侵犯，则应由侵权方来举证证明其不存在侵犯商业秘密的行为。

一直以来，举证是商业秘密权利人维护其合法权益的障碍和难题。以往商业秘密侵权案件中，权利人负担完全的举证责任，商业秘密权利人不仅要证明其所主张的信息具有秘密性、价值性、保密性，构成法律意义上的商业秘密，其本身是商业秘密的权利人，还要证明涉嫌侵权人具有获取商业秘密的条件且采用了不正当手段获取商业秘密的事实，最后还要证明自身因商业秘密泄露遭受的损失。

根据新法规定，商业秘密权利人初步举证后，举证责任即可倒置，由涉嫌侵权人来承担部分的举证责任。由此，大大减轻了商业秘密权利人的举证负担，有利于权利人有效维护其合法权益。

综合《反不正当竞争法》的以上修改条款，一方面加大了侵犯商业秘密的惩罚力度，另一方面减轻了商业秘密权利人维权的负担，是对商业秘密保护的重大利好，体现了国家加强保护知识产权创新主体的决心和力度。

### 3、《商标法》第四次修改 — 打击非真实使用目的恶意注册行为、惩罚恶意注册和恶意诉讼行为、加大侵权赔偿金额

作者：陈容 | 李宇

2019年4月23日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过了《对《中华人民共和国商标法》（“《商标法》”）的修改决定，修改条款自2019年11月1日起施行。这是《商标法》自1993年、2001年、2013年修改后的第四次修改。

本次修法主要涉及三个方面，六个条款的修改。本次修法的整体趋势为加强知识产权保护，打击非真实使用目的的商标恶意注册行为，完善恶意注册和恶意诉讼的救济制度，提高商标侵权、尤其是恶意侵犯商标权行为的赔偿金额，使违法成本显著提高，将充分发挥商标法对恶意注册、恶意诉讼、恶意侵权行为的震慑作用。以下将具体介绍本次修法的关键内容，以供参考。

#### 一、打击商标恶意注册行为

目前实践中存在的突出问题是，大量不具有真实使用目的的商标抢注和囤积行为，导致国内新兴企业品牌保护困难重重，国外企业品牌进入中国也存在障碍，为此，权利人不得不花重金从商标恶意抢注人手中购买权利人自己创建的品牌，商标“流氓”横行一时。

以往大部分的判例中，针对这种情况更多的是根据《商标法》第四十四条进行规制，即在抢注商标被核准注册后，才能启动争议程序申请无效抢注商标，同时在案件的审理中对于抢注人囤积商标的数量和权利人商标在中国的知名度均有较高的要求。这大大增加了品牌真正权利人的维权成本和风险，也不利于有效遏制商标恶意申请注册行为。

近年来法院系统和国家知识产权局商标局已经开始探讨审查程序前置，即在初审阶段对“无实际使用意图、出于不正当目的大批量申请注册商标”直接予以驳回。本次修法，更是从商标申请的初审程序、商标代理程序、商标异议和商标无效程序四个方面提供了打击恶意注册的明确的法律依据，从申请源头、规范代理、到授权确权争议处理全方位的提供法律保护，是诚实守信经营者的利好消息。

具体来讲，修改后《商标法》第四条增加“不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回”的内容，赋予审查员在初审阶段可依职权主动驳回的权利；第十九条第三款增加了商标代理机构的审查义务，规定代理机构不得接受不以使用为目的的恶意商标注册申请的委托；第三十三条和第四十四条配套的将这种情况规定为提起异议和无效的理由之一。可见，修改后《商标法》建立了全面完善的打击商标恶意抢注和囤积行为的制度体系，且制度的设计可谓环环相扣、层层监督。

当然，修改后《商标法》第四条具体如何适用，适用的程序和情形，还有待相关配套的法律法规、司法解释或审查指南进一步的明确。总体来讲，我们认为“不以使用为目的的恶意商标注册申请”适用的情形至少应包括：申请与不同主体具有一定知名度或有较强显著性的商标相同或近似商标，数量较大或有其他情节严重情形的；申请与同一主体具有一定知名度或者较强显著性的商标相同或近似的商标，数量较大或有其他情节严重情形的；在远远超出自身经营范围的类别上，申请注册他人先具有一定影响的相同或近似商标。

#### 二、惩罚恶意注册和恶意诉讼行为

本次修法不仅在商标确权程序中规定了严格的审查程序，同时也规定了确权及诉讼程序中的处罚制度。

修改后《商标法》在第六十八条第一款第三项中规定了商标代理机构违反修改后《商标法》第四条规定的处罚制度，同时增加第六十八条第一款第四项的处罚规定，其中第四项前半段规定了对恶意申请注册的行为为工商行政管理部门“根据情节给予警告、罚款等行政处罚”，后半段规定了对恶意提起商标诉讼的“由人民法院给予处罚”。

此前，在[2018]最高法民再 396 号商标侵权纠纷案件（该案是 2018 年中国法院 10 大知识产权案件之一）中，最高人民法院认定恶意取得并利用商标权谋取不正当利益之行为不受法律保护。可见，新法的修改以及该指导案件对建设健康有序的商标秩序，净化市场环境，遏制利用不正当取得的商标权进行恶意诉讼具有重要意义。

### 三、加大商标侵权赔偿力度

本次修法另一大亮点为提高了商标侵权的赔偿金额。修改后《商标法》第六十三条，关于恶意侵犯商标权的赔偿计算方法，由原来的“一倍以上三倍以下”修改为“一倍以上五倍以下”。关于法定最高赔偿额由原来的“三百万”提高到“五百万”。这一条款的修改体现了知识产权侵权的惩罚性赔偿额度进一步提高。

近年来，法院、国家知识产权局等各部门、各级负责人一直在落实、强调知识产权惩罚性赔偿制度，以有效遏制知识产权侵权行为。可以预见的是，今后知识产权侵权行为付出的成本将会越来越高，对恶意侵犯知识产权的，可能会罚到他“倾家荡产”，让其“无处可遁”。这对诚实守信的经营者是又一利好消息。因此，对经营者来说，积极主动设计、构建自身知识产权保护体系，及时有效发现侵权行为、大力采取维权行动，无疑将会越来越有意义。

附：《商标法》修改前后条文对照表

现行《商标法》	修改后《商标法》 (2019年4月23日第十三届全国人大常委会第十次会议修改)
<p>第四条 自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。</p> <p>本法有关商品商标的规定，适用于服务商标。</p>	<p>第四条 自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回。</p> <p>本法有关商品商标的规定，适用于服务商标。</p>
<p>第十九条 商标代理机构应当遵循诚实信用原则，遵守法律、行政法规，按照被代理人的委托办理商标注册申请或者其他商标事宜；对在代理过程中知悉的被代理人的商业秘密，负有保密义务。</p> <p>委托人申请注册的商标可能存在本法规定不得注册情形的，商标代理机构应当明确告知委托人。</p> <p>商标代理机构知道或者应当知道委托人申请注册的商标属于本法第十五条和第三十二条规定情形的，不得接受其委托。</p> <p>商标代理机构除对其代理服务申请商标注册外，不得申请注册其他商标。</p>	<p>第十九条 商标代理机构应当遵循诚实信用原则，遵守法律、行政法规，按照被代理人的委托办理商标注册申请或者其他商标事宜；对在代理过程中知悉的被代理人的商业秘密，负有保密义务。</p> <p>委托人申请注册的商标可能存在本法规定不得注册情形的，商标代理机构应当明确告知委托人。</p> <p>商标代理机构知道或者应当知道委托人申请注册的商标属于本法第四条、第十五条和第三十二条规定情形的，不得接受其委托。</p> <p>商标代理机构除对其代理服务申请商标注册外，不得申请注册其他商标。</p>
<p>第三十三条 对初步审定公告的商标，自公告之日起三个月内，在先权利人、利害关系人认为违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的，或者任何人认为违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的，可以向商标局提出异议。公告期满无异议的，予以核准注册，发给商标注册证，并予公告。</p>	<p>第三十三条 对初步审定公告的商标，自公告之日起三个月内，在先权利人、利害关系人认为违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的，或者任何人认为违反本法第四条、第十条、第十一条、第十二条、第十九条第四款规定的，可以向商标局提出异议。公告期满无异议的，予以核准注册，发给商标注册证，并予公告。</p>
<p>第四十四条 已经注册的商标，违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，由商标</p>	<p>第四十四条 已经注册的商标，违反本法第四条、第十条、第十一条、第十二条、第十九条第四款规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正</p>

<p>现行《商标法》</p>	<p>修改后《商标法》 (2019年4月23日第十三届全国人大常委会第十次会议修改)</p>
<p>局宣告该注册商标无效；其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。</p> <p>商标局做出宣告注册商标无效的决定，应当书面通知当事人。当事人对商标局的决定不服的，可以自收到通知之日起十五日内向商标评审委员会申请复审。商标评审委员会应当自收到申请之日起九个月内做出决定，并书面通知当事人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。当事人对商标评审委员会的决定不服的，可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉。</p> <p>其他单位或者个人请求商标评审委员会宣告注册商标无效的，商标评审委员会收到申请后，应当书面通知有关当事人，并限期提出答辩。商标评审委员会应当自收到申请之日起九个月内做出维持注册商标或者宣告注册商标无效的裁定，并书面通知当事人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。当事人对商标评审委员会的裁定不服的，可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉。人民法院应当通知商标裁定程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。</p>	<p>当手段取得注册的，由商标局宣告该注册商标无效；其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。</p> <p>商标局做出宣告注册商标无效的决定，应当书面通知当事人。当事人对商标局的决定不服的，可以自收到通知之日起十五日内向商标评审委员会申请复审。商标评审委员会应当自收到申请之日起九个月内做出决定，并书面通知当事人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。当事人对商标评审委员会的决定不服的，可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉。</p> <p>其他单位或者个人请求商标评审委员会宣告注册商标无效的，商标评审委员会收到申请后，应当书面通知有关当事人，并限期提出答辩。商标评审委员会应当自收到申请之日起九个月内做出维持注册商标或者宣告注册商标无效的裁定，并书面通知当事人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。当事人对商标评审委员会的裁定不服的，可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉。人民法院应当通知商标裁定程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。</p>
<p>第六十三条 侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。</p> <p>人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由</p>	<p>第六十三条 侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的<b>一倍以上五倍以下</b>确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。</p> <p>人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由</p>

<p>现行《商标法》</p>	<p>修改后《商标法》 (2019年4月23日第十三届全国人大常委会第十次会议修改)</p>
<p>侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。</p> <p>权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。</p>	<p>侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。</p> <p>权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予<b>五百万元以下</b>的赔偿。</p> <p><b>人民法院审理商标纠纷案件，应权利人请求，对属于假冒注册商标的商品，除特殊情况外，责令销毁；对主要用于制造假冒注册商标的商品的材料、工具，责令销毁，且不予补偿；或者在特殊情况下，责令禁止前述材料、工具进入商业渠道，且不予补偿。</b></p> <p><b>假冒注册商标的商品不得在仅去除假冒注册商标后进入商业渠道。</b></p>
<p>第六十八条 商标代理机构有下列行为之一的，由工商行政管理部门责令限期改正，给予警告，处一万元以上十万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，处五千元以上五万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任：</p> <p>（一）办理商标事宜过程中，伪造、变造或者使用伪造、变造的法律文件、印章、签名的；</p> <p>（二）以诋毁其他商标代理机构等手段招徕商标代理业务或者以其他不正当手段扰乱商标代理市场秩序的；</p> <p>（三）违反本法第十九条第三款、第四款规定的。</p> <p>商标代理机构有前款规定行为的，由工商行政管理部门记入信用档案；情节严重的，商标局、商标评审委员会并可以决定停止受理其办理商标代理业务，予以公告。</p>	<p>第六十八条 商标代理机构有下列行为之一的，由工商行政管理部门责令限期改正，给予警告，处一万元以上十万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，处五千元以上五万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任：</p> <p>（一）办理商标事宜过程中，伪造、变造或者使用伪造、变造的法律文件、印章、签名的；</p> <p>（二）以诋毁其他商标代理机构等手段招徕商标代理业务或者以其他不正当手段扰乱商标代理市场秩序的；</p> <p><b>（三）违反本法第四条、第十九条第三款和第四款规定的；</b></p> <p><b>（四）对恶意申请商标注册的，根据情节给予警告、罚款等行政处罚；对恶意提起商标诉讼的，由人民法院依法给予处罚。</b></p>



现行《商标法》	修改后《商标法》 (2019年4月23日第十三届全国人大常委会第十次会议修改)
商标代理机构违反诚实信用原则，侵害委托人合法利益的，应当依法承担民事责任，并由商标代理行业组织按照章程规定予以惩戒。	商标代理机构有前款规定行为的，由工商行政管理部门记入信用档案；情节严重的，商标局、商标评审委员会并可以决定停止受理其办理商标代理业务，予以公告。  商标代理机构违反诚实信用原则，侵害委托人合法利益的，应当依法承担民事责任，并由商标代理行业组织按照章程规定予以惩戒。

法规来源：中国人大网

## 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：

---

**北京 金文玉 律师：**

电话： +86-10-8525 5557

Email: [wenyu.jin@hankunlaw.com](mailto:wenyu.jin@hankunlaw.com)

---

**上海 曹银石 律师：**

电话： +86-21-6080 0980

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

---

**深圳 王哲 律师：**

电话： +86-755-3680 6518

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

---

**香港 陈达飞 律师：**

电话： +852-2820 5616

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

---