

中倫知识产权资讯-2010 专刊

中国商业秘密保护专辑

目 录

《保守国家秘密法》修正案对在华企业的影响分析	2
企业商业秘密保护的制度设计和执行措施	4
竞业禁止适用中若干争议问题讨论.....	7
《中央企业商业秘密保护暂行规定》评析	9
商业秘密的刑事保护途径.....	10

《保守国家秘密法》修正案对在华企业的影响分析

中国全国人大常委会在4月底通过了《保守国家秘密法》修正案(以下简称“修正案”),并将于2010年10月1日起实施。修正案的实施有两点值得关注,一是此法试图在信息技术时代背景下加强国家秘密的保护;二是力拓案件引起全球关注,修正案对在华企业的经营制定了更加严格的规范。

一、 修正案加强了涉密信息系统的管理

鉴于在信息化时代,国家秘密的存在形态和运行方式发生了巨大变化,涉密载体由纸质为主发展到声、光、电、磁等多种形式,泄密的形式也多发生在计算机网络条件下,法律需要对信息环境下存储、处理和传输国家秘密的制度进行补充完善。

修正案新增的第二十二条规定,涉密信息系统应当按照国家保密标准配备保密设施、设备。保密设施、设备应当与涉密信息系统同步规划,同步建设,同步运行。涉密信息系统投入使用前,应当经设区的市级以上保密行政管理部门检查合格。

修正案对涉密信息系统使用中有关行为也作了严格规范。修正案新增的第二十四条规定:不得将涉密计算机、涉密存储设备接入互联网及其他公共信息网络;不得在未采取防护措施的情况下,在涉密信息系统与互联网及其他公共信息网络之间进行信息交换;不得使用非涉密计算机、非涉密存储设备存储和处理国家秘密信息;不得擅自卸载涉密信息系统的安全技术程序、管理程序;不得将未经安全技术处理的退出使用的涉密计算机、涉密存储设备赠送、出售、丢弃;第二十六条规定:禁止在未采取保密措施的有线和无线通信、互联网及其他公共信息网络中传递国家秘密。

二、 修正案对互联网运营企业设定了保密义务和责任

修正案对互联网运营企业设定了三项义务:配合调查、停止传输和删除秘密信息。新增的第二十八条规定:互联网及其他公共信息网络运营商、服务商应当配合公安机关、国家安全机关、检察机关对泄密案件进行调查;发现利用互联网及其他公共信息网络发布的信息涉及泄露国家秘密的,应当立即停止传输,保存有关记录,向公安机关、国家安全机关或者保密行政管理部门报告;应当根据公安机关、国家安全机关或者保密行政管理部门的要求,删除涉及泄露国家秘密的信息。

在过去的几个月中,国家有关部门已经出台了一系列加强互联网管理的法律法规。例如2009年12月11日,CNNIC发出《关于进一步加强域名注册信息审核工作的公告》,要求用户向域名注册服务机构在线提交域名注册申请材料,没有企业营业执照或组织机构代码证的个人用户,将无法申请注册域名。另外根据即将于2010年7月1日实施的《侵权责任法》的规定,网络用户利用网络服务实施侵权行为的,被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵

中伦知识产权-法律/资讯/案例/专题讨论

害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。一系列法律法规的实施，将互联网公司的法律义务推到了一个新的高度。

三、 修正案力图在公民的信息知情权和保守国家秘密之间找到平衡点

在国家保密法的执行过程中也遇到了一些问题，比如定密层级和定密权限不明确，往往会被一些行政机关滥用。修正案第十三条规定，确定国家秘密的密级，应当遵守定密权限。中央国家机关、省级机关及其授权的机关、单位可以确定绝密级、机密级和秘密级国家秘密；设区的市、自治州一级的机关及其授权的机关、单位可以确定机密级和秘密级国家秘密。

为了保障公民的知情权，修正案规定了保密的期限，规定：国家秘密的保密期限，除另有规定外，绝密级不超过三十年，机密级不超过二十年，秘密级不超过十年。另外，修正案把便利信息资源合理利用作为了一项原则增加到法律条文中，并规定，法律、行政法规规定公开的事项，应当依法公开。

四、 问题与建议

在本法修订之前的执行过程中，企业普遍遇到的一个问题是国家秘密的内涵不够明确，外延不够清晰，很多情况下，对于所涉及的信息是否属于国家秘密无从判断。

修正案仍然沿用了以往的关于国家秘密的定义，即：国家秘密“是关系国家安全和利益，依照法定程序确定，在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项”。应该说这一定义非常宽泛，并给行政机关解释法律时留下了很大的余地。很多一般性信息，例如地图、全球卫星定位数据和经济统计数据都有可能成为国家秘密。行政部门也可能会以国家秘密为理由避免披露有关信息。

在数据库方面，由各级统计局及其它政府机构汇总的数据，在该数据没有被合法发表或公开之前，按照法律规定，都属于国家秘密。针对某个具体的企业实体，如果涉及军事、国防、国家垄断行业（石油、电力、金融）等，则有关的非公开的企业信息和财务信息（按照上述法律第九条的定义）也可能被认定为国家秘密。

基于以上的分析，在华经营公司在实际运营中很重要的一点是分辨信息的来源并做出合适的应对措施，对于来源于敏感渠道的信息，要谨慎使用和发布；对于企业网络所发布的信息，应当有必要的监控人员和手段；对于可能涉及到国家秘密的信息和数据，应当采取必要的措施，比如限制传输或移除链接；对于国家司法机关和行政机关的调查和命令，应当依法配合。在有些情况下，企业遵循配合调查义务可能会与企业对用户的保密承诺相冲突，这种情形将更难以处理。

修正案距离正式实施还有一段时间，它对于外国在华经营公司，尤其是互联网公司的影响还有待观察。我们建议企业做好预防措施，以避免潜在的法律风险。

企业商业秘密保护的制度设计和执行措施

在当今中国竞争激烈的商业和信息化环境下,保护公司的商业秘密就成为公司超过其竞争对手并占据竞争优势的一个至关重要的课题。我们看到过许多中国公司拥有相对完整、措施严密的商业秘密保护体系。然而,其措施的具体实施至今仍是一大难题。虽然外部顾问和安全保护提供机构通常是保护商业秘密的一项极其宝贵且必要的社会资源,本文在此提出了一些在中国可行的保护商业秘密的策略。

一、 商业秘密的定义

若需确定如何建立和保持一项商业秘密保护方案,重要的是要事先了解什么是商业秘密。

1993年的中国《反不正当竞争法》第10条将商业秘密定义为:“不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。”

根据该定义,所有企业的信息,如过程、方法、配方、规格、商业和市场营销策略、客户名单、材料、技术和财务资料、无论形式如何、只要他们符合上述所有要求均可视其为商业秘密。

二、 商业秘密保护制度的设计

商业秘密保护制度是一项全面保护商业秘密的书面性政策。这种书面性政策不但是一个公司保护其商业秘密意志和努力的体现,同时也可以帮助员工识别和判断如何保护公司的商业秘密。该制度还是公司管理层力图实现该目标的证明,同时具有向第三方告知哪些是该公司的商业秘密的提示性作用。

通常,一项商业秘密保护制度包含两个阶段:(1)实事求是地确定哪些信息属于商业秘密;(2)决定如何保护这些商业秘密。

1、 指定有关人员或小组负责该制度的实施

制定商业秘密保护制度的第一个步骤是指定有关人员、小组或委员会负责监督该制度。

是否选定一个小组还是某个人负责该制度因公司而异。在有些公司,可能选择一两个人协调和执行整个制度是最经济和有效率的。而在其他公司,很可能已现存有可以轻松担任保护商业秘密行政职能的知识产权部门。对一些稍大型公司来说,很可能值得投入宝贵的时间和资源建立一个特定的管理功能以处理专有信息的保护。由于制定和实施商业秘密保护制度是一个跨学科的活动,可能涉及法律、IT、人事、财务和关键性技术人员。这些人员或小组将负责对商业秘密信息进行鉴别、分类、存档以及建立和审查商业秘密保护措施。

2、 确定商业秘密

中伦知识产权-法律/资讯/案例/专题讨论

建立商业秘密保护制度的第二个步骤是确定公司希望保护的商业秘密。实际的商业秘密的信息和分类将因公司不同而不同。要确定某项信息是否是商业秘密，可以考虑下列因素：

(1) 哪些信息为公司外部人员所知悉；(2) 该信息对企业及其竞争对手的价值；(3) 收集和改进行息过程中所花费的时间和金钱；(4) 该信息被他人通过正当途径获取和复制的难易程度；(5) 是否对企业产生商业上的不利；(6) 企业发展而取得的竞争优势。

3、 进行商业秘密审计

公司应当针对商业秘密进行比较平衡的审计，从而确定：(1) 何种可以确保商业秘密的保护；(2) 措施的有效性；(3) 有无其他候补措施。审计过程将改善和保障商业秘密的保护。审计过程本身应分为两个执行阶段：初始审查启动阶段和定期审查阶段。

4、 制定商业秘密保护制度

一旦确定了商业秘密的保护范围和有关人员商业秘密的保护责任，公司有必要制定一项制度以防止雇员或竞争对手对其商业秘密的盗用和侵犯。

商业秘密保护制度应以书面形式确定下来并反映公司针对不同的商业性质在不同情况下对该信息进行保护而付出的合理的努力。下文所述的措施只是一些说明，而非详尽性的保护商业秘密的措施。每家公司应根据自己的需要和能力来制定相适应的保密措施。值得注意的是，在有效地保护公司的商业秘密的同时应尽量避免对公司内部工作的干扰。

(1) 以协议方式保护商业秘密

中国法律允许企业以协议方式保护自己的商业秘密。这种协议也可涉及保密义务和竞业禁止义务。由于中国对举证责任要求较高，以书面协议的形式对商业秘密进行保护在中国至关重要。

1) 与涉及商业秘密的雇员和第三方签订保密协议

签订保密协议是保护商业秘密的最好和最有力的方式之一。为追求商业机遇，商业秘密的信息披露应该通过授权或按照保密协议中允许披露的规定而进行，并对披露的目的予以明确，对信息进行限制性规定。重申对方的保密义务以维护信息的保密性。雇员和商业伙伴应在产生任何关系之时签署保密协议。

如果涉及竞业禁止协议，该协议应包含合理时间内的适当赔偿额，并包含合理的地域限制。否则，即使其余的条款均有效，法院可能也将不予执行。

2) 确立书面保密措施并向所有雇员发放

一项行之有效的商业秘密保护制度，应包含使所有雇员知悉某项信息处于保密状态，并定期对他们的保密义务进行提醒。

(2) 以行为方式保护商业秘密

中倫知识产权-法律/资讯/案例/专题讨论

所有的公司都需要建立行为保密措施，这也是保护专有信息最容易和最经济的方式。一般的行为保密性措施可以包括：

- 1) 文件控制。对含有保密信息的文件、物品和软件进行统一明确的显著性标示，如“机密”等
- 2) 对涉密的雇员和公众进行监控。公司应对商业秘密信息和非秘密信息进行分流处理，区别对待。允许披露的商业秘密应当仅限于那些需要该信息来执行公司职责的员工。用合理的措施来限制公众进入公司设施可包括：对属于商业秘密的信息或物品上锁保管，使其远离公众可参观的区域，并可要求客户佩戴参观标志。
- 3) 监控发言和出版物。一个公司需要在出版物或新闻稿及在公众发言中避免对商业秘密的泄露。
- 4) 定期对员工和外部顾问进行保密义务教育并对其行为进行监督。通过对员工和外部顾问进行保密的重要性教育，告知其违反公司的保密制度的后果有助于减少泄密的可能性。在员工就职和离职之时告知他们对商业秘密的保密义务。
- 5) 提高计算机的安全措施。保护措施必须包括在公司内外部努力确定和维护这个数字信息时代的知识产权。例如：使用密码、要求定期对密码进行更换。对需要保密的文件进行编码或加密式存取，以防止外部人员读取到该保密信息。
- 6) 定期销毁高度敏感性信息。
- 7) 监控竞争对手。积极关注和观察公司进入市场时，特别是直接竞争对手获得保密信息的迹象。

(3) 保护商业秘密的其他措施

公司还可利用商业模式来保护商业秘密。如：

- 1) 设立专门针对所有权的奖励制度。例如，采取一些措施鼓励发明或技术诀窍的创新等。
- 2) 可能的话建立长期的劳动雇佣关系，以防止将前雇主的保密信息泄露给潜在的竞争对手。
- 3) 设置特殊的安排以保护商业秘密。允许商业秘密的拥有人或控制人持有公司的股份。如此做法将使权利人与企业的命运息息相关。这种做法在许多发达国家被广泛采用。

三、 结论

商业秘密一旦失去将永远失去。保护商业秘密，需要公司的高度警觉和对一项完善的保密制度的坚持不懈的努力。一个有效的保密制度将防止保密信息泄露给竞争对手，并确保公司保持其竞争优势。在现实生活中，很少有公司采用上述全部保密性措施或预防性措施。公司应在切实评价其行业和自身的安全需要的基础上，结合其现有的结构和程序来制定保密制度。必要时可咨询外部律师以寻求帮助。

竞业禁止适用中若干争议问题讨论

所谓竞业禁止，是指根据法律规定及双方约定，用人单位限制本单位特定从业人员在离职后一定时间内从事与本单位竞争的业务。竞业禁止制度的本身目的不是为了限制员工的就业权，而是为了保护用人单位的商业秘密。《劳动合同法》对竞业禁止适用范围、期限以及补偿方式均做出了规定。但是，在具体的适用中仍存在诸多的争议问题。

一、 竞业禁止期内的最低补偿标准

目前，法律并没有对最低补偿标准做出明确规定，司法实践中，更多的是由法官根据具体的案情来自由裁量。一般来说，在判定补偿额时，会考虑如下因素：

(1) 前员工本身的劳动价值；(2) 补偿标准对于(前)员工生活水平的实质影响；(3) 地方性的法律法规规定或建议的补偿标准(如有)；(4) 行业标准(如有)。

实践中，各个法院执行的标准也不尽相同。比如，2009年的《北京高院关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》确定的可参考的最低补偿标准是离职前正常工资的20%-60%。而上海市高级人民法院2009年3月发布实施的《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》确定的可参考的最低补偿标准是离职前正常工资的20%-50%。

二、 如果竞业禁止期内的补偿标准过低，或者没有约定补充标准，是否会导致竞业禁止条款无效？

补偿是竞业禁止的对价，如果过低(甚至没有)且对前员工没有其他权利或利益作为补偿，则更可能会被认定为显失公平，进而整个竞业禁止条款可能会被认定为无效，判例当中持此观点的居多。比如，在英国A.B.C.特选食品有限公司诉喻某与中国四达国家经济技术合作公司违反竞业禁止案中，法院认为，原、被告双方虽然约定了劳动者竞业限制的义务，但并未约定向劳动者支付竞业限制经济补偿金，故判决劳动者可以不受该义务的约束。

企业要求竞业禁止义务，通常是为了保护其知识产权，如果一旦认定补偿标准过低而直接否定竞业禁止的法律效力(特别是考虑到补偿标准本身缺乏成文法的明确标准)，可能会对企业知识产权的合理保护非常不利。有鉴于此，近年来一些法院逐渐采取了如下观点(特别是涉及到知识产权保护或不正当竞争时)：如果补偿标准没有约定或过低，仍维持竞业禁止的效力，就补偿问题双方可协商，或由法院来确定一个补偿标准。比如，2009年的《北京高院关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》中明确表明了此观点。此外，2009年3月3日，上海市高级人民法院发布实施的《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》，也持同样观点。

作为企业一方，为了更好的保护其知识产权，应尽量避免因补偿标准过低而导致竞业禁止被无效的情况，但考虑到法律上对补偿标准的相对不确定性，在条款的约定上可以采取相对灵活的方式，即，约定一个明确的补偿标准，并补充：“如果司法机关终局的判决确定一个更高的补偿标准，则适用此更高的补偿标准，但无论如何，都不影响竞业禁止的法律效力。”

三、 违反竞业禁止条款的违约金如何确定？

根据《劳动合同法》的规定，违反竞业禁止条款的，可以约定违约金。但对违约金的具体数额没有明确的指导意见。一般来说，约定的违约金数额应以实际可能的损失为依据，通常可以考虑以下因素：

- (1) 劳动者的工资水平；
- (2) 劳动者所掌握的企业的知识产权的重要程度；
- (3) 劳动者违反竞业条款行为本身的情节程度。

比如，在耐克体育（中国）有限公司诉赵某竞业限制纠纷案中，原告耐克公司要求对方赔偿的违约金数额为原告实际支付给被告的全部竞业禁止补偿款，法院支持了原告的诉讼请求。

四、 员工违反竞业禁止条款后，除适用劳动争议解决程序外，企业是否可以以不正当竞争为由直接提起民事诉讼？

根据目前司法实践中的若干案例，如果前员工违反竞业禁止条款，企业一般可以以不正当竞争为由直接提起民事诉讼，被告既可以是前员工，也可以包括该前员工加入的与原告有竞争关系的企业。在北京市海淀区人民法院第（2005）海民初字第5106号判决书中，法院认为“本案中原告以竞业限制为由起诉被告陈晋苏和索贝公司不正当竞争，明确主张陈晋苏违反竞业限制约定成为侵犯原告权利的手段，索贝公司由于共同侵权而成为不正当竞争者，原告选择的不正当竞争之诉于法不悖，该争议已转化为普通的民商事纠纷。”

相比劳动争议解决程序，选择不正当竞争之诉，显然对企业更为有利。但如果选择不正当竞争之诉，需要注意以下几点：首先，原告必须要证明被告的行为对原告造成了损害（通常是商业秘密的泄露，或商业机会的剥夺等）；其次，如果起诉的被告包括前员工加入的与原告有竞争关系的企业，原告还必须证明该企业存在“明知”或“应知”的事实。

五、 从保护企业知识产权的角度，竞业禁止协议应注意的问题有哪些？

- 1、 适用对象应仅限于企业的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。
- 2、 竞业禁止的期限不应超过两年。从企业的角度看，在约定一个少于两年的固定期限的基础上，可以采取以下较为灵活的方式，比如，约定企业可以根据具体情况单方的缩小或延长竞业期限（补偿额可做相应的调整），也可约定如果前员工违反竞业条款的，竞业期限则做相应的顺延。
- 3、 就竞业禁止期内的补偿，在约定一个相对合理的补偿标准后，可进一步相对灵活的约定，如果司法机关终局的判决确定一个更高的补偿标准，则适用此更高的补偿标准（以尽量避免因补偿标准过低而导致整个竞业条款被认定无效的法律风险）。
- 4、 要明确约定违反竞业禁止义务的违约金，一般可约定为与企业支付的全部补偿相等的数额。此外，也可灵活的补充：如实际损失无法被弥补的，有权进一步索赔。

《中央企業商業秘密保護暫行規定》評析

在力拓商業秘密案件的背景下，2010年3月25日，國資委印發《中央企業商業秘密保護暫行規定》（以下簡稱“《暫行規定》”）。這是我國第一部關於商業秘密保護的部門規章，以法規形式對中央企業提出了商業秘密保護的更高要求。

關於商業秘密的定義，與《反不正當競爭法》第十條第三款相比，《暫行規定》同樣採用了四個要件，不同的是把“經營信息”排列在了“技術信息”之前，顯示了國資委對“經營信息”重要性的着重強調。

關於中央企業商業秘密的範圍，《暫行規定》首次詳細規定了包括戰略規劃、管理方法、商業模式、改制上市、併購重組、產權交易、財務信息、投融資決策、產銷策略、資源儲備、客戶信息、招投標事項等經營信息，設計、程序、產品配方、製作工藝、製作方法、技術訣竅等技術信息。值得注意的是，上述範圍幾乎涵蓋了中央企業生產經營過程中所有重要領域與事項。

關於商業秘密與國家秘密的關係，《暫行規定》明確確認了中央企業商業秘密和國家秘密之間存在重合，規定中央企業經營信息 and 技術信息中屬於國家秘密範圍的，必須依法按照國家秘密進行保護。還規定，中央企業商業秘密有可能根據國家秘密範圍的調整，被變更確定為國家秘密。關於有權確定國家秘密範圍的機關，根據2010年4月29日修訂通過、將於2010年10月1日起施行的《中華人民共和國保守國家秘密法》規定。國家秘密及其密級的具体範圍，由國家保密行政管理部门分別會同外交、公安、國家安全和其他中央有關機關規定。

關於中央企業商業秘密的內部保護措施，《暫行規定》要求，中央企業應設專職機構和人員執行商業秘密保護工作，確定商業秘密的範圍、密級、保密期限和知悉範圍，通過與不同級別員工簽訂保密條款、保密協議和競業限制協議約定保密工作的權利和義務，確定要害部門、涉密區域，以及保護商業秘密載體和計算機系統等信息設施的安全。

關於中央企業商業秘密的外部保護措施，《暫行規定》確定了三種不同層次保密級別：第一，涉及商業秘密的諮詢、談判、技術評審、成果鑑定、合作開發、技術轉讓、合資入股、外部審計、盡職調查、清產核資等活動，應當與相關方簽訂保密協議；第二，涉及境內外發行證券、上市及上市公司信息披露等活動，應當建立和完善商業秘密保密審查程序，規定相關部門、機構、人員的保密義務；第三，在重點工程、重要談判、重大項目中，應當建立保密工作先期進入機制，關係國家安全和利益的應當向國家有關部門報告。

《暫行規定》的出臺，被認為為中央企業商業秘密保護提供了重要法律依據，也對中央企業建立和完善商業秘密保護制度提出了更高的要求。從合規性角度出發，中央企業建立商業秘密的保護體系刻不容緩。根據律師的執業經驗，在一個完善的商業秘密的保護體系中至少要包括以下幾個方面的內容：商業秘密的認定制度；商業秘密的保護制度；員工保護商業秘密的規章和協議；商業秘密保護的內部執行機構；商業秘密保護的物理措施的加強；信息技術和網絡泄密的防范等。

商業秘密的刑事保護途徑

一旦發生侵犯商業秘密的行為，根據目前中國的法律規定，商業秘密的權利人可以尋求的救濟途徑和手段，主要包括行政途徑和司法途徑兩種方式，而商業秘密的刑事保護又是司法保護中最強烈的手段。但是，目前中國商業秘密的刑事保護還存在諸多問題，比如：當事人證據負擔過高、管轄地和立案標準不明確、辦案機關和司法鑑定機構經驗缺乏等。

近年來，中倫律師事務所辦理了一系列具有影響力的商業秘密刑事案件，律師也試圖從這些案件辦理中總結出一些經驗來分享。

一、商業秘密刑事案件的管轄

因為在某些地方還存在地方利益保護主義、辦理經驗不夠等制約因素，在當事人準備啟動刑事案件之前，仔細分析可能的刑事案件舉報地點和相應的管轄機關非常重要，並很可能實質性影響案件的進程。

商業秘密刑事案件可能的管轄地包括：被害人（即權利人）的所在地、犯罪嫌疑人實施侵權技術的所在地和侵權產品的銷售地。管轄地不明確，尤其是權利人所在地公安機關是否有管轄權，帶來了商業秘密案件執法的困境。一方面有的案件舉報無門，各地公安機關爭相把管轄推到對方；另一方面刑事司法權力極易被濫用，成為地方利益保護的工具。依據我國刑訴法第二十四條“刑事案件由犯罪地的人民法庭管轄”的規定，員工違約或非法帶走公司秘密技術資料的行為，是其實施侵犯商業秘密犯罪的預備行為，實施侵犯商業秘密犯罪預備行為地是犯罪地，因此，被害人公司所在地有管轄權。在各级人民法庭的判決中也確認了此觀點。

二、商業秘密刑事案件的立案標準

根據最高人民檢察院、公安部《關於經濟犯罪案件追訴標準的規定》（2001年4月18日公發〔2001〕11號）第六十五條規定，侵犯商業秘密，涉嫌下列情形之一的，應予追訴：1) 給商業秘密權利人造成直接經濟損失數額在五十萬元以上的；2) 致使權利人破產或者造成其他嚴重後果的。最高人民法院、最高人民檢察院《關於辦理侵犯知識產權刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》（2004年12月22日法釋〔2004〕19號）第七條規定，實施刑法第二百一十九條規定的行為之一，給商業秘密的權利人造成損失數額在五十萬元以上的，屬於“給商業秘密的權利人造成重大損失”，應當以侵犯商業秘密罪判處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金；給商業秘密的權利人造成損失數額在二百五十萬元以上的，屬於刑法第二百一十九條規定的“造成特別嚴重後果”，應當以侵犯商業秘密罪判處三年以上七年以下有期徒刑，並處罰金。

對如何認定“造成其他嚴重後果”既無法可依，也無解釋可循。根據司法實踐，我們認為具有下列情形之一的，應視為給商業秘密權利人造成了嚴重後果：

中倫知識產權-法律/資訊/案例/專題討論

- (1) 侵犯他人商業秘密致使權利人喪失競爭優勢，企業倒閉的；
- (2) 侵犯他人商業秘密致使權利人聲譽、信譽嚴重遭受嚴重影響的；
- (3) 侵犯他人商業秘密致使權利人重傷、死亡的；
- (4) 侵犯他人商業秘密造成無可挽回的重大損失的。

三、商業秘密刑事案件的證據標準

公安部、最高院和最高檢的關於刑事立案標準的規定的一個共同的特點就是規定了一個具體的經濟損失的數額。在犯罪初期，權利人很可能不知道具體的損失數額，或者難以以證據證明具體的損失，這就給權利人通過刑事手段行使權利設置了一個很高的門檻。獲得具體的侵權數據需要一定的偵查手段支持，而偵查手段的使用必須以刑事案件的啟動程序為前提，有時這是一個死結。

一般情況下，公安機關在侵犯商業秘密罪立案時會按以下標準進行證據審查：

- (1) 有證明該商業秘密有效存在的證據；
- (2) 有證明犯罪嫌疑人接觸或非法獲取其商業秘密的初步證據；
- (3) 有證明商業秘密權利人的損失可能超過 50 萬元的證據，某種情況下，可以考慮其商業秘密的研發成本，比如研發成本在 100 萬元以上的；
- (4) 如果指控他人非法使用其商業秘密的，還應當提供犯罪嫌疑人使用其商業秘密的初步證據。

解讀以上的立案要求，在立案階段，被害人一般要從以下幾個方面準備證據：

(1) 權利主體及商業秘密存在的證據

商業秘密主體成立的證據包括：權利人主體基本情況資料、商業秘密的內容、記錄有權利人商業秘密的載體（如設計圖紙、文件資料等）、研發過程的證據、投入人力物力才力的證據、權利人使用商業秘密的證據等。

(2) 關於證明商業秘密的祕密性成立的證據

商業祕密性成立的證據可以包括技術鑑定報告，技術專家意見、科技情報查新報告和科技成果鑑定書等。

要不要證明祕密性這一點，在司法界尚存爭議。一方認為，祕密性或非公知性，屬於消極事實，無法證明，因此，在證據標準上，不能要求原告或被害人提供，應假設祕密性或非公知性存在，而留待被告或犯罪嫌疑人去提供證據抗辯，去推翻其祕密性或非公知性；另一種意見則認為，為了司法程序的慎重起見，當事人應當就此提供初步的證據，檢索一定的數據庫或文獻資料，確定其初步的祕密性或非公知性。就理論探討而言，我們同意第一種觀點，但是，在實務的操作中，我們會以最嚴格的證據標準推動刑事案件的進展。

(3) 關於權利人對商業秘密採取保護措施的證據

权利人对商业秘密采取保护措施的证据包括：权利人的保密制度、保密协议书、保密责任书、对商业秘密资料的分密级管理制度、资料的发放制度，网络管理制度，电脑密码设置等。

(4) 关于证明商业秘密具有价值性和实用性的证据

关于商业秘密的价值性和实用性，一般不会产生太多的争议。已经商业使用的商业秘密本身已证明其具备了实用性和价值性；尚未投入商业使用的商业秘密，应通过其技术领先性或潜在的商业价值来证明。

(5) 嫌疑人以不正当手段获取权利人商业秘密的证据

这些证据包括盗窃、利诱、贿赂、胁迫、虚假陈述、违反或诱使违反保密义务，或通过电子或其他手段进行间谍活动的证据，接触权利人商业秘密的人通过记忆或其他方式重现或使用权利人的商业秘密的证据。

(6) 滥用商业秘密的证据

包括披露以不正当手段获取的商业秘密的证据；使用不正当手段获取商业秘密的证据；许可他人使用以不正当手段获取的商业秘密的证据。

有些情况下，犯罪嫌疑人虽合法掌握权利人的商业秘密，但负有保密义务，这种情况主要收集犯罪嫌疑人掌握权利人商业秘密的证据，负有保密义务的证据和非法使用的证据。

(7) 关于造成商业秘密权利人损失等方面的证据

权利人的损失应根据不同的侵权情况综合考虑决定，应全面收集以下证据：1) 商业秘密的开发投入成本、商业秘密的成熟程度、利用周期、是否可以重复使用，商业秘密的使用情况和产品的市场供求情况；2) 商业秘密的市场价值、商业秘密的许可使用情况；3) 因侵权行为导致减少的收入，如特定的客户订单转向嫌疑人、市场销量递减或增量减少的数额、被迫降价减少的收入等；4) 利用权利人商业秘密获取的收益、嫌疑人转让商业秘密获取的利益。

四、 结语

在此种证据苛刻要求状况下，被害人及其律师的前期扎实证据准备工作就显得尤为重要。我们最近代理的某芯片公司商业秘密侵权案件中，因在举报前期律师进行了充分和缜密的准备工作，保证了刑事案件的立案和审理取得了预想的结果。

完

中倫知识产权-法律/资讯/案例/专题讨论

本期刊仅为贵方参考所用，并不代表本所及律师的任何法律意见，与您亦不构成律师客户关系。如您需要进一步的讨论，可以通过以下方式联系我们：

陈际红 律师/合伙人

电话: 5957-2288

电邮: chenjihong@zhonglun.com | www.zhonglun.com