



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2013年第8期 (总第78期)

■ 专论

- 1、 中国（上海）自由贸易试验区新政初探

■ 新法评述

- 1、 《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》要点简述
- 2、 《关于进一步明确金融企业国有股转持有有关问题的通知》简析

中国（上海）自由贸易试验区新政初探（作者：高超、王舒、滕晓琳）

2013年8月22日，国务院正式批准在中国上海市设立中国（上海）自由贸易试验区（“自贸区”）。¹同时，为配合自贸区内各项改革措施的顺利推进，全国人民代表大会常务委员会于2013年8月30日颁布了《关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》（“《决定》”），正式授权国务院暂停实施《中华人民共和国外资企业法》（“《外资企业法》”）、《中华人民共和国中外合资经营企业法》（“《合资企业法》”）以及《中华人民共和国中外合作经营企业法》（“《合作企业法》”）中相关外商投资企业的审批事项。

尽管《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》尚未正式出台（上述《决定》除外），但根据一些公开渠道的新闻报道，现将自贸区内可能实施的新政作一简要小结，供参考。敬请注意，本文之内容仅是我们根据现有公开可获信息对自贸区可能出台的相关政策的归纳，自贸区的政策最终应以正式颁布的法律法规为准。

从目前获得的信息来看，自贸区内的新政将主要在以下几个方面实现创新：

一、 大力深化金融体制改革和创新

自贸区新政最核心的创新内容系金融领域的改革。通过对相关新闻报道的梳理和总结，自贸区内的金融改革主要有以下九点：

- 1) 金融市场利率市场化，对存贷款利率不再设置限制，完全由市场决定；
- 2) 在风险可控的前提下，实现人民币资本项目可兑换和人民币跨境方面先行先试，并探索面向国际的外汇管理改革试点，建立与自贸区相适应的外汇管理体制；
- 3) 允许外资银行在自贸区内设立子公司和分支机构以及与境内银行合办中外合资银行，其设立可能不再需要履行现行的设立要求与程序。可从事各类零售及批发银行业务，包括接受存款、企业融资、贸易融资、财务活动、贵金属买卖及证券交易等；
- 4) 在条件具备的情况下，允许设立有限牌照银行。²初步估计可能是持有特定人民币业务牌照的银行机构；
- 5) 允许设立外商投资支付机构，外国投资者可参照《非金融机构支付管理办法》，向人民银行申请并取得《支付业务许可证》；
- 6) 允许部分中资银行从事离岸业务；³

¹ 中国（上海）自由贸易试验区包含上海外高桥保税区、外高桥保税物流园区、洋山港保税区以及空港综合保税区4个海关特殊监管区域。

² 有限牌照银行，是为了使一些基础稳固但规模不及银行的公司（例如，小额贷款公司）有资格申请成为有限牌照银行（这些银行可接受特定金额的存款，存款期不限）或接受存款公司，以便能接受本地人士存款，或经营批发及投资性质的银行业务。

³ 离岸业务是指银行吸收非居民的资金，服务于非居民的金融活动。

- 7) 鼓励融资租赁业务，并给予税收支持；
- 8) 逐步允许境外企业参与商品期货交易，允许境外期货交易所指定或设立商品期货的交割仓库；以及
- 9) 对自贸区内符合条件的企业给予税收优惠。

我们在附件一中详细地列出了上述自贸区内金融领域可能实施的新政内容与现行政策的简要对比，供参考。

二、 简化部分外商投资的审批流程

与目前对外国投资者境内投资实施的审批制度不同，自贸区内将实行“负面清单管理”的操作模式。所谓的“负面清单管理”，简单而言，即“法无明文禁止即可为”。具体而言，在自贸区内，除明确保留的、外国投资者对某些重点领域投资的准入限制外，外国投资者境内投资将不再设置审批，而改为备案，从而在自贸区内实行“审批+备案”的外资准入管理模式。我们在下表中列明了自贸区内可能会被取消的现有审批事项：

#	取消事项	主要内容	现行政策
1.	外商投资项目发改委立项审核	自贸区内的外商投资项目将按照内外资一致的原则，仅对涉及固定资产投资的内资和外商投资项目进行备案管理，并停止实施部分行政审批事项	各类外商投资项目（包括外商投资企业的设立及变更、外资并购等）应由各级发展改革委进行项目立项核准 ⁴
2.	外商投资企业设立及变更审批	根据《决定》，对外商投资企业（包括外资企业、中外合资企业和中外合作企业）的以下事项取消了审批，而改为备案： ⁵ <ul style="list-style-type: none"> ● 外资企业的设立、分立、合并、变更以及经营期限确定和延长； ● 中外合资企业的设立、合营期限延长、以及解散； ● 中外合作企业的设立、中外合作企业协议、合同、章程的重大变更、转让合作企业合同权利、义务、委托经营以及合作期限延长 	外商投资企业的设立、变更和终止等应事先取得主管商务部门的批准
3.	境外投资核准	对境内企业境外投资项目实行备案	境内企业境外投资应获得主管发改委的项目核准、主管商务部门的批准，并取得主管外汇管理部门颁发的境外直接投资外汇登记证，然后凭前述境外直接投资主管政府部门的核准文件和境外直接投资外汇登记证，在外汇指定银行办理境外直接投资资金汇出手续

三、 扩大外资投资领域，降低市场准入门槛

⁴ 实践中，一些外商投资项目存在毋需向主管发改委办理外商投资项目立项核准的情况。

⁵ 《决定》将于 2013 年 10 月 1 日期施行。与此同时，我们理解，国务院将会根据《决定》所确立的原则，对涉及外商投资企业设立、变更、终止等方面的法规一并进行调整并予以公布。

如前所述，在“负面清单”出台之后，清单之外的外商投资项目在自贸区内可不再受现行外资准入政策的相关限制。

根据已公布的信息，我们注意到，下列领域将可能降低或者取消对外国投资者在资质要求、持股比例、经营范围等方面的准入限制，具体而言：

#	行业	现行政策	自贸区拟推行政策
1.	船舶运输业	根据《外商投资国际海运业管理规定》的相关规定，经交通部和商务部批准，允许外国投资者采用以下形式投资经营国际海运业： <ul style="list-style-type: none"> • 设立中外合资、中外合作企业经营国际船舶运输、国际船舶代理、国际船舶管理、国际海运货物装卸、国际海运集装箱站和堆场业务； • 设立中外合资、中外合作、外商独资企业经营国际海运货物仓储业务； • 设立中外合资、中外合作、外商独资企业为投资者拥有或者经营的船舶提供日常业务服务 	外国投资者可自由投资该等领域，且毋需履行相关审批程序，除非“负面清单”另有要求
2.	资信调查公司	根据《外商投资产业指导目录》，资信调查与评级服务公司属于外商投资限制类项目	
3.	演出经纪	根据《外商投资产业指导目录》，演出经纪机构属于外商投资限制类项目，且须由中方控股	
4.	娱乐场所	根据《外商投资产业指导目录》，娱乐场所经营属于外商投资限制类项目，且应限于合资、合作	
5.	教育培训机构	根据《外商投资产业指导目录》，高等教育机构虽然属于外商投资鼓励类项目，但设立形式限于合资、合作；普通高中教育机构为外商投资限制类项目，且限于合作；义务教育机构，军事、警察、政治和党校等特殊领域教育机构则为外商投资禁止类项目 实践中，大部分外商投资者均通过设立中外合作教育机构、举办中外合作办学项目、中外合作职业技能培训项目或者采用协议控制进行境内投资	
6.	文物交易和拍卖	根据现行《文物保护法》的相关规定，禁止设立中外合资、中外合作和外商独资的文物商店或者经营文物拍卖的拍卖企业	允许符合条件的外商独资或中外合资、中外合作拍卖企业在试验区内从事文物拍卖业务，其文物拍卖资质申请及拍卖标的审核工作纳入现行管理体制
7.	增值电信服务	根据《外商投资电信企业管理规定》等相关规定，经营增值电信业务（包括基础电信业务中的无线寻呼业务）的外商投资电信企业的外国投资者的出资比例最终不得超过 50%，且不允许外资投资互联网信息服务	在保障网络信息安全的前提下，允许外商独资或者控股企业经营特定形式的部分电信增值业务
8.	人才中介	根据现行《中外合资人才中介机构管理暂行规定》的相关规定，中外合资人才中介机构的注册资本金不少于 30 万美元，其中外方合资者的出资比例不得低于 25%，且不得多于 49%，中方合资者的出资比例不得低于 51%	允许自贸区内设立中外合资人才中介机构，外方可持有总计不超过 70% 的股权；中外合资人才中介机构的最低注册资本为 12.5 万美元（此前只有香港服务提供者和澳

#	行业	现行政策	自贸区拟推行政策
			门服务提供者在内地设立合资人才中介机构才可享受该等政策)
9.	出境旅游	根据《中外合资经营旅行社试点经营出境旅游业务监管暂行办法》的规定，国家严格控制试点经营出境旅游业务的中外合资经营旅行社的数量	自贸区内凡符合条件的中外合资旅行社均可从事除台湾地区以外的出境旅游业务
10.	建筑工程	<p>根据《外商投资建设工程设计企业管理规定》，外商投资建设工程设计企业的外方投资者及外国服务提供者应当是在其本国从事建设工程设计的企业或者注册建筑师、注册工程师</p> <p>根据《外商投资建筑业企业管理规定》，外资建筑业企业只允许在其资质等级许可的范围内承包外资等于或者超过 50% 的中外联合建设项目；及外资少于 50%，但因技术困难而不能由中国建筑企业独立实施，经省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门批准的中外联合建设项目</p>	<p>可能取消对外资工程设计（不包括工程勘察）企业首次申请资质时对投资者的工程要求</p> <p>外商投资建筑企业承揽中外联合建设项目时不受建筑项目的中外投资比例限制（此前仅有港澳投资建筑企业享受此等待遇）</p> <p>以上政策仅对自贸区内成立的企业适用，且其只能在向上海市范围内的建筑工程提供服务时适用本项政策</p>

附件一 自贸区金融领域改革措施与现行政策之简要对比

#	自贸区拟推行政策	现行政策	汉坤备注
1.	区域内实现金融市场利率市场化，金融机构资产价格实行市场化定价	根据《中国人民银行关于进一步推进利率市场化改革的通知》，自 2013 年 7 月 20 日起，全面放开金融机构贷款利率管制，金融机构以市场供求为基础合理确定贷款利率	按照现有规定，尚未取消“存款利率上限”，而这可能会在自贸区中实现突破
2.	允许外资银行设立子公司和分支机构以及与境内银行合办中外合资银行	根据《中华人民共和国外资银行管理条例》及其实施细则，允许设立外资银行及中外合资银行，但前提是须满足《中华人民共和国外资银行管理条例》中规定的前提条件和审批要求，包括，对外资银行及中外合资银行注册资本最低限额的要求（人民币 10 亿元或者等值的自由兑换货币）及对投资主体的经营资质、财务状况、在华投资经验等一系列的要求	我们理解，若外资银行及合资银行设立被明确排除在“负面清单”之外，则其设立及变更或可毋需再符合《中华人民共和国外资银行管理条例》及其实施细则以及相关法律法规中规定的前提条件及审批要求
3.	人民币资本项目可兑换和人民币跨境方面进行先行先试	<p>目前中国大陆只是有条件地实现了人民币经常项目可兑换，人民币资本项目可兑换尚未实现。类似地，国务院常务会议于 2009 年 4 月 8 日正式决定，在上海和广州、深圳、珠海、东莞等城市开展跨境贸易人民币结算试点</p> <p>因此，至今贸易项下的人民币跨境结算已经较为普遍，并且部分资本项下的人民币结算也有所尝试，但总体而言，资本项下的人民币跨境结算尚未实现</p>	一旦人民币资本项目实现可兑换，这将方便外国投资者的资金进出，以进一步吸引外国投资者在境内进行投资
4.	允许设立有限牌照银行	中国目前尚未制定关于有限牌照银行的任何规则，也未有任何有限牌照银行设立	借鉴香港的相关规定，所谓的有限牌照银行，系为了使一些基础稳固但规模不及银行的公司（例如，小额贷款公司）有资格申请成为有限牌照银行（该等银行可接受 50 万港币或以上的存款，存款期不限）或接受存款公司，以便能接受本地人士存款，或经营批发及投资性质的银行业务。中国国内已有这方面的探讨，但尚未进入实质改革阶段
5.	允许设立外商投资支付企业	虽然《非金融机构支付服务管理办法》中并未明确限制或禁止外商投资支付业务，但该《办法》颁发三年多以来，仅艾登瑞德（中国）有限公司和上海索迪斯万通服务有限公司两家外商独资公司于 2013 年 7 月 6 日首次获准从事“预付卡发行与受理”业务，而网络支付和银行卡收单这两项主要的支付业务内容仍未获批准。目前外资所被允许从事的支付业务十分有	由于被明确排除出“负面清单”，因此相关的审批程序一概豁免，满足相关要求的可直接办理备案程序

#	自贸区拟推行政策	现行政策	汉坤备注
		限	
6.	允许部分中资银行从事离岸业务	作为离岸业务试点的招商银行、深圳发展银行、浦东发展银行和交通银行已经在离岸业务范围内有所实践，主要的业务范围包括外汇存贷款、国际结算、发行大额可转让存款证、外汇担保等	由于离岸业务本身处于探索发展过程中，自贸区在这一领域内更多的是总结现有的实践经验并明确政策要求，从而推动中资银行从事离岸业务
7.	鼓励融资租赁业务，给予税收支持；融资租赁公司在自贸区内设立的单机、单船子公司不设最低注册资本限制；允许融资租赁公司兼营与主营业务有关的商业保理业务	<p>目前对于内资非金融机构的融资租赁公司仍缺乏系统的法律监管，导致内资非金融机构的融资租赁公司很难享受到国家的税收政策。另外，国内融资租赁业务正处于起步阶段，相关的税收及财政支持亦尚未到位，这也是阻碍融资租赁业务发展的重要原因之一</p> <p>根据《中国银监会关于金融租赁公司在境内保税地区设立项目公司开展融资租赁业务有关问题的通知》，银监会管辖的金融租赁公司可以设立单船单机的项目子公司，但只能设立在保税区内；而商务部管理的融资租赁公司虽然没有明确文件的支持，但在实践中有设立单船单机公司的先例。实践中，虽然法律没有明文规定，但是各保税区对单机单船子公司都设有一定的最低注册资本限制，一般是人民币 10 万到 30 万元</p> <p>根据《商务部关于商业保理试点有关工作的通知》的规定，开展商业保理原则上应设立独立的公司，不混业经营，不得从事吸收存款、发放贷款等金融活动，禁止专门从事或受托开展催收业务，禁止从事讨债业务。因此，目前法律上并不允许融资租赁公司兼营商业保理业务</p>	根据相关报道，国家税务局对于鼓励融资租赁业务并给予税收支持提出了保留意见；因此，这一政策最终能否实施仍然存疑
8.	逐步允许境外企业参与商品期货交易，在上海自贸区内允许境外期货交易所指定或设立商品期货的交割仓库	<p>根据现行《期货交易管理条例》的规定，符合条件条件的境外机构，方能在期货交易所从事特定品种的期货交易。而截至目前，合格境外机构投资者可参与投资的品种仅限于原油和股指期货等极为有限的领域</p> <p>根据证监会 2008 年发布的《关于进一步加强商品期货实物交割监管工作的通知》的规定，在我国期货市场对外开放相关政策、法律法规出台前，禁止境外期货交易所及境外其他机构在境内指定或者设立商品期货交割仓库以及从事其他与商品期货交割业务相关的活动。目前，尚未有境外期货交易所在中国境内设立交割仓库</p>	根据相关报道，证监会对这一政策提出了保留意见，因此，这一政策最终能否实施仍然存疑
9.	从事境外股权投资的项目公司以及公司获得的离岸业务收入，减按 15% 的税率征收企业所得税	根据现行《企业所得税法》规定，除部分企业可获得优惠税率以外（小型微利企业为 20%；高新技术企业为 15%），企业收入按 25% 的税率征收企业所得税	

1、《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》要点简述（作者：陈容、王军）

2013年8月30日，第十二届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》（以下简称“《修改决定》”），《修改决定》将于2014年5月1日起施行。本次《修改决定》主要涵盖以下内容：

1) 商标异议制度的重大修改

《修改决定》对商标异议制度做出了重大修改，主要体现在以下四个方面：

(1) 限定异议理由

现行《中华人民共和国商标法》（以下简称“《商标法》”）没有限定异议申请的理由，《修改决定》明确限定了异议理由，并分为两类：(i) “商标注册申请违反商标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”，即商标注册申请侵犯了驰名商标的权利、在先使用权利人、被代理人及被代表人的权利、地理标志证明商标的权利、在先注册商标的权利等在先权利；(ii) “商标注册申请违反商标法第十条、第十一条和第十二条”，即不得作为商标使用或注册的情形。

(2) 限定异议主体范围

对于前述(i)项侵犯在先权利等相关的异议理由，可以提出商标异议的主体不再是“任何人”，而是限定为“认为商标注册申请侵犯了其已存在权利的在先权利人或者利害关系人”。对于前述(ii)项不得作为商标使用或注册的异议理由，则仍然是任何人都可以提起商标异议。

(3) 删除商标评审委员会对商标异议进行复审裁定的程序

《修改决定》规定商标局对商标异议进行审查后直接作出准予或者不予注册的决定。对异议裁定不服的救济方式，针对异议人和被异议人做出了不同的规定。对商标局认为异议不成立、准予注册的，即发给商标注册证并予以公告，异议人不服的不能再申请异议复审，只能请求宣告该注册商标无效；对商标局认为异议成立、不予注册的，被异议人不服的可以向商标评审委员会提出不予注册复审申请。被异议人对复审决定不服的，还可以向人民法院提起行政诉讼。

鉴于《修改决定》删除了商标评审委员会对商标异议进行复审的程序，我们认为，在商标局的异议审查程序中应增加证据交换、提交质证意见等程序，以保证商标局在充分了解当事人双方情况后再进行裁决，否则制定商标异议不成立就直接准予注册不予复审的规定就会过于草率，而且明显对异议人不利，尤其是那些未及时申请注册商标的在先使用人、被代理人及被代表人。

(4) 规定审查期限

对于异议的审查期限，《修改决定》明确规定为，商标局自公告期满之日起十二个月内做出是否准予注册的决定，有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长六个月。

对于被异议人提出不予注册复审申请的审查期限,《修改决定》明确规定为,商标评审委员会应当自收到申请之日起十二个月内做出复审决定,有特殊情况需要延长的,经国务院工商行政管理部门批准,可以延长六个月。

我们认为,上述四个方面的修改,将会较大程度减少商标异议未来提起的数量、也会大大缩短被异议商标权利不确定状态的时间,今后通过异议程序来阻止或延迟类似商标获准注册的商标保护策略的作用将明显降低。

2) 加强对在先使用人的保护

(1) 加强在异议程序中对商标在先使用人的保护条款

现行《商标法》下,商标在先使用人如果援引《商标法》第十五条“未经授权、代理人或代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册,被代理人或被代表人提出异议的,不予注册”的规定作为异议理由,在先使用人需要证明双方之间有代理合同或者代表合同才能阻止对方注册;商标在先使用人如果援引《商标法》第三十一条“申请商标注册不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标”的规定作为异议理由,在先使用人则需要证明该在先商标具有一定的知名度才能阻止对方注册。

此次《修改决定》则明确规定了在先使用人如可以证明对方与其具有除代理合同、代表合同以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该商标存在的,就可以阻止对方申请注册商标,既不需要证明代理关系或代表关系,也不需要证明在先使用商标的知名度。但是实践中商标局会如何认定“申请人与在先使用人具有其他关系而明知该商标存在”,尚不清楚。

(2) 明确商标在先使用权制度

此次《修改决定》还明确了商标在先使用权制度,规定在商标注册人申请商标注册前,在先使用人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的,注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用,但可以要求其附加适当区别标识。

该规定旨在弥补商标申请在先原则和注册原则的不足,保护公平竞争、平衡商标注册人和在先使用人的利益。但如何界定在先使用的商标具有一定影响、原有使用的范围、行使方式、地域限制、在先使用权的移转等仍需关注后续规定和实践的检验。

3) 加强商标专用权的保护

(1) 引入惩罚性赔偿规定

《修改决定》引入了国际通行的恶意侵犯商标权的惩罚性赔偿规定。对于一般的商标侵权,按照权利人因被侵权所受到的实际损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定,也可以参照该注册商标使用许可费确定;对恶意侵犯商标专用权、情节严重的,赔偿数额可以大于按照上述方法确定的数额,最高不超过上述数额的三倍。赔偿数额中大于实际损害额的部分,是一种惩罚性赔偿。

我们认为,惩罚性赔偿制度的建立,将会对惩处侵权人,遏制潜在侵权人从事类似不法行为起

到重要作用，从而增强商标权利人维权的决心和行动。

(2) 大幅提高法定赔偿额

《修改决定》提高了法定赔偿额，在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、注册商标使用许可费难以确定的情形下，法院可以酌情决定的法定赔偿额上限从 50 万元大幅提高到了 300 万元。

(3) 减轻权利人举证责任

《修改决定》减轻了权利人对侵权赔偿数额的举证责任：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、资料主要由侵权人掌握的情况下，人民法院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侵权赔偿数额。

我们认为，上述规定在一定程度上可以解决目前“权利人虽然胜诉但获得的赔偿数额很低”的现象，在《修改决定》实施后可能会形成一股权利人维权行动的热潮。

4) 规定商标行政程序审查时限

《修改决定》首次对商标行政程序的审查时限作出了明确规定，具体如下：

(1) 规定了商标局在注册申请、商标异议及撤销申请流程中的审查时限：

申请注册的商标，应当自收到商标注册申请文件之日起九个月内审查完毕。

对初步审定公告的商标提出异议的，商标局应当自公告期满之日起十二个月内做出是否准予注册的决定。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长六个月。

对申请撤销注册商标的，商标局应当自收到申请之日起九个月内做出决定。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。

(2) 规定了商标评审委员会在驳回复审、撤销复审、不予注册复审、商标无效程序中的审查时限：

对商标注册驳回复审申请，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。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。

对商标局撤销或者不予撤销注册商标的决定，当事人向商标评审委员会申请复审的，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。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。

对被异议人提出的不予注册复审申请，商标评审委员会应当自收到申请之日起十二个月内做出复审决定。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长六个月。

对商标局做出宣告注册商标无效的决定，当事人向商标评审委员会申请复审的，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，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。对于其他单位或者个人根据商标法第四十四条请求商标评审委员会宣告注册商标无效的，商标评审委员会应当自收到申请之日起九个月内做出裁定。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。

对于在先权利人或者利害关系人依据商标法第四十五条向商标评审委员会提起宣告注册商标无效申请的，商标评审委员会应当自收到申请之日起十二个月内做出裁定。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长六个月。

《修改决定》规定的上述审查期限，与近年来实际的商标审查期间相比，有一定程度的缩短。

我们认为，《修改决定》首次对商标行政程序中不同阶段的审查时限作出明确规定，对申请人来说无疑是振奋人心的好消息。从此，商标能否成功注册有了明确的时间表，企业制定商标使用、保护策略将会更加清晰准确，《商标法》赋予注册商标的保护作用将会落到实处。

5) 禁止对驰名商标进行商业宣传、集中明确可以认定驰名商标的情形和机构

《修改决定》明确规定禁止对驰名商标进行商业宣传，并集中明确了可以认定驰名商标的情形和机构：

(1) 增加了对“驰名商标”字样使用的禁止性规范及相应的惩罚规定

对于“驰名商标”字样的使用，《修改决定》明确规定“生产、经营者不得将‘驰名商标’字样用于商品、商品包装或者容器上，或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中。”对此，《修改决定》还规定了相应的惩罚条款：如违反该规定，由地方工商行政管理部门责令改正，处10万元罚款。

《商标法》所规定的驰名商标是在处理涉及商标案件需要认定该商标为驰名商标进行保护时才对其事实进行认定，驰名商标并不是荣誉称号。而在目前实践中，许多企业过度使用、宣传驰名商标，背离了《商标法》下驰名商标的本义。《修改决定》意在通过上述规定遏制企业对驰名商标的过度宣传。

(2) 集中明确可以认定驰名商标的情形及机构

在《修改决定》通过之前，对驰名商标可以认定的情形及认定机构的规定散见于《驰名商标认定和保护规定》、《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》中。《修改决定》此次将这些规定集中在《商标法》这部基本法律中进行了明确。

6) 严格规范商标代理机构代理行为

(1) 增加商标代理机构告知义务

《修改决定》规定：委托人申请注册的商标可能存在商标法规定不得注册情形的，即涉及商标法第十条、第十一条及第十二条关于不得作为商标注册和使用的情形的，商标代理机构应当明确告知委托人。

(2) 严格禁止商标代理机构的恶意代理行为

《修改决定》严格禁止的代理行为包括：未经授权、代理人或者代表人以自己的名义申请注册被代理人或者被代表人的商标，申请人与他人具有前款规定以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在而在同一种商品或者类似商品上申请注册与他在先使用的未注册商标相同或者近似的商标，或者委托申请注册的商标损害了他人现有的在先权利，或者以不正当手段抢先

注册他人已经使用并有一定影响的商标的，商标代理机构知道或者应当知道上述情形的，不得接受其委托。

另外，《修改决定》明确禁止商标代理机构除对其代理服务申请商标注册外，申请注册其他商标。

(3) 对商标代理机构惩罚性规定

《修改决定》对于违反上述（2）项规定的行为、以及存在变造、伪造或使用伪造、变造的法律文件、印章、签名等规定的行为的，处于1万元以上至10万元以下的罚款，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。情节严重的，商标局、商标评审委员会可以决定停止受理其办理商标代理业务，并予以公告。

我们认为，上述规定对于商标代理机构的代理能力和诚信均提出了较高的要求，这对于目前存在的部分商标代理机构的不诚信行为及协助恶意抢注等行为，将起到很强的威慑和遏制作用。

7) 商标申请方面的修改

(1) 简化商标申请文件

《修改决定》规定申请人可以通过一份申请就多个类别的商品申请注册同一商标，改变了原来的一份申请仅能就一件商标在一个类别商品上申请的规定，简化了申请文件和申请程序。但提交一件商标多类商品申请时应该如何准备申请材料目前尚不清楚，具体办法仍需关注国务院工商行政管理部门的后续规定。

(2) 增加可以申请注册商标的要素

《修改决定》增加了可以申请注册商标的新要素，规定声音可以作为商标注册。

8) 其他主要修改

(1) 增加了申请撤销注册商标的情形

除注册商标连续三年停止使用，任何人可以申请撤销该注册商标外，《修改决定》还增加规定了“注册商标成为其指定商品的通用名称的，任何人也可以向商标局申请撤销该注册商标”。

(2) 增加了不承担赔偿责任的情形

《修改决定》新增规定：注册商标专用权人请求赔偿，被控侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人民法院可以要求注册商标专用权人提供此前三年内实际使用该注册商标的证据。注册商标专用权人不能证明此前三年内曾经实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任。

根据上述规定，如果权利人注册商标后并未使用，则只能阻止侵权人使用该等商标，但不能获得经济赔偿。

(3) 与《反不正当竞争法》衔接

《修改决定》规定，将他人驰名商标、注册商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，构成不正当竞争行为的，依照《反不正当竞争法》处理，以与《反不正当竞争法》相衔接和统一。

2、《关于进一步明确金融企业国有股转持有关问题的通知》简析（作者：张平、陈骁敦）

2013年8月14日，财政部、国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会和全国社保基金理事会联合发布《关于进一步明确金融企业国有股转持有关问题的通知》（财金[2013]78号）（“78号文”），明确了金融企业国有股转持的范围及程序。本文将结合《境内证券市场转持部分国有股充实全国社会保障基金实施办法》（财企[2009]94号）（“94号文”）和国务院国有资产监督管理委员会关于施行《上市公司国有股东标识管理暂行规定》有关问题的函（国资厅产权[2008]80号）（“80号文”），进一步对金融企业国有股东认定及国有股转持义务进行分析和阐述。

1) 国有股东认定概述

94号文规定了国有股转持的基本原则，也界定了国有股东和国有资产监督管理机构的范围。根据94号文规定，国有股东是经国有资产监督管理机构确认的国有股东，而国有资产监督管理机构则包括：（1）代表国务院和省级以上（含计划单列市）人民政府履行出资人职责、负责监督管理企业国有资产的特设机构（“国资委”），和（2）负责监督管理金融类企业国有资产的各级财政部门（“财政部门”）。

根据上述规定，可见非金融类企业国有资产是由国资委进行监管，金融类企业国有资产则由财政部门进行监管，因此非金融类国有股东和金融类国有股东也分别由国资委和财政部门来负责认定。

2) 非金融类国有股东认定标准

国资委2008年发布的80号文明确了上市公司国有股东的认定标准：（1）政府机构、部门、事业单位、国有独资企业或出资人全部为国有独资企业的有限责任公司或股份有限公司；（2）前述单位或企业独家持股比例达到或超过50%的公司制企业；前述单位或企业合计持股比例达到或超过50%，且其中之一为第一大股东的公司制企业；（3）前述“（2）”中所述企业连续保持绝对控股关系的各级子企业；（4）前述所有单位或企业的所属单位或全资子公司。根据上述认定标准，（1）和（2）项标准仅适用于公司制企业，对于有限合伙制企业则一般不适用⁶，而（3）和（4）项标准则适用于所有组织形式的企业。

3) 金融类国有股东认定标准

在78号文出台之前，财政部门并没有专门就金融企业国有股转持中的国有股东进行过具体明确，实践中，金融类国有股东的认定主要参照80号文明确的标准进行。

根据78号文规定，金融企业投资的企业首次公开发行股票并上市的，如果金融企业股权投资资金为该金融企业设立的公司制私募基金，财政部门在确认国有股转持义务时，按照实质性原则，区分私募基金的名义投资人和实际投资人。具体而言，如私募基金的国有实际投资人持有比例合计超过50%，由私募基金（该比例合计达到100%）或其国有实际投资人（该比例超过50%但低于100%）则需要根据94号文的规定履行国有股转持的义务。但是上述规定仅限于公司制私募基金。至于金融

⁶ 西安通源石油科技股份有限公司的股东上海联新投资中心（有限合伙）则被参照第（2）项标准认定为国有股东。

企业设立的有限合伙制私募基金是否不需要按照 78 号文的规定进行转持或是参照 80 号文的规定进行转持，78 号文未作明确说明。

国有股转持的规定一直对国有企业参与的私募股权投资基金影响较大，目前关于国有股转持的更为具体的标准仍待进一步明确，我们将继续关注国有股转持的相关文件规定，及时跟进汇报。

■ ■ 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

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

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