

TRADE SECRETS

BUSINESS INSIGHTS
& PRACTICAL STRATEGIES

商业秘密： 行业视角与实战策略

- > 行业研究：医药·生物·信息技术
- > 交叉领域：劳动法·宪法与行政法·刑民交叉
- > 侵权救济：如何应对员工侵犯商业秘密
- > 内部合规：经营秘密·技术秘密
- > 宏观保护：国际视野·数字经济





中伦研究院出品



CONTENTS



001 > 前言	006
002 > 概览	009
中国商业秘密法律保护回顾与观察	010
003 > 特定行业商业秘密问题研究	022
浅析“互联网+医疗”领域的的数据保护及商业秘密保护	023
医药行业商业秘密刑事问题与案例	032
人工智能时代的隐形战：商业秘密的保护	044
“软件”相关行业商业秘密保护路径及建议	053
植物新品种繁殖材料作为商业秘密予以保护	060
004 > 商业秘密交叉领域问题研究	066
01/ 与劳动法交叉	067
劳动争议与侵害商业秘密纠纷交叉问题辨析	068
竞业限制若干法律问题初探	077
竞业限制的攻防转换	088
02/ 与宪法和行政法律交叉	100
涉及商业秘密政府信息公开的第三方应对措施建议	101
总体国家安全观视野下的企业商业秘密合规体系建设	113
03/ 民事与刑事程序交叉	122
从一起商业秘密案件看“刑民交叉案件”的法律适用	123
揭开迷雾——商业秘密侵权诉讼举证规则解析	129



CONTENTS



005 > 商业秘密侵权与救济 138

01/ 员工侵权 139

员工越权处置企业商业秘密行为的防范和救济 140

商业秘密保护之路,员工、原单位、新单位应何去何从 149

02/ 刑事救济 163

商业秘密保护的刑事路径 164

基于技术贡献率视角的商业秘密刑事案件应对:
实证分析与刑辩要点 174

03/ 行政救济 186

商业秘密行政保护:问题与实践 187

006 > 商业秘密管理与合规 197

01/ 概述 198

企业合规视角下的商业秘密保护——概念解析 199

02/ 内部合规 211

商业秘密之客户信息保护的“时移世易” 212

技术成为竞争力核心,科技型企业如何
保护商业秘密 220

从技术类纠纷案件看企业技术开发过程中的
知识产权合规应对 228

03/ 宏观保护 239

中美经贸协议解读——商业秘密合规保护篇 240

数字经济背景下的企业商业秘密保护实践探索 249

007 > 案例分析 258

基于司法个案视角再议商业秘密保护中的
“相应程度”保密措施 259

侵犯商业秘密罪相关理论研究及司法认定 267



PREFACE



商业秘密保护是企业核心竞争力的重要保障，也是全球化竞争和技术创新背景下的法律热点问题。在数字经济高速发展的今天，商业秘密保护的重要性愈发凸显。从信息技术到生物医药，从人工智能到传统产业，商业秘密涵盖的领域日益广泛，其保护面临的风险和挑战也愈加复杂。近年来，我国通过《反不正当竞争法》的修订、《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》的发布，以及民事审判、行政执法和刑事手段各个条线的保护措施，逐步完善了商业秘密保护的 legal 体系。与此同时，国际层面上，中美于2020年签订了《中华人民共和国和美利坚合众国政府经济贸易协议》，欧盟出台了《数据法案》《商业秘密保护指令》以及“地平线欧洲”计划等强化商业秘密保护的措施，全球范围内商业秘密保护的 legal 与实践也在迅速演进。如何在国内外法律环境中实现企业商业秘密的高效保护，成为企业与法律界共同面对的重大课题。

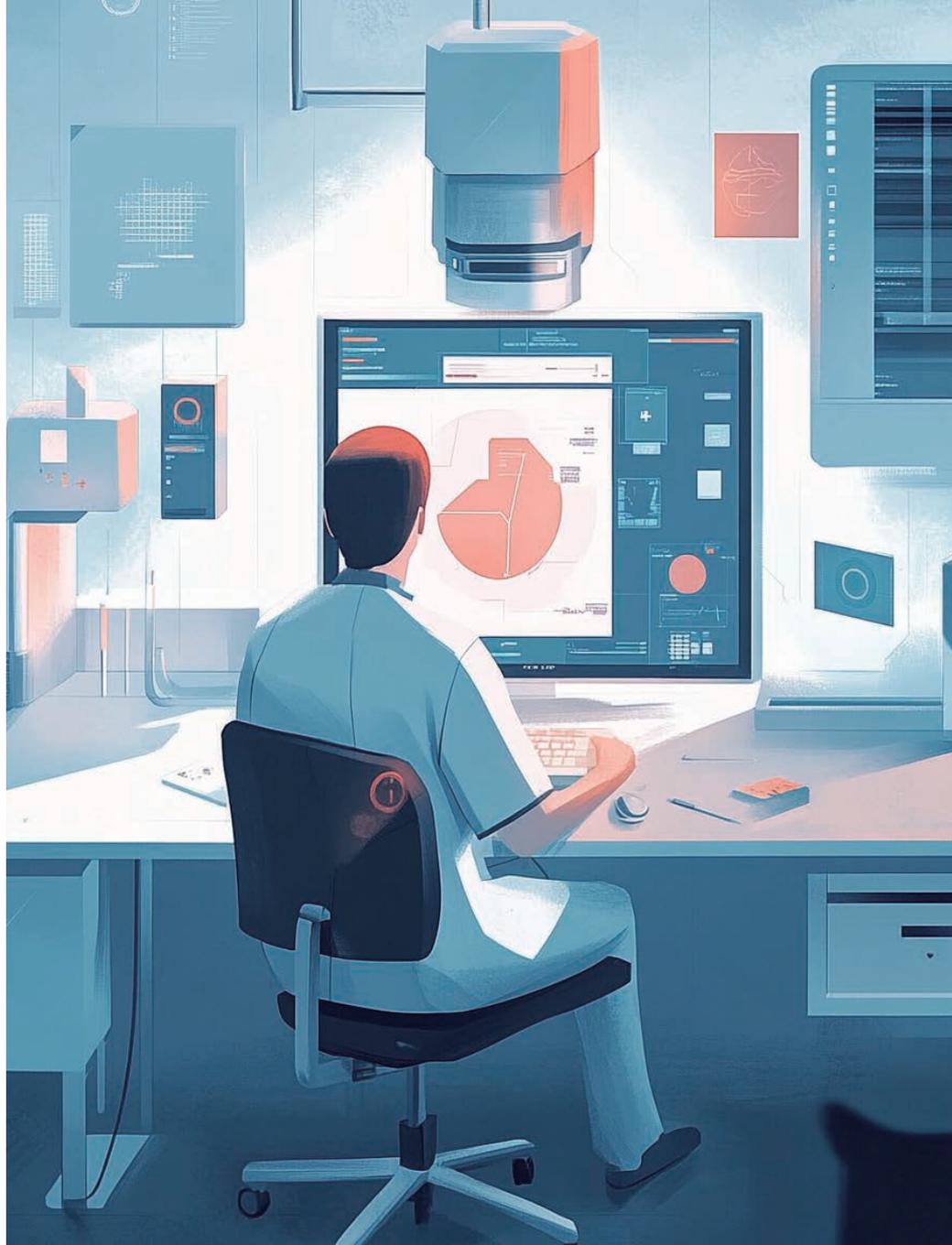
07

然而，商业秘密侵权案件数量的增长和侵权手段的多样化表明，这一领域的法律保护仍需不断探索和优化。首先，商业秘密的定义和范围在不同领域和场景中表现出显著的多样性，如“互联网+医疗”领域的 data 隐私与商业秘密多重保护问题的暴露，人工智能背景下 data 和算法的特有性保护难题等；其次，侵权形式愈发隐蔽且多样化，从传统的员工泄密到新型的网络攻击，企业需要更全面的合规体系应对潜在威胁；再次，法律领域的交叉性问题日益显现，如商业秘密保护如何与劳动争议中的竞业限制、民事和刑事程序的交叉问题等交织在一起。这些问题不仅对企业的管理能力提出了更高要求，也对司法实践提出了全新的挑战。

基于上述背景，本文集从多个维度对商业秘密保护展开系统研究。全书分为六个部分：第一部分“概览”聚焦中国商业秘密保护的立法回顾与未来观察，梳理法律体系演变脉络；第二部分针对特定行业展开分析，包括医疗健康与医药、人工智能、软件行业及植物

新品种繁殖材料保护等领域的前沿问题；第三部分探讨商业秘密与劳动法、宪法与行政法、刑事与民事程序等领域的交叉问题；第四部分以侵权与救济为核心，通过典型案例从民事、刑事、行政三个维度探讨不同救济路径的适用与实践；第五部分聚焦企业商业秘密管理与合规，分析企业如何在全球化竞争中构建完整的商业秘密合规体系；第六部分通过对司法个案的研究，解析商业秘密保护的“相应程度”保密措施以及刑事案件的理论实务问题。全书内容涵盖了商业秘密保护的主要领域，旨在为企业和法律从业者提供全面、深入的分析与指导。

我们希望，通过这部文集的编纂，能够为企业在商业秘密保护问题上提供更系统化的理论支持和实务建议，助力企业在复杂多变的市场环境中保持竞争优势。同时，也期望为学界和实务界提供更开阔的视角，推动商业秘密保护领域的理论与实践不断发展。面向未来，我们深信，完善的商业秘密保护体系不仅是企业创新发展的重要支柱，更是国家经济安全的核心保障。希望本书能成为企业应对挑战、乘风破浪的得力工具，共同迈向商业秘密保护的新时代。



OVERVIEW

概览



中国商业秘密 法律保护回顾与观察

中国商业秘密法律保护自2020年开始走上发展的“快车道”，在民事审判、行政执法和刑事保护各个条线上均呈现严格保护的基本特点，体现了“有利于权利人行使权利”的保护理念。本文基于过去的实践和观察进行铺陈，期待能对读者了解当下商业秘密法律保护的进程与现状有所助益。

商业秘密法律保护部门立法和行动举措概览

（一）商业秘密民事司法审判从落实司法解释到作出具有指导意义的个案判决，引领中国商业秘密法律保护的发展动向

为统一技术类知识产权案件裁判尺度，最高人民法院于2019年1月成立知识产权法庭，对二审技术类知识产权案件集中管辖，相应地在部分中级人民法院成立专门知识产权法庭受理一审技术类知识产权案件，并配备专业的法官和配套的技术调查官制度，这无疑使得商业秘密民事审判在商业秘密法律保护体系中处于绝对领先状态，具备以高质量司法案例统一法律适用的良好条件。

2020年到2021年间，最高人民法院集中出台《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2020〕7号）、《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定一系列司法解释》（法释〔2020〕12号）以及《关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》（法释〔2021〕4号）等规定后，商业秘密民事审判规则的基本框架初步搭建完成。之后并未出台或者修正已颁布的规范性文件，而是持续通过指导性案例以及知识产权法庭公布的典型案例，传递出落实和强化新法新规的动向，弥合纸面法律与个案场景之间的缝隙，也不乏在纸面法律基础上再行进行有益探索，对商业秘密民事保护中的新问题和争议点给出示范性处理的实务指引。

（二）商业秘密行政执法虽然规章迁延，但实践远行，在规范监管和保护发展中积极探索积累经验

商业秘密行政执法环节中具备效力的部门规章仍为1995年发布施行、1998年修订的《国家工商行政管理局关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》。2020年9月市场监管总局发布《商业秘密保护规定（征求意见稿）》并公开征求修改意见后，却仍未有进一步动向。事实上，《商业秘密保护规定》的“推进修改”已经被明确写入

《2023年知识产权强国建设纲要和“十四五”规划实施推进计划》中，但该保护规定并未如期完成修改和出台，导致目前的商业秘密行政执法中出现一定的“法律真空”。

尽管如此，商业秘密行政执法的实践却在不断发展，从市场监管总局到各地各级行政执法机关在商业秘密行政执法活动中的举措和进步亦值得认可。2022年初，市场监管总局筛选出部分城市确定为商业秘密保护创新试点地区，2023年又扩大了试点范围，并反不正当竞争“守护”专项执法行动，并将商业秘密保护确定为行动的重要内容之一。2024年，天津市发布《商业秘密行政执法规范指引》，作为全国首个商业秘密行政执法规范指引，为行政执法部门处理商业秘密案件提供重要参考。

（三）商业秘密刑事司法办案机关级别较低，人员专业性和办案经验受到局限，以鉴代审现象严重，但先刑后民问题逐渐得以改善

近年，商业秘密刑事司法领域亦有动作。最高人民法院、最高人民检察院发布《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释（征求意见稿）》，《人民检察院办理知识产权案件工作指引》和侵犯商业秘密的典型案列，将与商业秘密犯罪有关的规定、要旨和典型意义的笔墨集中于对犯罪情节严重性、损害后果认定等问题上，但对于犯罪构成的把握、入罪事由的考量并无实质廓清，亦难改善商业秘密刑事司法实践中长期存在的因办案和审判机关级别较低、人员专业性欠缺等原因引起的定罪量刑不精准的问题。

值得赞扬的是，对于商业秘密刑民交叉案件，最高人民法院在商业秘密民事司法解释中严格限定了“先刑后民”的适用条件，在2023年的典型案例“‘蜜胺’技术秘密侵权案”中，也再次重申商业秘密民刑程序交叉下，民事案件是否中止审理应考虑程序之间是否存在必须依据的先决关系。

商业秘密法律保护民事审判动态及典型案例回顾

商业秘密法律保护民事审判在司法解释外主要依靠各类案例予以指引，除了具有准司法解释效力的指导性案例外，最高人民法院知识产权法庭也通过发布典型案例来指引商业秘密民事案件的审判实践，目前主要有两个发布渠道，一是“反垄断反不正当竞争典型案例”，一是“知识产权法庭典型案例”，此外也有个别文书以“精品裁判”的形式全文公开于其官方网站或者针对一些专门领域发布的典型案例（如“种业知识产权司法保护典型案例”）。

（一）明确和细化商业秘密民事审理中举证责任转移规则

近年来，司法实务中的诸多案例在逐步探索和确认各类商业秘密侵权情形下的证明责任分配方式，具体案例不一而足。最高人民法院于2023年12月发布的第39批指导性案例中将商业秘密司法实务领域内备受关注的“‘香兰素’技术秘密侵权案”列入其中作为第220号指导性案例，将该案件中涉及的**对于无法实质证明生产工艺相同的情形下作出侵权认定的思路和规则以及相应确定的侵权范围**列明在裁判要点中，明确说明和划定了前述情形下原被告双方的举证责任为“权利人举证证明被诉侵权人非法获取了完整的产品工艺流程、成套生产设备资料等技术秘密且已实际生产出相同产品的，人民法院可以认定被诉侵权人使用了全部技术秘密，但被诉侵权人提供相反证据足以推翻的除外”，不再要求商业秘密侵权诉讼中的原告对其无法自行取证的被告实际使用的生产工艺内容进行举证。

除通过指导性案例确定的参照效力“视同司法解释”的规则之外，最高人民法院也通过一则典型案例和若干公开信息进一步对**技术秘密的内容/范围、载体认定以及相应举证和认定规则**进行了补充和修正。在“罩式炉吊具图纸技术秘密侵权纠纷案”中，对于以若干张图纸作为载体的技术秘密，即便图纸的部分技术信息已经存在于公共领域，权利人依然可以基于对公开信息的整理、改进、加工以

及组合、汇编而产生的新信息主张权利，权利人主张“整套图纸”作为其技术秘密载体、其中记载的全部技术信息的总和构成其技术秘密的，其主张的技术秘密内容是明确的。在“光激化学发光分析系统通用液技术秘密侵权纠纷案”中，最高人民法院认为作为技术秘密保护的技术方案可以是若干载体文件资料中总结、概括、提炼的技术信息。前述认定规则修正了以往商业秘密民事司法实践中常见的“（一项）技术秘密与（至少一件）载体具有完整的一一对应关系”的认识以及“认定技术秘密内容需要先行减除其中的公开信息”的惯常认定方式。

（二）确认高额赔偿与惩罚性赔偿的适用细则和条件

近年来商业秘密案件中屡现高额损害赔偿，其中无论是第39批指导性案例中的“‘香兰素’技术秘密侵权案”，还是2023年的典型案例“‘蜜胺’技术秘密侵权案”，均在全额支持权利人主张的损害赔偿的同时，言明此举“切实体现对侵害技术秘密行为的严厉惩处和对技术秘密权利人合法权益的充分保护”。更有吉利诉威马案中国，最高人民法院终审判决威马赔偿吉利6.4亿元，创我国商业秘密侵权诉讼判赔数额新高。

除了基于细致计算旗帜鲜明地支持高额损害赔偿外，我们也能看到商业秘密民事司法实践中对于损害赔偿问题的其他态度。前述指导性案例“‘香兰素’技术秘密侵权案”中，裁判要旨中确认了**故意侵害商业秘密时损害赔偿数额计算可以使用销售利润**的规则，这一规则与《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》中确定的专利侵权纠纷案件中仅对“完全以侵权为业的侵权人”采用销售利润计算侵权损害赔偿数额的规则形成了较为明确的区分。而同批指导性案例中的第219号“广州天某高新材料股份有限公司、九江天某高新材料有限公司诉安徽纽某精细化工有限公司等侵害技术秘密纠纷案”，则是一例涉及适用惩罚性损害赔偿的技术秘密侵权案件，最高人民法院通过该案例明晰了技术秘密侵权案件中**适用惩罚性赔偿的考量因素、以侵权为业的认定标准以及从高乃至顶**

格适用惩罚性赔偿的参照标准。在“‘油气微生物勘探’技术秘密侵权案”和“‘蜜胺’技术秘密侵权案”中，法院对于“**有限市场和不充分竞争**”情形下将侵权人的全部获利确认为侵权获利、**共同故意侵权及全部连带损害赔偿责任的认定**等进行了有益的讨论并做出相应阐述和认定，与明文规范形成“互补”，成为商业秘密司法实务中可供借鉴、参照但又不失柔性的“新规范”。

（三）进一步明晰案由交叉和程序交叉的处理规则，利于权利人充分行使权利

此外，最高人民法院亦通过案例“浙江某公司诉曹某、杭州某智能公司技术秘密侵权纠纷案”，在裁判要旨中对于**知识产权侵权和侵害技术秘密纠纷能否并行审理**作出表态，进一步厘清了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第二十四条的适用问题，更具体地明晰了知识产权专门法与反不正当竞争法下商业秘密侵权纠纷这一特定案由之间的协调和并存问题，确认了在侵权行为不同、权利基础不同情况下，“无后诉否定前诉的可能”时，是否可能存在重复承担民事责任的问题需经实体审理才能作出判断，不能简单认定为重复诉讼而径行驳回起诉。

对刑民程序交叉下民事案件的中止判定标准这一问题，最高人民法院也在“‘蜜胺’技术秘密侵权案”中明确表态同样适用“先决原则”解决该程序问题，并明确表态称因为“刑事案件与民事案件审理的法律关系和证明标准均有不同”，这种不同导致在假设刑事案件与民事案件的指控对象完全一致的情况下，民事案件也无须以刑事案件审理结果为依据，无须中止审理。同时，该案件中亦明确了民事案件对刑事案件证据的审查和采信规则，确认形成于刑事案件中的证据材料与民事案件待审查事实具有较大关联性且符合民事诉讼证据规则时，经过民事审判中的举证、质证程序后，可以由法庭裁量确认其是否具备可采性。

（四）对于特定行业、新类型技术秘密载体设定较为明确的保护指引

在近年的商业秘密民事司法实践观察样本中，能够看到对**特定商业秘密客体的保护条件和保护路径**的解析，例如最高人民法院审理的第一起涉及育种材料的“W68植物新品种亲本技术秘密侵权案”中，对于商业秘密民事司法解释中已经明确圈定入技术秘密保护范围的“植物新品种繁殖材料”进行了进一步解释。

（五）余论与小结

除上述较为类型化和典型的案例裁判观点外，最高人民法院亦在近年的案件审理中对**具体侵权行为样态和认定标准**进行了解析，对**刑事案件证据在民事审判中的审查与采信、鉴定申请的审查条件**等重要程序问题进行了有益讨论；并在典型案例发布中强调对内资和外资企业、国有和民营企业等各类民事主体的一体对待、**平等保护**。

需要注意到，商业秘密侵权纠纷仍为知识产权民事诉讼中的“小众”案件。尽管如此，从最高人民法院发布的商业秘密纠纷典型案例中，我们还是能够看出人民法院力求减轻商业秘密纠纷案件中的权利人的举证责任、力求充分有效保护权利人的商业秘密、力求对侵权人施加更为高额赔偿的整体态势。

PART 003

商业秘密法律保护行政典型案例回顾与程序问题分析

（一）商业秘密行政保护典型案例与民行交叉程序下权利人的利益权衡

2023年6月27日市场监管总局公布了一批共五件侵犯商业秘密不正当竞争典型案例，这些案例从不同角度对地方各级商业秘密行政执法部门提供了规范指引。

可以看到，商业秘密行政执法程序中，执法机关对于罚没款项

的裁量空间是较大的，尤其是罚款部分并不需要明确的证据或者依据，可以在法定额度内根据情节、手段、后果等进行自由的裁量。但应当注意的是，所述“罚没款”中“没”的部分与民事诉讼中的损害赔偿数额、是否承担刑事责任的入罪门槛具有直接关联，这也成为相应程序交叉衔接时的一个重要问题。商业秘密行政执法程序的处罚结果中除责令停止行为外，还涉及罚款和没收违法所得两部分具有经济属性的法律责任，其中，行政机关没收的违法所得并不对权利人进行返还，从前述行政执法典型案例公开内容来看，罚款数额则一般显著高于“违法所得”。行政机关没收违法所得以及作出罚款后不能用于偿付权利人损失，可能导致商业秘密权利人通过民事诉讼进行后续维权索赔时存在执行困难。

（二）行刑衔接规定要求下的商业秘密行政案件与刑事案件并非泾渭分明

按照《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》，行政执法机关在依法查处违法行为过程中，如根据违法事实涉及的金额、情节、后果发现当事人有构成刑事犯罪的嫌疑，“必须依照本规定向公安机关移送”，对于知识产权领域的违法案件，即便仅有“存在犯罪的合理嫌疑”，也应当移送由公安机关“采取措施进一步获取证据以判断是否达到刑事案件立案追诉标准”。五件典型案例中的“广州市格霖体育休闲运动有限公司侵犯商业秘密案”中，办案机关即发现当事人存在大量金额巨大的合同和订单文件，经利润审计并提请检察机关核审，确定当事人的行为涉嫌犯罪，最终移送公安机关立案侦查。

从笔者目前对商业秘密行政执法实践的观察，部分行政机关亦根据该规定执行“行刑衔接”工作要求，主动向公安机关提供犯罪线索、移送案件，但不同行政执法机关对于犯罪嫌疑的判别标准、不同公安机关对于是否立案追诉的判断标准均难以统一。从公开报道看，实践中行政机关将案件移送公安机关的情况并不多见，无论是对于超过三十万损失数额的行为认定，还是对于行政处罚的“罚没

款”的处置，实践中均存在需要进一步厘清的空间，行刑衔接在执行层面并非泾渭分明，程序衔接问题仍有待协调。

PART 004

商业秘密法律保护中刑事保护现状及典型案例回顾

（一）中国商业秘密刑事保护的现状与特点

中国商业秘密刑事案犯罪案件的既往基本情况，可参照最高人民检察院在2021年2月发布知识产权指导性案例（即第二十六批指导性案例）时，知识产权检察办公室宋建立副主任的介绍：一是案件数量虽然增幅较大，但绝对数较小；二是案件受理不均衡，主要集中于经济活动较为活跃的地区；三是不捕、不诉率较高；四是判处轻缓刑比例较高；五是犯罪对象多为企业核心技术秘密，雇员或前雇员是犯罪的高危人群。该发布内容基于最高人民检察院的数据统计，至今仍能够代表中国商业秘密刑事保护的基本特点。

2023年8月5日，最高人民检察院通过新闻媒体对外发布“上半年侵犯知识产权犯罪新特点”，其中对于商业秘密部分，最高人民检察院认为侵犯商业秘密犯罪种类多样，并呈现犯罪危害大，内部员工作案比例高的特点。根据最高人民检察院统计，上半年全国共受理审查起诉侵犯商业秘密犯罪167人。从涉及领域看，被害单位既有传统制造型企业，也有信息技术、生物医药、智能制造等高科技公司；从商业秘密种类看，侵犯软件源代码、技术方案、设备图纸等技术信息类案件为主要类型，侵犯价格信息、个性化客户需求等经营信息类案件也时有发生；从办案实践看，由于外部人员难以直接获取企业商业秘密，往往是企业内部人员尤其是关键岗位技术人员、高级管理人员离职跳槽带走商业秘密，或内外勾结共同实施犯罪行为。

（二）最高人民检察院公布典型案例回顾与解析

2023年最高人民检察院先后三次公布了五件涉及商业秘密的典

型案例，集中体现了最高人民检察院关于商业秘密刑事保护的旨趣。

1.鼓励认罪认罚，促成赔偿谅解，实质性解决权利人与被告之间的商业秘密纠纷

在最高人民检察院公布的上述五件典型案例中，有四件都存在被告人认罪认罚的情节，并在庭前不同程度地进行退赔或者与权利人达成赔偿和解协议，取得受害人的谅解，实现政治效果、社会效果与法律效果有机统一。

2.对于侵害商业秘密给权利人造成的损失数额，探索多途径认定方式，确保犯罪得到追究

由于商业秘密侵害导致的刑事责任相比于民事责任，增加了给权利人造成损失的追诉标准，检察机关在办理商业秘密刑事案件中必须准确衡量损失数额，以确保侵害行为是否达到应予追究的犯罪标准。而实践中对知识产权侵害造成的损失数额，是长期以来的“老大难”问题，相比于民事审判可以赋予法官自由裁量的“酌定赔偿”方式，刑事诉讼显然不能照搬和借鉴，因此探索多途径认定损失数额的方式，确保犯罪得到追究也是检察机关办理商业秘密案件的一个重点环节。

PART 005

回顾与观察：行必能至，商业秘密法律保护多条线、持续渐进发展态势不变

展望未来，我们认为在加快创新驱动发展战略实施政策引导下，商业秘密保护仍将会继续呈现“向高向好”的整体趋势，包括各个保护条线下的案件受理数量均将持续增多；商业秘密民事案件的判赔数额仍有可能继续攀高；商业秘密案件的侦办、执法、审理水平仍将持续向好。

虽然商业秘密法律保护现状仍存在诸多有待解决的问题，包括商业秘密行政执法和刑事司法并不具备民事司法中的技术条件和专业资源，受到民行、行刑以及民刑交叉制度衔接和掣肘等问题。但

我们欣喜地看到，商业秘密民事行政和刑事保护各主管机关在实践中均作出了建设性的努力，树立了保护发展的目标，足以让我们对商业秘密法律保护的发展和变化保有期待。

我们相信，今后中国商业秘密法律保护仍将有发展、有进益，虽道远且长，但扬帆济海，我们期待与我们一样身处其中的法律共同体云深知处、不畏前行，在每一个案件中保障法律的正确实施，保护创新者的知识产权，推动企业高质量发展，建设美丽创新国家。

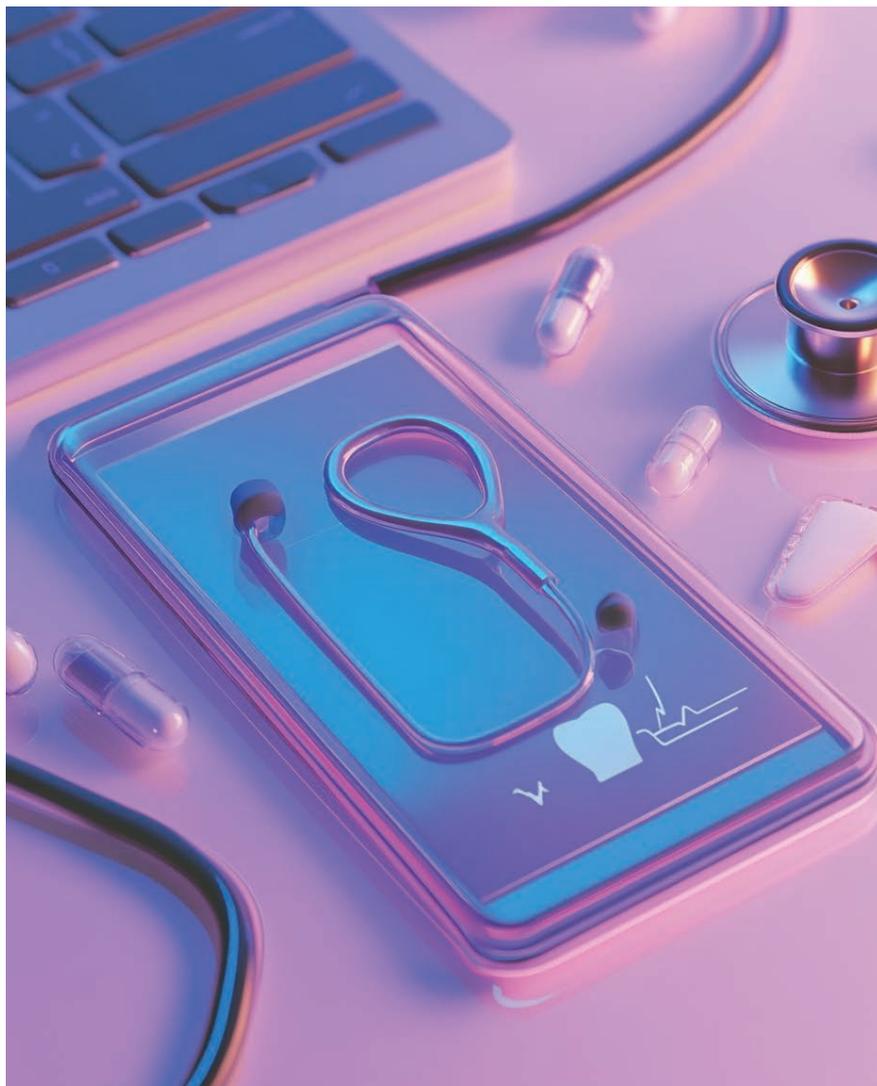


马东晓
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2099
madongxiao@zhonglun.com

03

特定行业 商业秘密问题 研究

RESEARCH ON TRADE
SECRETS IN CERTAIN
INDUSTRIES



浅析“互联网+医疗” 领域的 数据保护 及商业秘密保护

作者：高俊

我国多年来一直存在人口基数大、经济发展水平差异明显的问题，不可避免地也同样导致医疗资源数量不足、分布不均以及患者就医艰窘等种种问题。传统医疗行业纷纷“触网”，“互联网+医疗”概念和应用强势进入市场，顺应着时代发展需求和行业背景现状应运而生。近年来，我国境内互联网医疗行业发展速度较快、市场规模较大。在政策的大力支持，以及分级诊疗、社会办医、处方流转等医疗改革不断推进等因素影响下，国内互联网医疗行业快速发展。根据中商产业研究院发布的数据，2022年中国互联网医疗行业市场规模已达到3099亿元，同比增长39%。¹预计2025年互联网医疗市场规模将增至约 4,943 亿人民币。²

1.中商产业研究院，2024年中国互联网医疗行业市场前景预测报告。

2.财通证券，《互联网医疗之医药电商行业报告》。

在新型冠状病毒肺炎疫情的催化下，互联网与医疗健康的深度融合不断加速。在线预约挂号、在线诊疗开药、个人健康问询、疾病风险评估、远程会诊、远程治疗和康复等多种类、多元化的“互联网+医疗”行业百家争鸣。与此同时，医疗体系遭受黑客入侵攻击、信息泄露的频率明显呈上升趋势，无疑也让“互联网+医疗”行业的信息安全和数据保护的问题逐渐进入公众视角。此外，技术人员或中高层管理人员商业秘密泄露或侵权的事件不断增加，越来越多的国内企业开始重视商业秘密保护，“互联网+医疗”行业当然也不例外。

“互联网+医疗”企业及医疗机构加强自身的有效合规运营，以满足和确保行业的合规健康发展就成为了管理的重中之重。本文旨在从“互联网+医疗”的商业秘密保护的重要性方面，从外至内两个维度来初步分析“互联网+医疗”企业及医疗机构的相关合规监管需求，并初步提出完善企业内部有效合规管理的相关建议。

PART 001

“互联网+医疗”的商业秘密保护

对于“互联网+医疗”企业或医疗机构而言，由于其持有的信息特殊性，不仅涉及公司内部经营机密，还涉及极其大量的、敏感的个人信息，则从笔者角度而言，“互联网+医疗”企业及医疗机构更应当关注自身的商业秘密保护。

（一）商业秘密的内涵

目前我国的法律法规体系中并没有单独规范和调整商业秘密的单行法律。但对于商业秘密的含义，《反不正当竞争法》《刑法》中对“商业秘密”做了明确定义，且此定义所反映的主要特性与国际上的惯用规则几乎一致。即“商业秘密”是指不为公众所知悉、具有商业价值/实用性并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。此对商业秘密的构成均明确了不为公众所知悉的新颖性、商业价值性及保密性的“三性要求”。

25

（二）“互联网+医疗”行业的商业秘密外延

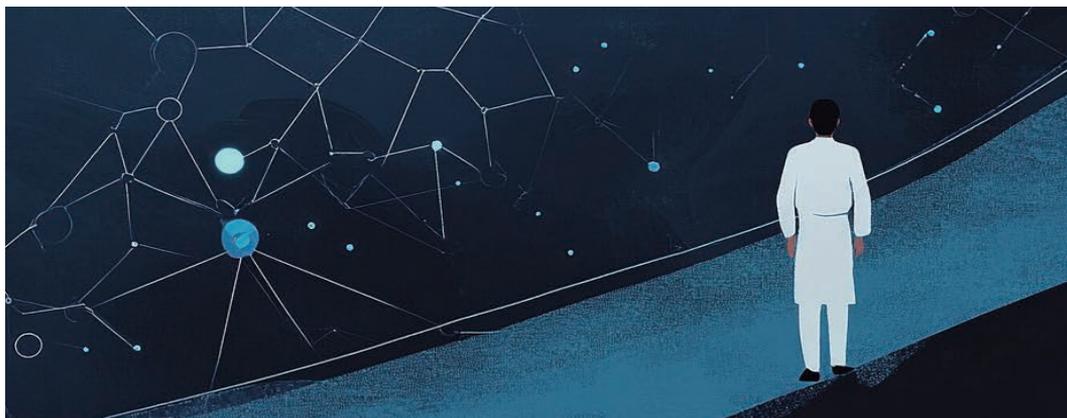
一般而言，商业秘密根据《反不正当竞争法》《保密法》《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》等相关法律法规的规定，从日常运营实际操作方面，大致可以分为以下几类。第一类为经营信息，比如经营方针决策、投资决策意向、发展规划、经营计划方案、经营状况和实际实力、认证模式和服务定价、市场分析、营销策略等；第二类为交易信息，比如有合作关系企业和客户名单、客户资料、合作意向、投资合同条款、营销网络和渠道、客户抵押物信息、成本价格、拍卖标的底价、收费标准等；第三类为公司管理信息，比如财务预算、财务报表、统计资料、财务分析报告、资产状况、工资薪酬资料、人事资料、业务标准规范和操作流程、业务培训资料等等。

而将“商业秘密”这一概念投影于“互联网+医疗”行业，除一般公

司运营过程中的通用内部信息外，相关企业或机构还可能收集、处理大量包括个人信息、临床研究数据、患者治疗数据等在内的个人敏感信息和重要数据。由于“互联网+”时代的到来进一步加速了数据的积累与流通，“互联网+医疗”行业的“商业秘密”范围同样应当慎重关注其作为运用或立足于互联网科技的主体所应当关注的更广阔的范围。2020年9月10日，最高院公布的《关于审理侵犯商业秘密纠纷民事案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2020〕7号）第1条明确了“与技术有关的结构、原料、组分、配方、材料、样品、样式、植物新品种繁殖材料、工艺、方法或其步骤、算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息，人民法院可以认定构成反不正当竞争法第九条第四款所称的技术信息。”综上可以初步得出，如果“互联网+医疗”企业及医疗机构因运营“互联网+医疗”业务所编写、持有、掌握的不为公众所悉知，具有商业价值，以及已采取了相应保密措施的代码、算法、程序、数据等，则也应当被认定为其商业秘密，并予以严格保护。

（三）“互联网+医疗”行业商业秘密的主要监管体系

如前所述，我国目前并没有针对商业秘密的专门法律，关于商业秘密的规定散见于不同的法律法规的具体条文中。且国际上也对重视商业秘密保护，有着通用的国际条约及多边、双边协定等。初步总结，对于“互联网+医疗”行业的“商业秘密”，其主要监管体系如下：



法律渊源	文件名称	生效时间
法律	《中华人民共和国刑法》	1997.10.1
	《中华人民共和国民法典》	2021.1.1
	《中华人民共和国劳动合同法》	2013.7.1
	《中华人民共和国反不正当竞争法》	2019.4.23
	《中华人民共和国保守国家秘密法》	2024.5.1
	《中华人民共和国电子商务法》	2019.1.1
	《中华人民共和国医师法》	2022.3.1
	《中华人民共和国药品管理法》	2019.12.1
部门规章	《互联网诊疗管理办法(试行)》	2018.7.17
	《互联网医院管理办法(试行)》	2018.7.17
	《远程医疗服务管理规范(试行)》	2018.7.17
国际条约/ 双边协定	《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》	2020.1.16
	《与贸易有关的知识产权协定》	2017.1.23
司法解释/ 两高司法 文件	《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》	2020-9-12
	最高人民法院、公安部关于印发《关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》的通知(2020)	2020-9-17
	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(2020修正)	2021-1-1
	最高人民法院关于适用《中华人民共和国反不正当竞争法》若干问题的解释	2022-3-20

（四）“互联网+医疗”数据保护的初步合规建议

如前所述，商业秘密对于企业而言具有至关重要的意义，一旦企业的商业秘密被泄露，将对企业的安全和利益造成难以预估的重大损失。然而商场如战场，作为企业员工，稍有不慎就会泄露商业秘密，使竞争对手从中获利，从而难以预估地危害企业的合法权益。故此，笔者初步从以下几个方面提出对于“互联网+医疗”行业商业秘密保护的合规建议。

1、建立健全企业内部商业秘密保护的合规体系

由于商业秘密的对于“互联网+医疗”企业及医疗机构而言，应当建立具有高效性、可操作性的商业秘密保护专项制度；对公司内部以“地毯式”地筛查并分类、点列式地列明商业秘密的范围和内容；以标记、分类、隔离等方式对商业秘密及其载体进行管理；规范并严格加强商业秘密经手或接触行为流程的审批；对能够接触商业秘密的设备及人员进行权限设计；对员工进行商业秘密保护的专项培训等。

2、完善保密协议及竞业限制条款

对于法律、金融、医疗等很多特殊类型的行业，在雇佣员工的劳动合同或劳动协议中都会附有专项保密协议和竞业限制条款，明确规定了员工的相应保密义务、违反保密和竞业禁止义务时需要承担的违约责任。对于中高级管理人员、业务部门核心人员、技术人员等可能接触或掌握商业秘密较多的重点岗位人员，实施更为严格责任的条款约束。

3、加强特殊数据保护的合规举措

针对“互联网+医疗行业”可能接触的特殊数据极有可能被认定为企业或医疗机构的商业秘密，那么如何在企业正常运作中确保数据合规就令人深思，主要需要注意的应当是特殊的科研、实验数据及重要信息的存储和传输。

首先，不是所有科研数据都可以跨境存储或传输。例如，《人口健康信息管理办法（试行）》规定“人口健康信息”不得存储于境

3.国科罚〔2015〕2号。

4.《数据出境安全评估办法》

外服务器。又如,《保守国家秘密法》规定国家秘密不得出境。那么,对于“互联网+医疗”行业涉及最多的“健康医疗大数据”,《国家健康医疗大数据标准、安全和服务管理办法(试行)》规定除了原则上要求本地化存储之外,确需向境外提供的,应当进行安全评估审核。实践中确有企业因为不合规数据出境的问题而被给予行政处罚,例如:某某科技公司与某某医院未经许可与英国某大学开展中国人类遗传资源国际合作研究,该科技公司未经许可将部分人类遗传资源信息从网上传递出境,最终导致该研究项目被叫停,该研究工作中所有未出境的遗传资源材料及相关研究数据被销毁,责令整改验收合格后才能再行开展相关国际合作³。

其次,对于不是与疾病相关的人类遗传资源信息、个人疾病信息等其它健康医疗信息,也不等于“互联网+医疗”企业可以随意处置。《人类遗传资源管理条例》规定,将人类遗传资源信息向外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供或者开放使用,不得危害我国公众健康、国家安全和社会公共利益;可能影响我国公众健康、国家安全和社会公共利益的,应当通过国务院卫生健康主管部门组织的安全审查。将人类遗传资源信息向外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供或者开放使用的,应当向国务院卫生健康主管部门备案并提交信息备份。根据该规定,人类遗传资源信息提供出境的,应当向国务院卫生健康主管部门审查备案。此外,《数据安全法》《数据安全技术 数据分类分级规则》等法律法规界定了“重要数据”这一概念和分类分级的原则、框架、方法和流程,即“特定领域、特定群体、特定区域或达到一定精度和规模的,一旦被泄露或篡改、损毁,可能直接危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和安全的的数据。”。《重要数据识别指南》明确指出重要数据一般不包括个人信息,但基于海量个人信息形成的统计数据、衍生数据有可能属于重要数据,向境外提供重要数据的,应当通过数据出境安全评估⁴。

4、重视严格监管下的VPN使用

很多“互联网+医疗”企业为跨国公司，需要使用跨境VPN确保内部信息的安全性。而VPN的使用，也可能会直接导致商业秘密保护的疏漏，同样应当受到“互联网+医疗”行业保护其商业秘密的关注。而且近年来，国内对于VPN的监管有渐严的趋势，执法案件逐渐出现，并有增多趋势。

根据《计算机信息网络国际联网管理暂行规定》（2024年修订），根据该规定，计算机信息网络直接进行国际联网，必须使用邮电部国家公用电信网提供的国际出入口信道。任何单位和个人不得自行建立或者使用其他信道进行国际联网。工信部下发的《关于清理规范互联网网络接入服务市场的通知》也规定了，未经电信主管部门批准，不得自行建立或租用专线（含虚拟专用网络VPN）等其他信道开展跨境经营活动。基础电信企业向用户出租的国际专线，应集中建立用户档案，向用户明确使用用途仅供其内部办公专用，不得用于连接境内外的数据中心或业务平台开展电信业务经营活动。该条规定被作为执法依据的案件逐渐出现，并有增多趋势。

从处罚力度来看，该条规定被作为执法的主要依据之一，违反前述规定将由公安机关责令停止联网，给予警告，可以并处15000元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得。但是，对于“互联网+医疗”企业或医疗机构而言，相比之下，罚款事小，停止联网可能实质性影响公司运营。

PART 002

结语

对于逐渐完善的立法、执法环境和更为趋严的监管要求，“互联网+医疗”企业及医疗机构的发展趋势也同样经历着从野蛮生长到逐步成熟的过程。那么，在“互联网+医疗”企业及机构遍地开花、形态

日趋丰富的背景下，相关企业及医疗机构更应当从内到外、多维度、多层次的加大企业合规管控及内部规范力度，使企业在不断发展的市场上更加稳健、长久地立于不败之地。

(乔骄对本文亦有贡献)



高俊
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3575
gaojun@zhonglun.com



医药行业商业秘密 刑事问题与案例

近年来，商业秘密案件处罚范围扩张、处罚力度加大、入罪门槛降低，国家对商业秘密的强保护趋势逐渐凸显。

在医药领域，商业秘密纠纷案件高额判赔不断出现，刑民交叉案件数量不断上升，行政和刑事机关的互动衔接不断增加，商业秘密已成为刑事合规工作的重要关注点。医药行业作为知识密集型行业，其商业秘密具有类型多样、商业价值高的特点，且逐渐向数字化、信息化与科技化转型；医药行业隐形利益输送链条下，更恶劣、更隐蔽的商业秘密侵权行为加速涌现，甚至与医疗贪腐及商业贿赂行为相互交叠。加强对侵犯医药行业商业秘密的刑法规制、精准打击犯罪行为，重点在于正确识别医药行业各类主体在各阶段涉及的典型商业秘密，并准确定性医药行业商业秘密侵权行为。

商业秘密的识别与确定

1.参见：北京市高级人民法院知识产权庭课题组：《〈反不正当竞争法〉修改后商业秘密司法审判调研报告》，载《电子知识产权》2019年第11期，第67页。

医药行业技术研发周期长、投入大、竞争激烈，对大量不宜“充分公开换取专利保护”的产出成果采取商业秘密保护是医药企业的常见策略。但是，商业秘密维权并非易事，难点首先在于密点的确定。北京市高级人民法院的一项司法审判调研报告显示，在司法实践中，原告主张保护的客体不构成商业秘密系其败诉的主要原因。**1实践中，商业秘密的识别与确定不仅是判断侵犯商业秘密罪是否成立的关键步骤，也是及时发现并规避商业秘密刑事风险的必要环节。**

随着《刑法修正案（十一）》的出台，知识产权民事、行政和刑事案件审判“三合一”工作的推进，刑事案件中关于商业秘密的定义与解释已与《反不正当竞争法》《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》等法律规定衔接。根据《反不正当竞争法》第九条，所谓“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、经营信息等商业信息。从信息类型上看，不仅包括技术信息，还包括经营信息。从保护条件上看，其需要具有秘密性、保密性和价值性。

其中，保密性要求商业秘密主体对商业秘密采取了与其价值相适应的、合理的措施，包括但不限于设置保密标识、与员工签订保密协议、对涉密信息载体进行加锁等，且该措施在正常情况下应当足以防止涉密信息泄露。在实践中，医药行业主体大多具有较强的保密意识，但也往往容易陷入“采取了保密措施就等于存在商业秘密”的重大误区，忽略了商业秘密对秘密性与价值性的要求。

对于侵犯商业秘密罪而言，在相关商业信息具有秘密性即处于“不为公众所知悉”的状态时，才有必要对侵害行为进行刑事上的负面评价。所谓“不为公众所知悉”，是指在侵权行为发生时，该商业信息不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得。由于商业秘密缺乏明确的“权利外观”，商业信息是否具有秘密性以及其秘密性范

围，往往只有在具体侵权和犯罪行为发生时才能明确。此外，评价商业信息是否具有秘密性，还需要检索现有技术。因此实践中，需要在日常商业秘密定密过程中，合理评估其“不为公众所知悉”的对象和程度。

医药行业是一座建立在技术、数据、知识之上的堡垒，重要的商业信息往往与产品竞争优势和商业利益密切联系且对应性较高。**笔者认为**，医药行业主体可重点基于价值性（具有的现实或者潜在商业价值、经济利益，能够为商业秘密主体带来的直接或者间接竞争优势）对相关技术信息和经营信息进行定密、管理和保护。

笔者进一步建议，医药行业主体应当根据自身情况建立并不断完善商业秘密管理体系，通过有针对性地建立相关制度和管理指引，在研发和业务开展过程中及时沉淀创新成果、明确权利归属，并及时对相关创新成果进行合理的保护路径选择。在对外合作（包括但不限于委托开发、合作开发、技术许可）过程中及时识别保密信息。对于根据管理制度需要纳入管理的商业秘密，应及时分类分级予以定密，并与其他部门（包括但不限于IT、人事、行政等）协同采取相应固定和保密措施，适用相应流转办法。

PART 002

医药行业商业秘密重点类型

除了从商业秘密的保护条件出发识别和确定商业秘密外，医药行业相关主体（主要是医药企业和医疗机构）也可从实际业务出发，根据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第一条列举的可作为技术信息和经营信息保护的具体对象和相关司法实践，把握本行业领域的商业秘密重点类型。

1、医药企业相关

医药企业主要包括医用药品试剂企业、医用设备器械企业等，其商业秘密以技术信息为主，在研发及生产阶段的产出最为密集；

此外还涉及到销售、财务及企业战略等经营类信息。

(1) 研发阶段

医药企业相关主体	本行业商业秘密重点
化学药企业	研发的化药产品、化药中间体、药物活性成分等的结构式是商业秘密保护的核心所在。在“化合物结构式案”中，Y公司原合成研究员吴某窃取、编辑、整理Y公司为H公司设计的共计89个化合物的结构式，并在网络上公开披露，因构成侵犯商业秘密罪被判刑。 ² 在该案中，法院明确了化合物结构式及其合成信息可以构成侵犯商业秘密罪的保护客体，认为对结构式的研发投入使结构式及其合成信息本身具备价值，且其能为权利人带来领先优势、竞争优势或经济价值。
生物药企业	研发过程中所涉及的核苷酸序列、氨基酸序列、蛋白结构、特殊细胞株等承载着企业核心竞争力。中国保护知识产权网此前刊发的一篇文章中提及，“对疫苗和其他生物药品而言，细胞株、基因组信息以及其他生物材料也可以作为商业秘密”。 ³
中药企业	植物品种相关创新成果可作为商业秘密保护的技术信息已有法律和实践依据。此外，药品制剂的配方也是侵犯商业秘密罪中的常见犯罪对象。在“天麻首乌片”案中，李某某因采取不正当手段获取商业秘密“天麻首乌片”剂量配比并申请专利致其披露，构成侵犯商业秘密罪，被判处有期徒刑。 ⁴
医用设备器械企业	需要着重关注设备及关键零部件的形状、结构，特定功能的实现路径、算法与参数，设备控制程序以及技术图纸等。在“医疗检测技术方案”中，A公司原员工蔡某某、陈某合谋以窃取等不正当手段非法获取A公司骨科植入物器械材料动态力学疲劳性能测试设备的信息和运行专用控制程序，并隐名开设D公司开展同类产品的制造、销售和检测业务，单位与个人均被认定侵犯商业秘密罪。 ⁵

2. 参见：（2013）沪一中刑（知）终字第10号刑事裁定书。

3. 参见：《南非呼吁全面实施TRIPS灵活性措施》，载中国保护知识产权网，<http://ipr.mofcom.gov.cn/article/gjxw/gjtp/dbtp/202008/1953905.html>。

4. 参见：（2014）常刑二终字第64号刑事判决书。

5. 参见：《【提示】上海检察机关通报近两年侵犯商业秘密犯罪案件情况（附典型案例）》，载微信公众号“上海发布”，2023年4月27日。

6. 参见：周光权，《技术信息的权属与侵犯商业秘密罪》，载《人民资讯》2021年6月9日，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1702062186229271483&wfr=spider&for=pc>。

7. 参见：（2017）晋0622刑初71号刑事判决书。

上述案例中，法院在判断侵犯商业秘密罪是否成立时，均首要判断医药企业的相关信息是否构成商业秘密。医药企业对技术的高度依赖决定了其一般会对技术信息采取较强的保密措施，符合保密性的要求。审判中，法院也倾向于认定此类技术信息的价值性。因此，是否构成商业秘密的判断重点是商业信息是否具有秘密性。对此，法院一般依据专业检索机构出具的检索报告、对涉密信息密点与公开专利说明书记载的对比说明、先前判决对技术信息公开情况的认定等判断涉案技术信息是否处于“不为公众所知悉”的状态。

值得注意的是，商业秘密权属的确定也是判断侵犯商业秘密罪是否成立的关键环节。如果商业秘密的权利归属存在争议，定罪基础就极可能被动摇。⁶在“医疗检测技术案”中，检察机关通过实地走访了解知识产权管理现状，查证涉案设备研发过程及资源使用利用情况，确定了A公司对商业秘密的权属，夯实了定罪基础。因此，医药企业在对技术信息采取商业秘密保护时，不仅需要重点关注相关信息的秘密性是否存在争议，还应对研发过程中的实验记录、阶段性报告、财务报表等材料妥善留档，以明确权利归属。

此外，需要注意的是，医药企业研发中的关键信息，如药物筛选过程性信息、研究开发记录、实验数据、技术报告等若满足秘密性、保密性与价值性的要求，也可构成刑事案件中的商业秘密。

（2）生产阶段

医药企业生产过程中的工艺流程及参数引发商业秘密案件较为常见。在“植物胶囊案”中，J公司前员工张某利用其所掌握的植物胶囊详细生产工艺流程及参数，化名受雇于其他公司，并指导其生产出和J公司成分同一的植物胶囊，最终以侵犯商业秘密罪被判处有期徒刑。⁷此类案件中，法院常通过对比侵权人采用的工艺流程所涉技术密点在整体与细节上是否与被侵权人的一致，或侵权人采用的工艺流程是否生产出与被侵权人具有同一性的产品等判断侵犯商业秘密行为是否成立。

在“橙花叔醇案”中，F公司为启动维生素E生产项目，向俞某购买其在工作期间接触到的维生素E中间体橙花叔醇的生产技术信息；

俞某跳槽后，使用其私自拷贝的技术资料继续为维生素E生产项目设计、编制橙花叔醇部分的工艺流程图、设备条件图、操作规程等，法院认定相关企业、人员均构成侵犯商业秘密罪。⁸在本案中，法院认为技术密点并非孤立产生，其依存于整个工艺路线，无法割裂，评估研发成本时应根据泄露技术相对于整体工序的权重对研发成本进行折算。

8.参见：（2015）浙绍刑终字第874、875号刑事裁定书。

9.参见：（2013）珠中法刑终字第87号刑事判决书。

可见，在生产阶段，生产工艺的具体组成部分，例如整体生产工艺中的部分技术流程、特定设备型号的选取、具体操作步骤或步骤间的组合方式等被他人侵害，侵权人也可能构成侵犯商业秘密罪。

（3）经营阶段

医药企业经营阶段的商业秘密主要集中在产品销售环节及企业管理环节，涉及客户信息、财务报表、会计账册、分配方案、薪酬体系、商业规划等。因销售环节所获利益将直接影响企业后续是否能够保持研发、创新的动力，此环节的商业秘密保护需要受到重点关注。

在产品销售环节中，客户名称、地址、联系方式、交易习惯、交易意向、成交方式、预计成交金额等区别于一般交易记录或公开信息的客户信息，以及企业根据自身技术、资金、生产等因素决定的产品流通渠道、货运渠道、销售渠道、成本价格、定价体系及售后服务体系等能够反应企业销售模式或销售策略的非公开信息，在实务中常被认定为商业秘密。在（2013）珠中法刑终字第87号案中，被告人利用在工作中掌握的原单位详细客户信息，以及产品成本价、警戒价、销售价等经营性信息制定了被告单位的美国价格体系、欧洲价格体系，构成侵犯商业秘密罪。⁹

2、医疗机构相关

医疗机构主要指提供诊断、治疗、护理和预防等医疗保健服务的机构，包括公立医院、私立医院、护理保健中心、医美机构等。总体而言，医疗机构在从事研发工作及日常经营工作时，其所涉商业秘密与医药企业基本类似。然而，目前对医疗体系的强监管进入

深水区，呈现常态化、持续化趋势，且随着数据科学的发展，医疗机构所涉商业信息在呈现外观和形态上也逐渐发生重大转变，因此需要以更开放的眼界和视角关注商业秘密的刑事合规风险。

(1) 医疗数据

随着医药反腐行动的逐渐深化，“统方”一词深入公众视野。“统方”指对医生临床用药信息、耗材使用量及相关单据的统计。医疗机构中常出现个人或部门为商业目的“统方”，利用职务便利或侵入医院存储相关数据的数据库收集信息，并将信息售卖给医药营销人员供其发放药品回扣。此类医药灰色产业链打乱了医药市场的正常竞争，是医药反腐的重点打击对象，其背后也反映出医疗机构数据安全受到的巨大威胁。个人绕过医疗机构数据保密系统，或利用职务便利收集、统计医疗机构具有非公知性的数据信息，若达到入罪标准，可能构成侵犯商业秘密罪并受到刑事处罚。

医疗机构用药、耗材等数据信息以及患者治疗数据等是对特定医疗机构用药、耗材、治疗倾向及治疗效果的反映，不仅可能涉及患者隐私，还往往具有不为公众所知悉的特征，满足秘密性的要求；为了防止非法统方，各医疗机构近年来不断升级数据管理系统，设置密码、权限、防火墙或与员工签订保密协议，采取了大量保密性措施；对积累的用药、治疗信息进行统计、处理，医疗机构可以得到反映其经营状况、用药方案、治疗效果等情况的信息，该信息可以帮助制定下一步经营计划、调整用药比例、改善治疗效果，可能在医疗机构从事的科学研究中为其提供灵感或科学参考，也可能吸引潜在患者就医，其能够为医疗机构提供竞争优势，具有价值性。显然，医疗机构特定的数据信息符合商业秘密“三性”要求，擅自收集并售卖“统方”有构成侵犯商业秘密罪的风险。

在“互联网+医疗”“AI+医疗”趋势下，融合在线诊疗、远程诊断、医院管理等功能的健康医疗大数据平台正逐步成熟；在生成式人工智能的介入下，人工智能辅助诊断、协助科研数据统计筛选、助力患者教育与健康管理也不断落地。**新型医疗模式下，数据、信息将高度集中。一方面，医疗机构可能因此掌握患者健康数据、机**

构管理数据、临床诊疗数据等大量信息，并对上述信息进一步处理和应用；另一方面，医疗机构还掌握其为实现上述功能而编写的程序、代码、算法等大量技术类信息。尽管目前未有典型判例，但可以预见，在新型医疗模式下将产生大量商业秘密刑事问题。

(2) 招投标材料

在医疗腐败利益链条中，医疗机构或个人将医疗机构的招投标标准、文件向特定医药企业公布或与其串通勾连，帮助其获取不正当竞争优势以收受贿赂或回扣，相关单位或个人除可能构成行贿罪、受贿罪、串通投标罪等，还可能构成侵犯商业秘密罪。在某国家重点工程项目的招投标中，该项目预算编制单位工作人员将招标控制价清单私下拷贝给投标人，投标人依此在评标过程中获得了明显的优势地位，预算编制单位、投标人均因涉嫌侵犯商业秘密罪被追究刑事责任。¹⁰此案虽然发生在建设工程施工领域，但对医药行业招投标过程中侵犯商业秘密行为刑事风险的评估也具备一定的参考价值。

10. 参见：参见《工程招投标领域哪些行为将承担刑事责任法律责任？》，载陕西公共资源交易服务2022年5月16日，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1732854624124903059&wfr=spider&for=pc>。

PART 003

医药行业侵犯商业秘密的典型行为模式

《刑法》第二百一十九条规定了构成侵犯商业秘密罪的行为样态。笔者对近年来医药行业侵犯商业秘密的刑事案件进行梳理后发现，医药行业侵犯商业秘密的行为存在一些典型特征。首先，虽然《刑法》规定侵犯商业秘密罪的单位亦能构成犯罪主体，但当前实践中侵害商业秘密的犯罪主体主要是个人。其次，医药行业商业秘密侵权人多为在职或离职员工，且由于医药行业所涉商业秘密技术性较强，行业总体保密意识也较强，故侵权人逐渐向技术化、专业化、高层化发展，大多为单位高级技术人员或管理人员。第三，医药行业中技术类信息是被侵害的主要对象。

在医药行业，目前主要存在“跳槽泄密型”“自立门户型”“内外勾结型”三种典型的侵犯商业秘密行为模式。

11. 参见：(2015) 浙台知刑终字第2号刑事裁定书。

类型	具体表现
1、跳槽泄密型	“跳槽泄密型”指原单位员工在跳槽到与原单位生产或经营同类产品、从事同类业务的具有竞争关系的其他用人单位后，依据其在原单位掌握的商业秘密，在现单位开展相关业务。侵权行为主体一般与原单位签署有竞业禁止协议或保密协议。如上述“植物胶囊案”中，张某在竞业期限及保密期限内入职与原单位有竞争关系的H公司并为其提供技术服务。
2、自立门户型	“自立门户型”指原单位员工利用自己掌握或通过不正当手段获取的原单位商业秘密，违反保密义务自己开设与原单位业务相似或相同的公司，不正当手段主要为秘密窃取等。此行为模式下检察机关倾向于指控员工及新公司均构成犯罪，上述“医疗检测技术案”即是一例。此外，在“自动组装机案”中，张某利用工作便利秘密窃取M公司“三通滴斗乳胶帽自动组装机”相关技术图纸资料，后创办被告单位F公司，并利用其掌握的技术生产相同产品，F公司与张某均被认定构成侵犯商业秘密罪。 ¹¹
3、内外勾结型	不同于上述两种行为模式，在“内外勾结型”犯罪模式中，存在与被侵权单位有竞争关系的另一方，以提供技术支持、物质奖励、许诺职位等方式贿赂、利诱被侵权单位员工违规窃取、或违约披露被侵权单位商业秘密。此行为模式下，指使贿赂的竞争单位、实施贿赂的个人、以及被侵权单位泄密员工均构成侵犯商业秘密罪。上文提及的“橙花叔醇案”就是反映这一行为模式的典型案例。

上述行为模式在实践中可能同时出现，例如在笔者办理的一起涉及系统生物学的商业秘密侵权案件中，张某为客户核心技术管理人员，掌握客户的核心检测方法和数据库信息。该侵权人在离职的第二天即成立K公司并使用上述检测方法和数据库开展与客户相同的业务。后客户的技术人员王某、销售人员赵某也先后离职并加入K公

司。上述人员不仅涉及民事侵权责任，还涉嫌刑事犯罪。除上述行为模式外，实践中还经常出现员工违反保密约定，将原单位技术秘密申请为专利的情形。

可见，防止侵犯商业秘密行为关键在“人”。医药行业主体一方面需要加强自身内部员工管理、培训，建立涉密人员入职、在职、离职的全流程管理体系使其行为合规，并使员工感到“刑罚”利剑高悬；另一方面在雇佣员工时应进一步做好背调工作，需要特别关注该员工是否曾在同类企业工作，是否曾签订竞业禁止协议与保密协议等，并在其入职时签署相关声明。对于核心研发人员，医药行业主体还可在其入职后通过主动的技术路线分析等控制风险，避免因其实实施原单位商业秘密而卷入侵权案件甚至承担刑事责任。

PART 004

结语

核心技术、经营信息是医药行业主体赖以生存和发展的根基命脉，将核心技术、经营信息通过商业秘密保护和运用，是医药企业及医疗机构在激烈的市场竞争中为建立竞争优势、实现商业目的、维护商业价值而采取的重要手段。在数字化和人工智能化的浪潮下，医药行业主体管理和保护自身商业秘密的难度将成倍放大，需要相关主体结合法律实践及时有效地沉淀和定密相关创新成果，对商业秘密进行合规管理，并在侵犯商业秘密案件中合理归纳密点。

同时，可以预见的是，商业秘密侵权行为的技术性、隐蔽性将更强，在侵犯商业秘密案件中构建完整证据链条的难度将更大。更值得注意的是，正因医药行业商业秘密的高价值性，且犯罪行为人为规避医药行业的强监管，在医药贪腐和商业贿赂的利益输送链条中，医药行业商业秘密不仅容易因利诱、贿赂等手段而受到侵害，还有可能被作为隐形交易标的在行贿中发挥作用，形成更为隐蔽的犯罪行为，例如以技术入股等形式诱使他人违规泄密。

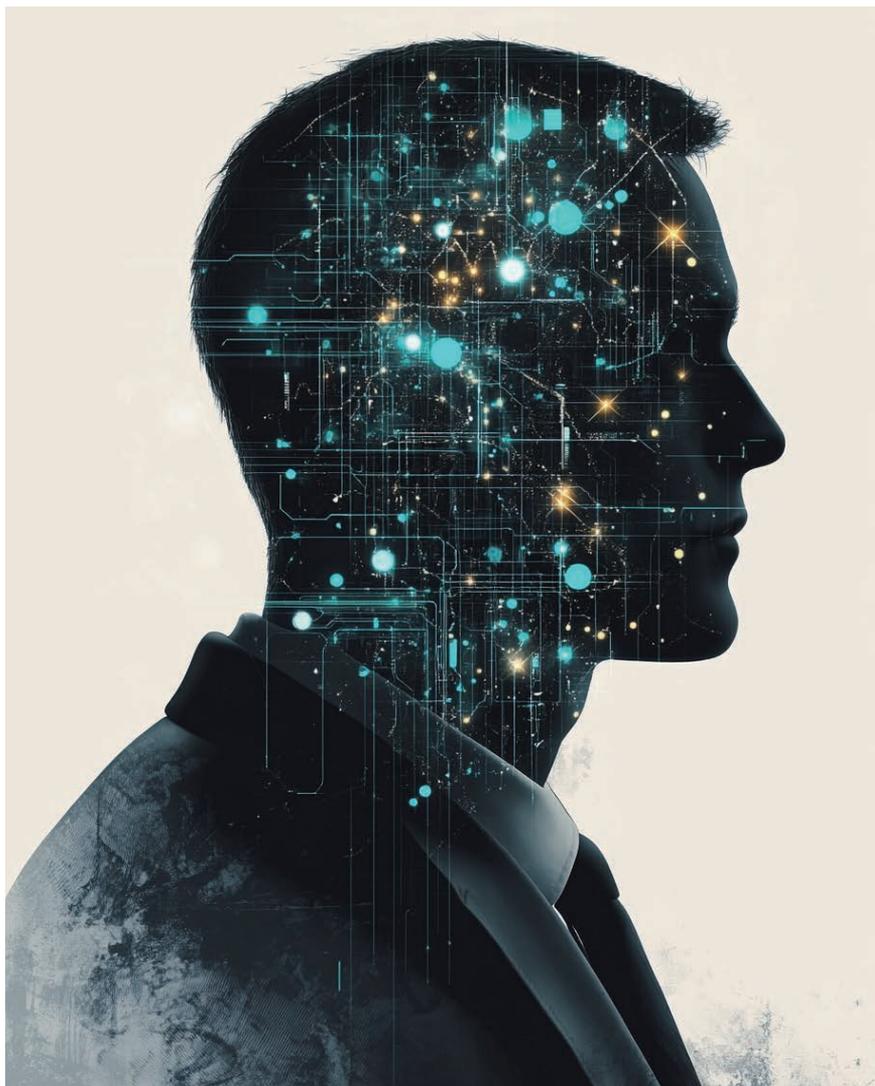
对医药行业相关主体而言，如果构成刑事犯罪，单位将面临罚

金、个人将失去人身自由，通过犯罪行为获取的违法所得也可被追缴和没收。同时，一旦涉及刑事犯罪，公司的业务发展也将面临巨大考验。显然，探究犯罪行为的诱因和制度漏洞，并结合自身业务模式，进行有针对性的、循序渐进的改革，加快建立系统的、完善的商业秘密内部管理和风控体系，针对重点人员、关键环节采取行之有效的风险管理措施，铲除滋生犯罪行为的土壤，并增强自身风险预判和处置能力，对医药行业相关主体而言显得尤为迫切。

(付嘉慧对本文亦有贡献)



闫春辉
非权益合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5087 2811
yanchunhui@zhonglun.com



人工智能时代的隐形战： 商业秘密的保护

随着生成式人工智能技术的日新月异，业界也在不断探索人工智能技术以及相关应用创新对于知识产权制度带来的挑战，从人工智能算法的可专利性、AI参与创造带来的著作权保护客体讨论、人工智能能否作为专利发明人的挑战，以及大模型训练、运营所形成的大量具有商业价值的数据保护等。这些新的成果及产物对传统的知识产权保护制度带来极大的冲击。商业秘密，作为一种防御性的知识产权权益，一方面，不需要经过法定的授权程序，另一方面，其构成要件上似乎也可以“避免”专利权、著作权等权利要件所要求的“人的创作”“属于表达”“解决技术问题”等限制性条件的要求，貌似可以为人工智能技术及应用提供“天然的权利保护屏障”。那商业秘密是否可以成为人工智能时代另辟蹊径的知识产权保护手段呢？

PART 001

生成式人工智能带来的特有商业秘密保护问题

生成式人工智能技术的工作原理是，从现有数据中学习模式和特征，基于学习数据（训练数据）生成与所学模式相符的新数据，同时通过迭代训练过程来完善其输出结果。因此，目前的生成式人工智能技术是基于算法和大数据相关性而进行归纳推理，从大数据的复杂关系中找出规则，并进行预测，输出结果¹。对于生成式人工智能技术来说，数据、算法是实现其“输出结果”的关键因素。特别是，大模型训练过程中所形成的权重（即数据）对于输出结果的准确性十分重要。然而，这关键的数据及算法往往在是否“属于版权的表达”方面产生争议，导致其难以通过传统的软件著作权方式进行保护，而模型“黑匣子”中所包含的数据、算法等却十分符合“商业秘密”的保密性要求。

此外，在生成式人工智能技术的应用中，用户通过输入提示词来创建新内容。正如以上的工作原理分析，生成式人工智能技术将根据输入内容来预测输出结果。因此，如果输入内容包含商业秘密，则人工智能技术提供方在提供其服务时很可能会接触到相关商业秘密。此前三星集团也发生了员工在使用ChatGPT处理工作时无意间泄露了公司保密数据的事件。在Cyber Haven的一项调查中显示“员工粘贴到ChatGPT中的11%数据是机密”²，因此，企业在引入生成式人工智能技术时，对于如何保证自身的商业秘密问题也逐步引发关注。

基于上述生成式人工智能技术涉及商业秘密保护的的特殊性，以下将从人工智能技术的研发及应用两个角度出发，分别探讨企业在开发、应用人工智能技术涉及的商业秘密保护问题。

1. 《诠释AI的两大特征：黑盒子与不确定性》
<https://www.cnblogs.com/SmartADT/articles/13336004.html>

2. 《员工粘贴到ChatGPT中的11%数据是机密》
<https://www.cyberhaven.com/blog/4-2-of-workers-have-pasted-company-data-into-chatgpt/>

生成式人工智能技术用以训练或学习的数据资源，广泛地牵涉到作品、个人信息、商业秘密等。本文在此不讨论训练数据来源的合规性问题，而是在假设企业合法获取相关训练数据的基础上，就利用相关数据进行人工智能技术开发过程中所形成的信息，探讨企业是否可以通过商业秘密的方式进行保护。

结合生成式人工智能技术的开发流程可知，大模型从训练、微调到推理过程中，其相关信息内容主要包括：代码、算法以及数据。

1)数据方面

大模型开发过程中涉及多种数据，涵盖原始数据、标注数据、权重等。在原始数据方面，大模型训练所需的数据用万亿级别计算，基本上依赖各类公开信息，如出版书籍、文学作品、学术论文、学校课本、权威媒体的新闻报道、维基百科、百度百科等³。在训练过程中，出于训练数据的质量要求，研发企业往往还会对数据进行清洗、标注、转换等，并形成相关的训练数据集。高质量的数据集对后续模型的训练至关重要。一些企业会将某些数据集进行开源，供公众进行模型训练。可见，训练过程形成的训练数据集、权重等数据，将有利于提升大模型的训练质量及推理质量，具有商业价值。

《反不正当竞争法》对于“商业秘密”的定义为“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、经营信息等商业信息”。司法实践中，权利人在主张“商业秘密”权利时，通常需要证明相关信息满足以下条件：1) 不为公众所知悉；2) 具有商业价值；以及3) 采取合理的保密措施。

在大模型开发过程中，由于原始数据主要为公开信息，不满足“保密性”的要求，因此，难以构成“商业秘密”。训练数据集、权重等经过企业加工、处理所形成的数据，在满足“保密性”及“保密措施”的条件下可以构成大模型研发企业的商业秘密。然而，商业秘密保护具有天然的脆弱性，一旦泄露（或“可获得”），就会失去价

值。企业往往希望结合其他的保护方式对其无形资产进行保护。此外，司法实践中，当权利人主张“商业秘密”时，还需要明确其主张保护的商业秘密的具体内容，即商业秘密的“秘点”。“秘点”范围的界定及内容的明确既是权利人的义务，也是被告否定非公知性要件或双方信息实质性相同的分析前提。如果训练数据集、权重等数据的量级十分巨大，一方面，权利人难以解释具体的内容，另一方面也存在比对分析的困难，甚至于某些数据如果基于常规算法或常规数据获得的，可能面临“非公知”的挑战。数据“商业秘密”保护方式相关的上述问题亟需在未来等待司法实践的进一步考验。

基于上述商业秘密权利的障碍，“数据持有权”相关权益可能可以成为研发企业保护大模型相关数据的备选方案。在《数据知识产权登记证》“第一案”⁴中，原告数据堂公司花费大量人力财力录制了语音数据，虽然相关语音数据进行了开源，但数据堂公司对于开源许可证进行了非商业使用的限制，同时在北京知识产权保护中心对相关数据进行登记并取得《数据知识产权登记证》。法院最终认定，数据堂公司就涉案数据集取得的《数据知识产权登记证》，可作为证明数据堂公司享有涉案数据集相关财产性利益的初步证据；涉案数据集虽然因处于公开状态不符合商业秘密的构成要件，同时因数据内容的选择、编排上不具有独创性而不构成作品，但数据堂公司对此付出大量技术、资金、劳动等实质性投入，合法收集形成具有实质的声音数据条目，在原始数据上添附了更多的商业价值，能够满足人工智能模型研发主体对声音数据的需求，可为数据堂公司吸引流量、带来交易机会与竞争优势等商业利益。该种商业利益本质上是一种竞争性权益，属反不正当竞争法所保护的合法权益。

2)代码、算法方面

目前很多大模型都是在开源项目基础上进行修改、改进及调整后形成。诚然，开源代码由于“公开”无法构成商业秘密；而在开源代码基础上进行的修改、改进及调整自研部分内容，有可能构成“商业秘密”。但是，自研部分内容是否需要公开（遵守开源义务），应当受限于相关开源许可证的要求。如果大模型使用的基础是强传染

性开源义务的开源许可证，其后续的自研部分很可能需要遵循相应的开源义务，按照相关开源许可证进行继续开源。因此，对于研发企业来说，在引入开源大模型进行研发之前，需要提前进行开源许可证的合规义务分析，以确保企业对于改进代码的知识产权策略不会与相关开源义务存在冲突。

算法描述了如何从输入数据得到输出数据所需要的计算步骤和计算规则，属于底层代码的上位概念。由于算法与计算逻辑及规则有关，可能会落入“智力活动的规则和方法”的范畴，因此，研发企业通过专利或著作权方式对算法进行保护有时候会面临客体适格方面的挑战。当研发企业将算法以“商业秘密”方式进行保护时，则可能面临大模型监管涉及的“透明性”“可解释性”的披露要求。

中国《个人信息保护法》赋予个人主体对于人工智能系统进行个人信息处理相关的知情权，《互联网信息服务算法推荐管理规定》明确提出了服务提供方的算法解释义务；欧盟《人工智能法案》要求通用人工智能模型的提供者应履行相关披露和透明度要求、公布训练数据总结等。对于如何实现“算法的透明性”，美国国家标准与技术研究院（NIST）在研究报告《可解释人工智能的四个原则》中提出了可解释人工智能的四个基本特征。具体包括：

特征	具体内涵
(1) 解释 (Explanation)	人工智能对其决策过程和结果提供依据或理由；
(2) 有效性 (Meaningful)	人工智能提供的解释对于目标受众而言是清晰易懂的；
(3) 解释准确性 (Explanation Accuracy)	解释可以准确反映人工智能产生特定输出的原因，或者准确反映其运作过程；
(4) 知识局限性 (Knowledge Limits)	人工智能可以识别其设计或批准不适用的情况，或其答案不可靠的情况。

可见，算法的透明性不等于算法信息的公开，而是类似于“算法原因”的公开，需要说明算法的运作及决策逻辑、依据。对于企业来说，“算法原因公开”与“算法的商业秘密保护”并不存在天然的矛盾，而是可以寻求合理的平衡。在中国首例算法作为商业秘密保护案件⁵中，法院认为，“即使其中有些是已经公开的算法技术，但因为解决同一运算和逻辑问题有各种不同算法，原告经过付出劳动，而选择某一种或某几种算法，并不为公众所知悉且具有商业价值。”可见，即使算法已经公开，如果企业通过相关数据训练测试对算法涉及的路径选择、系数设置、权重排序等进行了选择、设置等信息，且不为公众所知悉，有可能作为商业秘密予以保护。

5.(2021)粤03民初3843号

6.《人工智能系统能否创造人类不知道的商业秘密?》<https://www.brookings.edu/articles/can-ai-systems-create-trade-secrets-that-no-human-is-aware-of/>

PART 003

人工智能技术应用过程商业秘密保护

50

在使用人工智能技术时，如果用户输入的内容涉及商业秘密，可能被人工智能技术用于响应用户的后续请求生成“输出内容”。这些“输出内容”可能是依赖输入内容形成的，很可能也构成商业秘密。甚至有观点认为，人工智能技术也可以在人类不知道的情况下生成商业秘密⁶。由于生成式人工智能技术服务的特殊性，“输入内容”在被人工智能技术处理用于形成输入时，可能被相关技术人员接触，甚至将“输入内容”用于人工智能技术的后续训练及技术改进，则输入内容相关商业秘密存在泄露的风险。同时，对于可能包含商业秘密的“输出内容”，如果相关人工智能技术服务是通过互联网方式提供，其传输过程也面临着网络安全的泄露风险。

虽然人工智能技术在应用时可能存在商业秘密泄露的问题，但在很多工作场合，其极大地提高了效率，有利于企业提升竞争力，因此，目前企业的主流方式是考虑如何合规安全地使用人工智能技术，而不是一味地禁止。从商业秘密保护角度，应用人工智能的企业应该建立整体的解决方案，涵盖基于输入内容到输出内容的流程，并重点考虑数据处理过程中相关数据流可能涉及的人员、系统

等，并依此建立相关的保密要求。特别是，对于利用人工智能技术生成的内容，是否构成“商业秘密”也是企业需要考虑的要点。

基于司法实践中有关商业秘密采取“合理措施”的认定原则要求以及行业实践情况，企业在应用人工智能技术时，可以考虑：

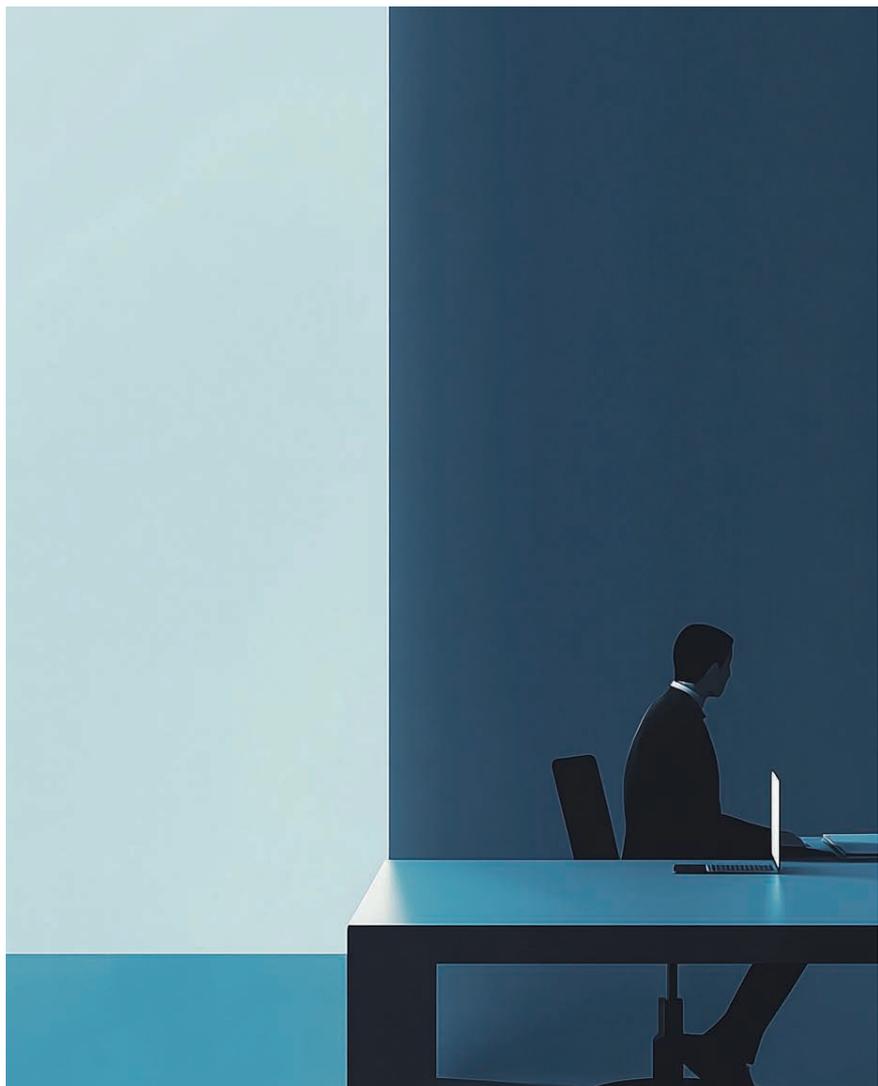
措施	具体操作
1)采购本地化或内部部署的人工智能系统	在该模式中，人工智能系统将部署在企业的私有云上，输入内容的存储、处理以及输入内容的生成都在企业自主可控的网络空间，只要企业内部对于相关私有云采取适当的数据隔离、权限管理、下载限制等保密措施，则可以实现输入内容及输出内容的“保密性”。
2)人工智能技术使用的指引及培训	虽然上述模式可以满足企业的“保密要求”，但是对于大部分企业来说，私有化部署采购涉及的成本较高，而且可能无法享受“实时改进、更新”的大模型技术。因此，对员工合规地使用人工智能技术提供相应的指引以及培训，是企业引入人工智能技术的基石。相关指引及培训应当让员工知悉商业秘密的范围、如何保护商业秘密、使用人工智能技术的风险和好处；在允许的条件下，还应当对使用人工智能技术的工作内容范围、脱敏措施、输出内容的存储要求等内容进行细化。
3)保密条款的更新	企业在技术采购合同中通常会增加保密条款。考虑人工智能技术的特殊，企业在采购合同中应当针对性地对保密条款的内容进行更新，包括：明确输入信息/输出信息的保密性、权属以及使用目的，不得用于模型改进训练等；明确输入信息/输出信息的存储、处理、删除等网络安全措施要求等。
4)其他可能的技术措施	虽然人工智能技术的提供方目前暂时无法提供“商业秘密”过滤的功能，结合目前内容合规管理的过滤机制技术情况，在人工智能技术前端设置基于企业定制的“商业秘密过滤装置”可能也将会成为具有较高保密要求企业可选择的路径之一。

小结

生成式人工智能在提高生产力和提供创新解决方案方面给予了人类新的技术解决思路；同时，由于人工智能技术对于数据信息及大算力的依赖性，也难以避免数据的流动及处理，增加了商业秘密保护的难度。对于生成式人工智能技术研发企业，一些新型的技术成果，例如数据、算法，难以通过传统的软件著作权方式进行保护，商业秘密及数据权益的保护方式应纳入企业的知识产权规划范畴。对于应用生成式人工智能技术的企业，则应当考虑实施安全保护措施，制定清晰的管理政策，以减轻商业秘密的泄露风险，确保在人工智能大环境下保持自身的竞争优势。



陈际红
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2003
chenjihong@zhonglun.com



“软件”相关行业商业秘密保护路径及建议

随着信息化时代的发展，软件产业已经成为中国数字经济发展的基石。一般来说，软件行业涉及的知识产权权利类型包括软件著作权、专利权及商业秘密。本文围绕软件知识产权保护路径中的商业秘密角度进行探讨，并提出一些保护建议。

软件的商业秘密保护路径

将软件作为商业秘密保护是实践中较为常见的做法，《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“《商业秘密司法解释》”）第一条规定，“与技术有关的结构、原料、组分、配方、材料、样品、样式、植物新品种繁殖材料、工艺、方法或其步骤、算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息，人民法院可以认定构成反不正当竞争法第九条第四款所称的技术信息”，其中，算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息即与“软件”相关行业密切相关，《商业秘密司法解释》以“技术信息”列举的方式明确了通过商业秘密路径保护“软件”。商业秘密保护路径较之软件著作权保护路径具有必要性及优势，具体而言：

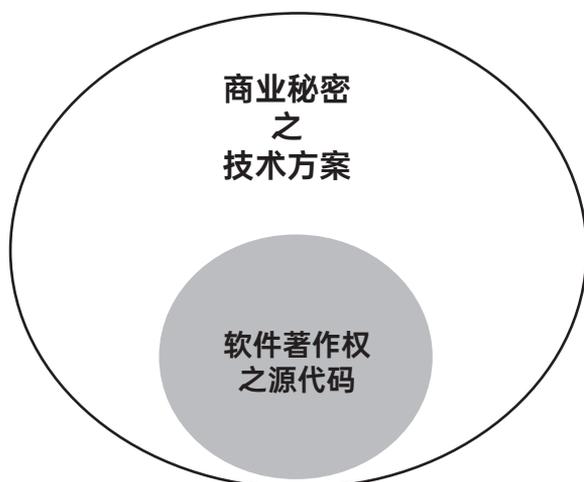
首先，软件销售早已不是“光盘”销售的年代，越来越多的计算机软件服务采用的是远程“云端”提供服务的模式，软件“客户端”仅仅是标的计算机软件的极少的一部分内容，与之配套的后台管理、操控软件、数据库部分往往才是标的软件的核心，且不属于“轻易能够被使用者获取目标程序的内容”，属于企业的核心保密资产。该种核心资产具备商业秘密的秘密性属性，以商业秘密予以保护更为适宜。

其次，人工智能算法、大数据信息、计算机程序等需要具备机读性以适应携带、操控、应用的需要，因此，其“核心技术方案”多数情况下体现为一种可被存储于硬件载体之上、且能够被复制的“源代码”形式。这就意味着目前所谓的“软件行业”已经不被局限于传统的计算机程序软件行业内，任何高科技企业的“核心研发”内容均有可能涉及。而传统计算机程序软件以外的，如人工智能算法、大数据信息等内容，如果数据本身来自公有领域，则未必能够满足著作权法中作品的独创性要求而通过著作权维权路径获得保护。

第三，著作权保护路径仅仅保护表达，并不保护思想，而人工智能算法、大数据等核心软件或计算机程序的技术方案，也就是思

想层面才是有关软件价值的核心。也就是说，通过商业秘密路径保护的技术方案往往范围要大于“源代码表达”层面本身（如下图）。因此，通过商业秘密路径予以保护会更加全面。

1.笔者注：即权利人请求保护的信息在被诉侵权行为发生时不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的



第四，软件相关行业技术性强，但从业群体相对年轻，对行业内商业秘密保护的 legal 要求并不了解。因此，绝大多数与软件相关的侵权纠纷均源于企业核心研发人员的刻意行为，比如故意泄露、离职/跳槽带走源代码、私自将参与公司开发的计算机软件源代码以自己名义进行著作权登记等，而有关行为的表现与侵害商业秘密纠纷的侵权行为的表现形式非常契合。

第五，数据库类、金融交易模型类软件通过商业秘密路径更可以全面保护。《商业秘密司法解释》第四条第二款规定，“将为公众所知悉的信息进行整理、改进、加工后形成的新信息，符合本规定第三条¹规定的，应当认定该新信息不为公众所知悉”。以对从事量化投资私募基金的交易平台软件及相关底层数据交易策略模型的保护为例，对期货市场从事量化投资私募基金公司而言，区分每一家该类私募基金公司业绩的重点在于其数量化的交易策略模型，而交易策略模型的建立需要通过海量的公开渠道交易数据的整理、加工和分析形成。交易策略模型完成后，才能搭建该类私募基金公司个

性化的交易平台软件。该类软件在源代码层面具有独创性的情况下当然可以通过著作权法予以保护，但对于软件运行的数据基础，即通过海量的公开渠道交易数据的整理、加工和分析形成的交易策略模型，则未必能够因其体现出“独创性”而通过著作权法予以保护。但该交易策略模型一般情况下较为符合将为公众所知悉的信息进行整理、改进、加工后形成的新信息之特征，在满足“不为公众知悉”的条件下，则完全可以通过商业秘密路径获得保护。

第六，商业秘密保护路径中保密措施要求更为强调“合理”性，权利人保护举证门槛较低。《商业秘密司法解释》第六条详细列举了人民法院应当认定权利人采取了相应保密措施的具体情形，具有“七条情形”之一即可，条件只需要“正常情况下足以……”即可，司法实践中更加具有指引性。笔者认为，软件行业权利人尤其应当关注第（五）、（六）两项内容。第（五）项涉及的是，对能够接触、获取商业秘密的计算机设备、电子设备、网络设备、存储设备、软件等，采取禁止或者限制使用、访问、存储、复制等措施的情况。该规定提示软件行业相关企业，应当尽量采取诸如固定专用开发设备、授权密码登录、远程调用、复制下载的留痕等技术安排，以确保研发人员在工作期间，企业的技术措施符合“合理”保密措施的要求。第（六）项涉及的是，要求离职员工登记、返还、清除、销毁其接触或者获取的商业秘密及其载体，继续承担保密义务的情况。该规定则提示软件行业相关企业，软件源代码具有较强可复制性，载体灵活，因此需要对离职研发员工按照该规定进一步作出书面要求及承诺为宜。

并且商业秘密案件中适用举证责任转移，商业秘密权利人仅需提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，能够进一步降低商业秘密权利人维权举证难度。在（2019）京民终231号案件中，法院判决中论述了，从加大对商业秘密权利人的视角出发，不宜对其举证责任要求过于严苛，但商业秘密权利人应当有初步证据能够予以证明侵权行为的发生。具体而言，商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密

的行为。例如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，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为。

第七，《商业秘密司法解释》第九条规定，“被诉侵权人在生产经营活动中直接使用商业秘密，或者对商业秘密进行修改、改进后使用，或者根据商业秘密调整、优化、改进有关生产经营活动的，人民法院应当认定属于反不正当竞争法第九条所称的使用商业秘密”。非法使用软件源代码进一步开发可以从商业秘密保护角度得到限制，在软件技术方案商业秘密权利可以构成的情况下，软件权利人在遭受侵权时，无需再纠结被控侵权人的行为在著作权侵权层面到底是“复制”行为还是“改编”行为，无需对是否形成新的“独创性”内容而纠结，修改和改进的程度并不影响对“商业秘密”侵权使用行为的定性。

PART 002

对“软件”相关行业企业商业秘密保护角度的进一步建议

“软件”相关企业在核心软件资产的商业秘密权利保护层面，可以考虑从如下几个方面入手，以加强有关核心软件资产的知识产权保护，未雨绸缪开展合规工作：



2. 初期权利人一般并不确定被侵权使用的软件源代码版本。

合规重点	具体做法
确立全面保护的基本原则。	对于大数据、人工智能算法等企业核心资产，数据库等可能无法通过著作权角度保护的资产，应当注重对技术方案本身的保护，采取商业秘密保护的途径制定合规措施。而对于辅助企业核心资产功能实现开发的辅助性、功能性软件资产等，则可以考虑著作权、专利权保护的角度制定合规措施，积极进行著作权登记、发明专利及外观设计专利申请等。
在研发人员入职、工作、离职三个关键阶段做好保密措施作。	<p>入职阶段，需要单独签订有岗位针对性的保密协议、保密承诺书或者在合同中约定保密义务，作为员工入职的前提条件，并定期对员工开展商业秘密保密培训。</p> <p>工作期间，应当采取工作人员分级管理（针对核心研发人员、普通研发人员、非研发人员）措施，还可以对于企业的供应商、客户、来访者等提出保密要求；而对公司软件的使用，应尽量采取固定开发硬件设备、密码登录、远程调用复制留痕等技术性措施；做好开发文档的留存工作，尤其详细记录参与对应软件开发人员及参与内容；涉及内部技术培训时，以会议纪要签字形式强调保密义务等。</p> <p>离职阶段，则需要求离职研发人员登记、返还、清除、销毁其接触或者获取的商业秘密及其载体，继续承担保密义务，并书面确认商业秘密的内容、载体。</p>
做好研发软件不同版本源代码的留档保存作。	软件研发的不同版本、升级文件等文档内容，一方面可以用于证明软件的实际开发者，即确定权利归属，同时对于不同版本软件源代码的留档，有利于未来商业秘密路径维权进行“实质上相同”比对时，使用最近似的版本 ² 以提高维权胜算。
做好专利规划。	选择相适应的开源许可协议，在软件开发前提前规划专利、著作权申请，企业的多个关键核心技术进行专利融合布局，以提升企业竞争力。

(高敏对本文亦有贡献)



赵刚
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5087 2893
zhaogang@zhonglun.com



植物新品种繁殖材料作为 商业秘密予以保护

我国的植物新品种权保护制度规定了对育种者权利的保护，其中繁殖材料作为品种权人行使独占权的基础，是品种权制度保护的對象。除了植物新品种权制度外，2020年最高人民法院颁布的《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》，其中第一条列举的技术秘密也包括植物新品种繁殖材料。

近日，最高人民法院知识产权法庭对一起侵害技术秘密纠纷案件作出终审判决，认定武威市搏盛种业有限责任公司（以下简称“搏盛种业”）侵犯河北华穗种业有限公司（以下简称“华穗种业”）技术秘密。首次对植物新品种育种过程中形成的繁殖材料（杂交品种亲本）予以商业秘密保护。

PART 001

基本案情

时间	事件
2015年11月1日	华穗种业利用“W67”为母本、“W68”为父本培育的“万糯2000”玉米杂交种于取得植物新品种权，品种权号为CNA20120515.0，后华穗种业发现搏盛种业通过不正当手段获取华穗种业的“W68”玉米自交系品种。
2020年9月24日	华穗种业申请甘肃省武威市凉州区人民法院对搏盛种业公司的“W68”种子样品进行了现场证据保全。
2020年10月16日	华穗种业向甘肃省兰州市中级人民法院提起侵害技术秘密之诉。
2021年6月9日	一审法院向中国农业科学院国家种质保藏中心提取了“万糯2000”的父本“W68”标准样品，与武威市凉州区人民法院证据保全的档案袋封条处书写“总厂”字样的玉米样品一同进行品种真实性鉴定。
2021年6月17日	北京玉米种子检测中心于作出BJYJ202100701257号检验报告，认定待测样品与“万糯2000”的父本“W68”标准样品的比较位点数40，差异位点数0，检验结论为极近似或相同。一审法院遂根据“W68”作为“万糯2000”玉米植物新品种的亲本，符合《反不正当竞争法》秘密性的要求，以及华穗种业对该技术信息采取的保密措施，综合各类证据作出判决，支持了华穗种业的诉讼请求。
2021年8月	搏盛种业不服一审判决，上诉至最高人民法院。
2022年11月2日	最高人民法院作出终审判决，驳回上诉，维持原判。

PART 002

法院观点

本案争议的一个焦点问题是“万糯2000”的亲本“W68”是否符合商业秘密的保护条件，对此法院从两个方面进行了论述。**1.关于杂**

交种的亲本是否属于商业秘密保护的客体。搏盛种业在二审开庭审理中认为，只有与亲本相关的育种技术信息才属于反不正当竞争法保护的商业秘密，“W68”作为亲本不属于商业秘密的保护客体。最高人民法院认为，作物育种过程中形成的育种中间材料、自交系亲本等，不同于自然界发现的植物材料，其是育种者付出创造性劳动的智力成果，承载有育种者对自然界的植物材料选择驯化或对已有品种的性状进行选择而形成的特定遗传基因，该育种材料具有技术信息和载体实物兼而有之的特点，且二者不可分离。通过育种创新活动获得的具有商业价值的育种材料，在具备不为公众所知悉并采取相应保密措施等条件下，可以作为商业秘密依法获得法律保护。

2. 涉案杂交种亲本在被诉侵权行为发生时是否不为公众所知悉。搏盛种业上诉称，华穗种业及其利害关系人已经将“W68”作为产品销售，华穗种业委托种子繁育公司的制种行为导致“W68”成为商品被农民公开销售；另外，“万糯2000”的审定公告对“W68”及其来源予以了披露，因此“W68”已经为公众所知悉，不具有秘密性。最高人民法院认为，权利人对育种材料的实际控制是利用其遗传信息进行育种的关键，本案中“W68”属于不为公众所知悉的育种材料，主要理由如下：**第一**，“W68”仅是育种材料的编号，是育种者在作物育种过程中为了下一步选择育种而自行给定的代号，其指向的是育种者实际控制的育种材料。虽然特定编号如“W68”代表了育种者对自然界的植物材料选择驯化形成的特定遗传基因，但是特定遗传基因承载于作物材料中，脱离作物材料本身的代号并不具有育种价值，对育种材料的实际控制才是利用其特定遗传信息的前提。由于育种创新的成果体现在植物材料的特定基因中，无法将其与承载创新成果的植物材料相分离，公开该代号并不等于公开该作物材料的遗传信息。**第二**，审定公告记载“W68”是用万6选系与万2选系杂交后，经自交6代选育而成，万2选系和万6选系作为选育亲本的作物材料，是作物育种的核心竞争力，通常育种者并不进行公开销售，公众难以获得。退一步而言，即便能够获得万2选系和万6选系，在选育自交系亲本的过程中，育种者面临对优良单株、株系的选择时，

在子代的选择中具有一定程度的不确定性。因此，即便利用万2选系和万6选系进行杂交育种，获得的自交系也并不必然是“W68”，不能仅从公开“W68”的育种来源推定得出“W68”已为公众所知悉。**第三**，尽管玉米杂交种是由其亲本杂交育种获得，但是基于玉米杂交繁育特点和当前的技术条件，从杂交种反向获得其亲本的难度很大。如果不通过对“万糯2000”进行专业的测序、分离，难以获得其亲本，更难以保证获得的亲本与“W68”完全相同。因此，公开销售“万糯2000”的事实不能当然导致其亲本“W68”为公众容易获得，更不能得出亲本“W68”丧失秘密性的结论。

PART 003

指导意义

64 本案中，虽然华穗种业对以“W67”为母本、“W68”为父本培育的“万糯2000”玉米杂交种享有植物新品种权，但搏盛种业的“盛甜糯9号”亦经甘肃省农作物品种审定委员会审定为甘肃省主要农作物品种。案件审理过程中，搏盛种业辩称法院保全获得的玉米样品为其“盛甜糯9号”的亲本“白糯913”，为此原告选择了杂交种亲本作为权利基础，通过商业秘密侵权诉讼进行维权，最高人民法院在判决书对此做了精彩的评述：植物新品种和商业秘密两种制度在权利产生方式、保护条件、保护范围等方面都存在差异，权利人可以根据实际情况选择不同保护方式。在作物育种过程中，符合植物品种权保护条件的育种创新成果，可以受到植物新品种权制度的保护。同时，杂交种的亲本等育种材料符合商业秘密保护要件的，可以受到反不正当竞争法的兜底保护。将未获得植物新品种保护的育种创新成果在符合商业秘密的条件下给予制止不正当竞争的保护，是鼓励育种创新的必然要求，也是加强知识产权保护的应有之意。法律并未限制作物育种材料只能通过植物新品种保护而排除商业秘密等其他知识产权保护，对作物育种材料给予商业秘密等其他知识产权保护不会削弱植物新品种保护法律制度，而是相辅相成、相得益彰的

关系。当然，对作物育种材料给予商业秘密保护，并不妨碍他人通过独立研发等合法途径来繁育品种，也并不妨碍科研活动的自由。



马东晓
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2099
madongxiao@zhonglun.com

04

商业秘密 交叉领域问题 研究

RESEARCH ON CROSS-
DISCIPLINARY ISSUES
OF TRADE SECRETS

PART

I

与劳动法
交叉

LABOR LAW



劳动争议与侵害 商业秘密纠纷 交叉问题辨析

作者：段海燕 王程凯

近几年来，随着我国经济发展以及鼓励科技创新措施的实施，企业之间人员的流动愈加频繁、人才的竞争愈加激烈。伴随着人才的流动，用人单位与员工之间有关违反竞业限制违约责任、侵害商业秘密赔偿责任的争议也日益增多。依据目前相关争议处理的司法实践，此类争议往往涉及争议性质认定、违约责任与侵权责任并存情形下的责任范围确定、违反保密义务违约金条款的效力认定等问题。由于上述问题同时触及劳动法律法规与知识产权保护法律法规，且又由于不同部门法的规定不同，甚至有时可能难以兼容，导致相关司法实践的裁判尺度存在区别，致使用人单位可能在相关争议（包括潜在争议）处理过程中因无法探知自己的权利边界、无法确定自己的责任大小、甚至无法第一时间准确确定自己的维权路径（先诉讼还是先申请劳动争议仲裁）而迷茫。在缺乏统一或多数观点的裁判标准的情况下，为了尽可能厘清关系、减少困惑，帮助争议各方有效制定防范措施及维权方案，笔者尝试对相关问题进行粗浅的分析。

PART 001

关于用人单位追究员工的侵害商业秘密赔偿责任争议的性质认定

1. 参见四川省成都市金牛区人民法院(2020)川0106民初10952号民事判决书。

2. 参见湖南省长沙市中级人民法院(2019)湘01民初286号民事判决书。

1、问题的提出

员工与用人单位签订的劳动合同中约定了保密义务，并约定了违反保密义务的赔偿责任。在劳动合同履行过程中，员工将用人单位的商业秘密泄露给了其他单位，由此给用人单位造成经济损失。为此，用人单位依据上述劳动合同约定追究该在职员工的赔偿责任及侵害商业秘密的侵权责任，要求员工赔偿其全部经济损失。在此情况下，该争议属于劳动争议，还是侵害商业秘密的侵权纠纷？由于上述争议性质的认定直接决定该类争议在司法程序中的“案由”的确定，进而决定相关争议适用的管辖、法律程序、时效、举证规则等一系列问题，因此，此类争议的性质认定不仅是用人单位及劳动者双方争议的焦点问题，也将是司法机关审理该类争议首先需要考量的问题之一。

2、司法实践现状

针对上述问题，司法实践中存在不同的裁判尺度。一种观点认为，此类争议属于侵权争议，不属于劳动争议¹。另一种观点认为，用人单位有权在“劳动争议”和“侵权争议”中进行选择，既可以以“劳动争议”的定性向有管辖权的劳动争议仲裁委员会申请仲裁，也可以以“侵权争议”的定性向有管辖权的法院提起侵权诉讼²。笔者依据2018年至2024年8月期间可查询的法院判决，统计涉及该问题的案件共有14例，其中持第一种观点的有7例，占比50%，持第二种观点有7例，占比50%。

3、分析意见

对此问题，笔者更倾向于赞同第二种观点。主要理由如下：

(1) 用人单位有权选择追责的权利基础。员工泄露用人单位的

3.《劳动争议调解仲裁法》第二条：“中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：（一）因确认劳动关系发生的争议；（二）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；（三）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；（五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；（六）法律、法规规定的其他劳动争议。”

商业秘密既侵犯了用人单位的商业秘密权利，亦违反了劳动合同中保密义务的约定。即：员工泄密的行为既是侵权行为，又是违约行为。《民法典》第一百八十六条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”据此，笔者认为，用人单位作为受害方，在决定追究违约责任或侵权责任的问题上，享有选择权。其既可以基于违反劳动合同的违约行为选择申请劳动争议仲裁，也可以基于侵权行为提起侵害商业秘密纠纷诉讼，并非仅能提起侵害商业秘密纠纷诉讼。

（2）因违反保密义务而发生的争议属于因劳动合同履行而发生的争议。劳动合同约定的保密义务，员工违反了该义务的行为，属于劳动合同的行为。依据《劳动争议调解仲裁法》第二条³的规定，因“履行劳动合同”而发生的争议，属于劳动争议的审理范围。因此笔者理解，员工违反保密义务亦属于劳动争议的审理范围，排除用人单位申请劳动争议仲裁的权利明显与上述法律规定不符。

PART 002

违反竞业限制义务的违约金与侵害商业秘密损害赔偿之间的关系

1、问题的提出

员工离职后，在竞业限制期间内入职竞争单位，并在竞争单位中使用了原用人单位的商业秘密。原用人单位先据此追究员工违反竞业限制义务的违约责任，要求员工支付违约金。在法院终审判决支持用人单位的上述请求之后，在诉讼时效内，用人单位又以员工侵害商业秘密为由提起诉讼，要求员工赔偿侵害商业秘密的损失。在该等诉讼中，双方争议焦点问题为：员工已经支付的竞业限制违约金中是否包含侵害商业秘密的损失？

2、司法实践现状

针对上述问题，司法实践中存在不同的裁判尺度。一种观点认为，竞业限制违约金不应在侵害商业秘密赔偿中予以扣除⁴。主要理由为：用人单位基于劳动者泄露、使用其商业秘密而提起的侵害商业秘密诉讼，属于侵权诉讼，而用人单位基于劳动者违反竞业限制保密协议约定而提起的竞业限制争议，属于违约诉讼，两者系不同的行为、不同的法律关系，以此产生不同的法律后果，不存在法律责任竞合问题。因此，竞业限制违约金不应在侵害商业秘密赔偿中予以扣除，可以同时主张。

另一种观点认为，部分竞业限制违约金应在侵害商业秘密赔偿中予以扣除⁵。主要理由为：（1）从竞业限制制度设定的目的看，用人单位的竞业限制制度保护的标的不仅有“商业秘密”，还包括“竞争优势”。因此，竞业限制违约金中应当包括了对这两个标的损失的赔偿。商业秘密侵权赔偿金仅仅是对“商业秘密损失”的赔偿。由此可见，竞业限制违约金中必然有部分与侵害商业秘密损失赔偿金之间存在重合，竞业限制违约金中至少已包含有部分“商业秘密损失赔偿金”。（2）在此类争议中，用人单位不仅应当举证证明“员工的商业秘密侵权行为导致的全部经济损失金额”，还需要区分并证明“竞业限制违约金”中的“竞争优势的损失金额”。如未能区分并证明，则用人单位承担不利后果，竞业限制违约金应从侵害商业秘密赔偿金中扣除。笔者依据2018年至2024年8月期间可查询的法院判决，关注到涉及该问题的案件共有5例，其中持第一种观点的有3例，占比60%；持第二种观点的有2例，占比40%。

4.参见山东省青岛市中级人民法院(2020)鲁02民终1323号民事判决书。

5.参见江苏省常州市中级人民法院(2016)苏04民初22号民事判决书。

3、分析意见

对于违反竞业限制义务的违约金与侵害商业秘密损失赔偿之间的关系问题，笔者认为，第二种观点更具有合理性，主要理由如下：

1、保护范围重合/双重保护理念具有法律依据。从竞业限制制度的目的角度讲，《劳动合同法》第二十三条、第二十四条第一款

可以看出，竞业限制的适用对象包括负有保密义务的劳动者，而保密即指保守用人单位的商业秘密，因此，法律规定竞业限制的目的在于包括保护用人单位的商业秘密，也正如最高院190号指导案例中所言：“竞业限制制度设计目的是要防范离职员工实际利用原用人单位商业秘密或有运用的潜在可能而不正当地侵害原用人单位的竞争优势”，因此，竞业限制与保护商业秘密的存在重合。同时，根据《劳动合同法》第二十四条的规定，竞业限制义务是指劳动者在一段时间内不得到与前用人单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位、也不得自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。从竞业限制义务本身而言，法律所保护的是避免因员工入职竞争对手造成原单位竞争力下降，因此，竞业限制制度的目的不仅是为了保护企业的商业秘密，也是为了保护企业的竞争优势。这种竞争优势不仅包括商业秘密，还包括管理优势（高效的管理方法）、产品或服务优势（优秀的产品设计理念）、营销优势（良好的营销落地策略）等无法被认定为商业秘密的特殊优势信息或经验。正是由于员工到竞争对手工作或自营竞争单位，可能会导致该等竞争优势信息为竞争单位使用，进而大大削弱原单位的竞争优势地位。因此，竞业限制制度是对员工择业自由权进行了一定的限制，以实现维持原单位竞争优势的目的，与单纯保护商业秘密目的并不完全相同，因而，竞业限制的制度目的又与保护商业秘密目的之间存在不同。

2、抵扣处理符合“同一损害不能重复获得赔偿”的原则。从竞业限制违约金性质的角度来讲，考虑到竞业限制制度本身目的是维持竞争优势，我国违约金制度以“损失填平为主，惩罚性赔偿为辅”的基本原则构建，因此，竞业限制违约金应当是对员工违约造成的竞争优势损失及商业秘密损失的填平，并进行一定惩罚性赔偿。在此情形下，由于竞业限制违约金中已包含有全部或部分商业秘密利益损失的填平，因此，基于“同一损害不能重复获得赔偿”的原则，在认定侵害商业秘密损失赔偿金额时，应当扣除部分竞业限制违约金。

关于员工违反保密义务违约金条款有效性问题

1、问题的提出

用人单位与员工常常在劳动合同或保密协议约定员工对用人单位的商业秘密负有保密义务以及违反保密义务的违约金。如员工违反了保密义务，用人单位能否基于前述违约金条款要求员工支付违约金？法院是否会支持该违约金条款的效力？

2、司法实践现状

针对上述问题，司法实践中存在不同的裁判尺度。一种观点认为，违反保密义务的违约金条款无效⁶。主要理由为：《劳动合同法》第二十五条⁷明确规定，除了违反专业技术培训服务期以及违反竞业限制义务以外，用人单位不得与员工约定违约金。《劳动合同法》第二十五条为效力性强制性规定，上述保密违约金条款因违反前述规定而无效。另一种观点则认为，违反保密义务的违约金条款有效⁸。主要理由为：《劳动合同法》第二十三条⁹包括两方面内容：第一款规定用人单位可以与劳动者约定“保守用人单位的商业秘密”（即保密义务）；第二款规定用人单位可以与员工约定竞业限制

6. 参见上海市第一中级人民法院(2020)沪01民终4577号民事判决书。

7. 《劳动合同法》第二十五条：“除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。”

8. 参见《深圳法院劳动争议审判白皮书(2005-2020)》。

9. 《劳动合同法》第二十三条：“用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。”



违约责任。由于第二十五条将上述条款排除在“不得与劳动者约定由劳动者支付的违约金”的范围之外，这也就意味着用人单位基于保密义务而约定违约责任被排除在外。换言之，用人单位可以与员工约定违反保密义务的违约金，相关违约金条款有效。笔者依据2021年至2024年8月期间可查询的法院判决统计，涉及该问题的案件共有29例，其中持第一种观点的有24例，占比82.75%；持第二种观点有5例，占比17.24%。

3、分析意见

对此问题，笔者同意上述第二种观点。除同意上述第二种观点中对《劳动合同法》第二十五条的理解外，笔者认为还有如下理由：

1、从法律规定本身看，笔者认为，《劳动合同法》第二十三条第一款明确赋予了用人单位与劳动者约定“保守用人单位的商业秘密”的权利。按照普遍认知（即义务与责任并存的法律逻辑），上述保密条款不仅应当包括员工的保密义务的具体内容，也应当包括违反保密义务的具体责任（包括违约责任）。因此，《劳动合同法》第二十三条第一款中包含有“可以约定保密违约责任”的含义，至少不能排除此含义。

2、从宏观政策层面，允许用人单位与劳动者约定违反保密义务违约金不仅有利于商业秘密保护，更有利于保护、激发企业技术创新的积极性，营造良好的技术创新氛围。

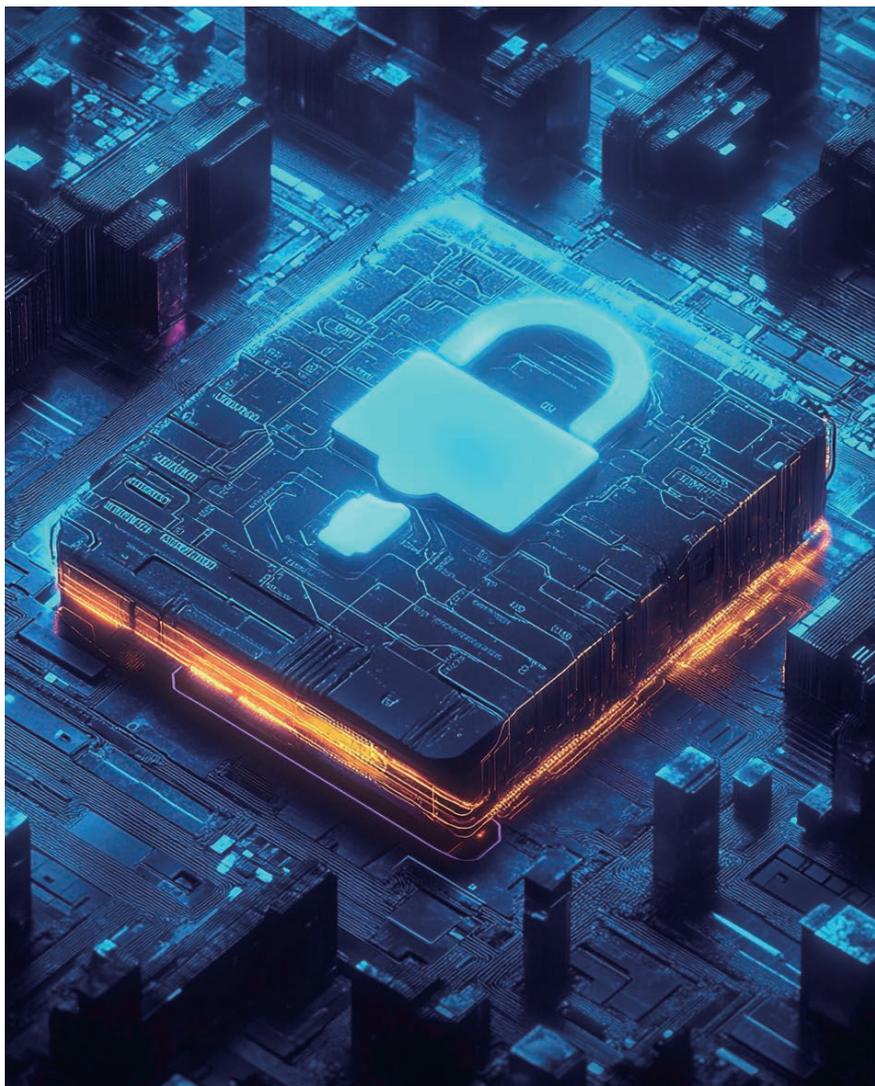
3、从企业管理层面，员工违反保密义务导致的争议越来越多，然而，依据现行法律及司法实践，从民事责任角度来讲，违反保密义务的员工需承担侵权赔偿责任。对于该责任的认定，用人单位有的举证责任相较更重（例如：证明因果关系、证明损失金额等），很多情况下，用人单位可能因为无法证明因果关系、损失金额而无法追究员工赔偿责任。员工的违约成本较低，在一定程度上可能会助长部分公司员工侵犯企业商业秘密等知识产权的风气。允许约定违约金，合理地增加员工的违约成本，有利于降低员工侵害用人单位商业秘密行为发生的可能性。由此可见，允许约定违反保

密义务违约金具有现实意义的合理性。

综上所述，企业的竞争伴随或交织着人才竞争与技术竞争，有关商业秘密与竞业限制的争议存在劳动法与知识产权法等部门法的交叉，又导致交叉领域涉及的法律问题存在裁判尺度不一、同案不同判的现象。本文从法律规定、行为表现、制度设计的目的等角度，对实务中较为突出的三个常见问题进行分析、厘清，以期抛砖引玉，引发相关主体更多的关注与思考，并在此交叉领域发出更多的声音，从而推进相关立法及司法的完善。



段海燕
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2043
duanhaiyan@zhonglun.com



竞业限制若干法律问题初探

作者：舒海 董珏

竞业限制是指，对用人单位负有保密义务的员工，在其离职后的一定期限内不得到与原用人单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其它用人单位，或者自己直接从事生产或者经营同类产品或服务的就业限制。《劳动合同法》设置竞业限制制度的立法本意在于保护用人单位的商业秘密，防止前员工利用其所掌握的原用人单位的商业秘密为具有竞争关系的公司谋利，但由于该项制度是以部分限制劳动者择业自由为代价的，因此，实践中，在用人单位与劳动者双方利益平衡过程中，便会产生诸多争议及纠纷。

本文中，笔者将从用人单位的角度就竞业限制相关的若干法律问题进行初步探讨，并提供相应实务建议。

1.王山诉万得信息技术股份有限公司竞业限制纠纷案（（2021）沪01民终12282号）——最高人民法院发布第34批指导性案例之二（指导性案例190号）。

PART 001

如何认定公司之间存在“竞争关系”？

在竞业限制协议中，用人单位会根据所处行业、员工职位及所掌握的商业秘密范围等情况对竞业限制义务进行具体约定，但万变不离其宗，认定前后公司之间是否存在竞争关系，是判断员工是否违反竞业限制义务的大前提。

对于何为竞争关系，《劳动合同法》中仅规定了“生产或者经营同类产品、从事同类业务”这一原则性的定义，而由于竞业限制纠纷中存在具体且复杂的实际情况，特别是在人员流动较为频繁的互联网、高科技行业，在上述原则性定义的基础上，法官在个案中则需要对前后公司是否存在竞争关系的实质进行更加立体、全面的考量。

司法实务中，除了公司的注册经营范围是否存在重叠这项重要的判断标准，在最高人民法院公布的指导性案例第190号¹中，法院阐述了更为全面的判断标准。在该指导案例中，劳动者处于互联网行业，虽然其先后入职公司的登记经营范围内均存在“计算机软硬件的技术开发、技术转让及技术咨询”等表述，但法院认为，考虑到公司的实际经营范围与登记经营范围可能存在不同，故竞争关系的审查不应拘泥于营业执照登记的营业范围，还应从两家公司实际经营的内容是否重合、服务对象或者所生产产品的受众是否重合、所对应的市场是否重合等多角度进行审查，从而能兼顾用人单位和劳动者的利益，以达到最终的平衡。基于以上标准综合分析后，法院最终认定前后公司不存在竞争关系。

以上指导性案例体现了法院在平衡公司商业秘密保护及员工择业自由时的价值取向，也就是说，法院在判定是否存在竞争关系时，不会仅局限于机械性地对比公司在市场监督管理部门登记的经营范围，而是会根据公司实际经营业务、服务对象、产品受众、对应市场进行综合分析，因此，用人单位应注意从以上方面进行举证。此外，基于我们的实务经验，用人单位还可考虑从前后公司的股东构成、员工构成、注册商标所在类别是否存在重叠等方面进行

举证，以证明前后公司存在竞争关系。

PART 002

如何证明员工存在违反竞业限制义务的行为？

根据“谁主张、谁举证”的基本举证责任分配原则，用人单位应就员工存在违反竞业限制义务的行为承担举证责任。但现实情况是，员工离职后，原用人单位便很难掌握前员工的实际动向、工作内容，也不能直接进入其此后的工作场所进行取证，且实践中员工在入职新公司或为新公司提供服务时通常采取较为隐蔽的方式，因此，用人单位如何举证员工违反了竞业限制义务及举证的标准，一直是一个难点问题。

1、用人单位的举证责任标准是什么？

对于员工直接入职或投资竞争公司的情况下，原用人单位可以通过公开渠道查询企业登记信息、公司官网新闻、公司专利申请信息、申请仲裁机构调取员工社保缴纳记录等方式证明员工违反竞业限制义务。但实践中，员工一般会采取较为隐蔽的方式，因此用人单位较难通过上述信息进行直接举证。

鉴于以上实际情况，对于形式较为隐蔽的违反竞业限制义务的行为，用人单位在穷尽所有举证手段并提供初步证据证明员工存在入职、投资竞争公司或为其提供服务后，法官一般会要求员工就用人单位提供的初步证据进行合理解释或要求其提供相反证据证明其未从事上述竞业限制义务的行为。否则如果用人单位的初步证据达到高度盖然性的标准，将很可能导致员工承担举证不能的法律后果。

例如，在上海市第二中级人民法院的案例²中，法院认为“董某亦承认晟某公司与家某公司具有竞争关系，但不能对其数次在上班期间进入该公司做出合理解释，此时关于是否构成违约的举证责任在于董某，而其仅提出家某公司间断拍摄不足以证明其连续在晟某公司工作的抗辩，未举证证明其数次进入晟某公司并在该公司办公

场所穿着工作服系非为该公司工作的证据，故本院对董某提出的抗辩理由不予采信”。同样地，在北京市第三中级人民法院的案例³中，法院认为，“精某公司提交的视频显示吴某出现在汉某汽车公司并交流相关工作内容；吴某认可去过汉某汽车公司，系去找其同学，但未对其主张提交充分的证据证明，亦未对视频显示内容进行合理解释，本院对吴某的主张不予采信”。

由此我们可以看出，鉴于前用人单位收集证据的实际难度及局限性，仲裁实践中，前用人单位的举证责任标准一般限于对员工的违约行为进行初步举证，此后就该等初步举证的责任进行合理解释或进行举证的责任则会转移至员工。

2、用人单位如何证明员工违反了竞业限制义务？

除了从公开渠道可查询到的公司登记信息、公司专利及商标注册等信息，用人单位还可以申请法院或仲裁机构调取竞争公司的用工记录、社保及公积金缴纳记录及员工的个税缴纳记录等文件作为证据，当然，以上情况仅适用于员工直接入职竞争公司的情况。

对于比较隐蔽的违反竞业限制义务的行为，用人单位则可以考虑通过（1）拍摄员工在工作日正常上下班时间内出入竞争公司（包括其停车场）的视频；（2）员工在竞争公司签收快递的记录；（3）员工在竞争公司的名片；（4）员工代表竞争公司参加行业内会议的照片、发表专业文章或签署合同等；或（5）员工通过其直系亲属等持有竞争公司股权或参与竞争公司经营的情况等，提供初步证据证明员工存在违反竞业限制义务的行为。笔者承办的苏州某科技公司与前员工竞业限制违约金争议一案中，苏州工业园区劳动人事争议仲裁委员会认为，在竞业限制期内，该员工多次有规律地出入有竞争关系企业的办公场所，且没有作出合理解释，据此认定该员工存在违反竞业限制义务的违约行为。

3、关于用人单位偷拍偷录证据的合法性问题

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的

解释（2022年修订）》第一百零六条规定：“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据”。由于存在本条规定，员工通常会引用此条对于用人单位提交的偷拍视频等证据的合法性提出挑战。

4.(2020)沪02民终1879号。

5.(2020)京03民终13314号。

6.(2021)沪01民终3040号。

对此，对于在公共场合（如在公司门口或地下停车场）拍摄的员工上下班、在厂区内活动的视频、照片的合法性问题，虽然并非所有法院均会在判决书中对其合法性进行说理论证，但从判决结果上看，如果该等视频是在公共场合内拍摄、未侵犯第三方的隐私权，且员工不能就视频内容进行合理解释的，则一般情况下劳动人事争议仲裁委员会和法院会采信该证据。

例如，笔者承办的苏州某科技公司与前员工竞业限制违约金争议一案中，苏州工业园区劳动人事争议仲裁委员会认为，申请人通过委托第三方拍摄被申请人进出有竞争关系企业的办公场所的照片和视频，并未违反法律的禁止性规定，没有侵犯被申请人的合法权益，也没有违反公序良俗，对此，劳动人事争议仲裁委员会予以认定证据的合法性。

在上海市第二中级人民法院的案例⁴中，法院认为“家某公司在晟某公司门口拍摄董某进入该公司等的取证手段并未损害董某的合法权益，故一审法院采纳该证据的效力无误，本院予以认同”。而在北京市第三中级人民法院的案例⁵中，虽员工对前用人单位提交的偷拍其在竞争公司厂区及工位上出现的视频的合法性提出质疑，但法院并未对其合法性进行说理，而直接因该员工未就该视频的内容提供合理解释而采信了该证据。

但对于超过合理限度的偷录录音证据，也存在部分法院不认可其合法性进而不予采纳该证据的案例，例如在上海市第一中级人民法院的案例⁶中，法院便认为“除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织和个人不得实施窃听他人私密活动、处理他人私密信息等行为……上海宏某公司应当在合法合理的限度内行使权利。本案上海宏某公司确享有工作手机的所有权，但是其并未证明其已明

7. 苏州市中级人民法院：《竞业限制调研报告 | 创新、竞争、诚信、就业等多维价值的冲突与平衡》，载于“苏州市中级人民法院”微信公众号（<https://mp.weixin.qq.com/s/k5ZQ0e9xLYh10cupyG-WuA>），2024年4月16日最后登录。

8. (2021)京01民终2802号。

确告知江某其会对运用该手机的通话予以录音并恢复数据，或已就恢复其通话信息取得了江某的明确同意，故本院对其该证据的合法性不予认可”。

综上，我们建议用人单位在提交视频或图片证据时，应当注意保证证据形成过程的合法性，对于在公共场合拍摄且未侵犯员工隐私权的视频或照片，一般情况下会被法院或仲裁机构采信，但对于超过合理限度的，严重侵犯员工隐私权的视频或图片证据，则存在法院不认可其合法性的可能性。同时，用人单位应当注意使用可显示拍摄时间的视频软件或设备，以便证明视频或图片的拍摄时间是在竞业限制期限内。

PART 003

用人单位是否有权要求返还已支付的竞业限制补偿金？

一般情况下，用人单位会在竞业限制协议中约定，员工违反竞业限制义务时需全额返还用人单位已支付的竞业限制补偿金。司法实践中，一般认为该等约定未违反法律法规的强制性规定，也不存在其它应被认定为无效的情形，故对其效力应予肯定，但是劳动者返还的经济补偿数额，在法院判决竞业限制违约金数额时应作相应考量⁷。就用人单位可要求返还的竞业限制补偿金数额而言，仲裁实践中，员工可能会主张基于其实际违反竞业限制义务的期间占整个竞业限制期间的比例，按比例返还竞业限制补偿金。我们认为，在双方明确约定“违反竞业限制义务需全额返还竞业限制补偿金”的前提下，员工的上述主张可能不会被支持。例如，在北京市第一中级人民法院的案例⁸中，用人单位提供的证据证明员工在竞业期临近届满的倒数第2个月时违反了竞业限制义务，但法院判决认为应当依照双方合同约定进行，即员工应返还整个竞业期内用人单位已支付的所有竞业限制补偿金；在我们代理的苏州工业园区的劳动仲裁案件中，劳动仲裁委同样支持了我们要求全额返还用人单位已支付的竞业限制补偿金的仲裁请求。

但在竞业限制协议中未明确约定的情况下，用人单位是否有权要求员工返还已支付的竞业限制补偿金的问题，《劳动合同法》及相关司法解释并未有明确规定。该情况下，对于员工违反竞业限制义务后所得的竞业限制补偿金，由于其失去了可获得竞业限制补偿金的对价，一般法院会判决员工返还该部分的经济补偿金，但对于员工违反竞业限制义务之前用人单位已支付的经济补偿金是否应当归还，各地法院在审判实践中的尺度则有待统一。对此问题，根据上海市第一中级人民法院发布的《竞业限制纠纷案件的审理思路和裁判要点》，其认为应根据个案综合考量，劳动者就其竞业行为已经承担了相当数额的违约责任且并未因违约行为而额外获益的，则一般可不支持用人单位要求劳动者返还补偿金的诉讼请求⁹。

9. 上海市第一中级人民法院，《竞业限制纠纷案件的审理思路和裁判要点》，载于上海市第一中级人民法院网站上海一中院(a-court.gov.cn)，2024年4月16日最后登录。

鉴于上述情况，我们建议用人单位应在竞业限制协议中明确约定，用人单位在员工出现违约行为时有权要求员工返还所有竞业限制补偿金，以避免此后出现有关竞业限制补偿金返还问题的争议。

PART 004

竞业限制违约金的标准是什么？

竞业限制义务往往与用人单位的商业秘密保护存在密切联系，员工一旦违反竞业限制义务将对用人单位造成无法挽回的损失。实践中，由于用人单位一般较难证明员工违约时给用人单位造成的实际损失，因此，用人单位会在竞业限制协议中约定高额的违约金或其计算方式，比较常见的如规定定额违约金，或规定以员工离职前年收入的若干倍或用人单位支付的竞业限制补偿金的若干倍作为违约金的计算标准。

虽然竞业限制协议中一般会规定竞业限制违约金条款，但在诉讼和仲裁实践中，经常会出现员工主张约定的违约金过高进而要求调减的情况。根据《最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第28条规定：“用人单位和劳动者在竞业限制协议中约定的违约金过分高于或者低于实际损失，当事人请

10.上海市第一中级人民法院，《上海市第一中级人民法院涉高管劳动争议案件审判白皮书》，载于上海市第一中级人民法院网站<https://www.hshfy.sh.cn/css/2021/04/28/20210428145645297.pdf>，最后登录时间为2024年4月26日。

求调整违约金数额的，人民法院可以参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（“《合同法司法解释（二）》”）第二十九条的规定予以处理”。《合同法司法解释（二）》第二十九条则规定，“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决”。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第六十五条延续了《合同法司法解释（二）》第二十九条，规定：“当事人主张约定的违约金过分高于违约造成的损失，请求予以适当减少的，人民法院应当以民法典第五百八十四条规定的损失为基础，兼顾合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景等因素，遵循公平原则和诚信原则进行衡量，并作出裁判。”

上述规定中，对于违约金的调整标准均以实际损失为基础，但在仲裁实践中，用人单位一般较难提交证据证明其因员工违反竞业限制义务而遭受的实际损失，因此违约金数额的调整多基于法官根据个案情况的自由裁量。在众多因素中，仲裁机构普遍会考量用人单位所处行业、劳动者在原用人单位的职务、工作年限、工资水平、所掌握的商业秘密程度、用人单位已支付经济补偿的数额、劳动者的主观过错、行为严重程度及发生、持续时间、竞业行为可能给用人单位带来的损失及用人单位为调查、制止劳动者竞业行为支出的合理成本等方面综合酌定违约金标准。

以上海地区为例，上海市第一中级人民法院2021年公布的涉高管劳动争议案件典型案例¹⁰中，用人单位与前员工（核心技术研发部门的负责人）在竞业协议中约定了该员工应在离职后1年内遵守竞业限制义务，用人单位向其支付离职前月工资的50%作为竞业限制补偿金，而员工违反竞业限制义务时则应返还竞业限制补偿金并应支付相当于竞业限制补偿金3倍的违约金（约459万元）。本案中，该员工在离职后的第2个月便另行设立了经营竞争业务的公司，用人单位遂诉至法院，法院最终结合该员工离职前担任岗位的涉密程

度、竞业限制补偿金占其月基本工资的比例、违约方式及时间等因素，判决员工返还竞业限制补偿金并酌情判定其支付约260万元的违约金，该酌定的违约金金额约为约定违约金金额的57%，是该员工可得竞业限制补偿金的1.7倍。

11. 苏州市中级人民法院，《2018-2023年苏州市中级人民法院涉竞业限制纠纷案件审判白皮书》，载于苏州市中级人民法院微信公众号<https://mp.weixin.qq.com/s/jGgJq5-jH3HWeQ8uOQIkSCQ>，最后登录时间为2024年4月26日。

以竞业限制纠纷多发的苏州市为例，在2018年至2023年期间由法院判决结案的用人单位主张违约金的案件（共119件）中，用人单位获得支持的为91件，其中违约金酌减幅度在50%以上的为50件¹¹；另根据我们的案例检索，苏州地区法院酌定的违约金金额范围大致在劳动者离职前年收入的1/3至2.7倍之间，最高的为约736万元。在上述判决员工承担736万元高额竞业限制违约金的案例中，由于案涉员工是前用人单位的总经理及法定代表人，其在离职后当月便隐名设立同业公司，并存在恶意招揽前用人单位员工等情节，苏州市中级人民法院综合考虑双方约定的违约金金额（约1180万元）、用人单位实际损失、员工在职期间的高额工资收入及恶意招揽前公司员工的违约情节，判决了苏州地区目前为止最高额的竞业限制违约金。上述案例是苏州市中级人民法院公布的2018年-2023年竞业限制纠纷十大典型案例，体现了苏州法院认为违约金应体现适当惩罚性的审判倾向。

PART 005

实务建议

基于上述法律问题的探讨，我们就竞业限制问题为用人单位提供如下实务建议：

- 1、重视竞业限制及商业秘密保护的内部制度建设，在员工入职时及时与其签订竞业限制协议，并在离职时通知其竞业限制义务的具体内容。

- 2、制定规范的竞业限制协议模板，协议中应当明确界定竞业限制的范围，包括但不限于竞业公司的行业、地域范围、时间范围及禁止的行为类型（例如，禁止直接入职、禁止直接或通过第三方

投资存在竞争关系的公司或向其提供相关服务等) 及员工在竞业期内的就业去向报告义务等。

3、注重取证工作，定期通过各渠道掌握核心员工的就业去向，在发现员工疑似存在违反竞业限制义务的行为时，应当积极引入专业律师，协助固定证据及帮助维权。

4、在竞业协议中明确约定员工的违约责任，包括但不限于约定要求员工返还竞业限制补偿金，及约定违约金金额条款（可以是定额、离职前年收入或竞业期内竞业限制补偿金的若干倍等）。

竞业限制制度作为企业商业秘密保护的重要一环，更应该引起企业的高度重视。因此，在竞业限制制度的制定、竞业协议的签订、执行及员工违反竞业限制义务后的维权等整个流程中，建议企业聘请律师一同积极应对，以最大化保护企业商业秘密及持续在行业竞争中保持优势。



舒海
合伙人
知识产权部
上海办公室
+86 21 6061 3650
michaelshu@zhonglun.com



竞业限制的攻防转换

作者：张根旺

PART 001

某知名IT公司员工被判赔1940万元一案

某知名IT集团上海公司与其前研发人员徐某之间关于竞业限制之争引起的天价赔偿一案一度引发业内热议。该案从仲裁阶段的“不属于劳动争议受理范围”而被上海市徐汇仲裁裁定“不予受理”，至一审法院判决徐某支付违约金372.3万元，再至二审法院最终改判徐某支付违约金1940余万，案情一波三折，并创下此类案件赔偿金额之最。这起案件的背后，是互联网行业激烈的“人才”之争及利益角逐，也代表商业秘密保护日益引起用人单位的重视。鉴于目前之竞争态势，竞业限制案件呈多发趋势，高赔偿额恐成为常态，表面成本虽由跳槽员工承担，但实际上往往是接手的用人单位支付“转会费”。虽然，本案暂且“尘埃落定”，但案件背后所折射出来的竞业限制风险防范仍值得我们研究和反思。

本文将分别从竞业限制争议案件中员工的新老用人单位角度、对竞业限制义务的攻防转换思路进行分析和探讨，以飨读者。

根据已有公开材料，笔者总结基本案情为：



时间	事件
2009年4月1日	上海公司与徐某建立劳动关系，徐某从事网络游戏开发运营工作。双方在劳动合同中约定徐某每月薪资中200元属于其离职后承担不竞争义务的补偿费。如果其违反不竞争义务的约定，除需与新聘用单位解除非法劳动关系外，尚须向上海公司支付人民币拾万元违约金。
2009年8月6日及2012年10月25日	上海公司与徐某先后签订了两份主要内容相同的《保密与不竞争承诺协议书》（以下简称《协议书》）。其中约定了由上海公司的母公司在徐某在职期间向其发放股票期权或限制性股票作为要求其在职期间及离职后履行保密与不竞争义务的对价。
2014年1月	徐某成立了上海某科技有限公司。工商资料显示，该公司成立于2014年1月，徐某担任该公司法定代表人、股东。
2014年6月24日	上海公司为徐某办理了退工日期为2014年5月28日的网上退工手续。
2017年5月27日	上海公司向徐汇劳动仲裁委申请仲裁。2017年6月2日，徐汇劳动仲裁委以上海公司的请求不属于劳动争议受理范围为由，作出不予受理的通知。上海公司对此不服，向徐汇法院提起诉讼，一审判决于2017年12月7日作出，认定徐某应向上海公司支付违约金人民币3,723,246.26元。上海公司及徐某均不服一审判决，向上海一中院提起上诉。
2018年12月12日	二审判决作出，认定徐某按照双方协议约定，应向上海公司支付人民币19,403,333元。

结合已有判决，笔者将上海公司的最终胜诉原因归纳为：一方面，上海公司与徐某切实签署了关于竞业限制的《协议书》，法院以此作为事实认定及违约金核算依据；另一方面，根据沪高法[2009]73号文第7条关于“特殊待遇”的认定规则，考虑到上海本地的司法实践，更倾向于支持认可“用人单位给予劳动者价值较高的财务，如汽车、房屋或住房补贴等特殊待遇的，属于预付性质”。故而，最终认定徐某应当依照《协议书》承担相应违约责任。

虽然本案的两级法院最终支持了原用人单位——上海公司的诉求，但是，从完善用人单位竞业限制风险防范的角度，笔者结合过往类似项目承办经验，并进一步梳理各地生效判决文书的审判思路，对本案未尽之法律风险点做如下分析，以供存有类似情况的用人单位参考。

第一，竞业限制补偿金的支付时间

按照通说，竞业限制补偿金一般在离职后发放方为有效。首先，从竞业限制条款的立法精神和立法目的来看，竞业限制因限制了劳动者在解除劳动合同后的一定期间择业就业权利，用人单位应当在竞业限制期限内向劳动者支付竞业限制补偿金，以补偿劳动者在竞业限制期限内因为择业权利受到影响所造成的一定利益损失，故，从该点理解竞业限制补偿金的支付时间应当是解除劳动关系后的竞业限制期间内。其次，根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条的规定，“对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿”，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十八条的规定，“当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持”，由此可见，上述法律及司法解释提及的支付经济补偿的时间是在劳动合同解除或者终止后，某种程度上，支付时间不能通过协议约定予以排除，否则将产生“以合法形式掩盖非法目的”的“逆向选择风险”（即用人单位有意切割劳动者在职期间的工资，变相免除或减轻了竞业限制补偿金的支付成本）。

从本案判决书可知，上海公司也在与徐某的劳动合同中约定，月薪中的200元作为其离职后的竞业限制补偿金。尽管此后在《协议书》中对竞业限制的对价进行了补正，但上海公司并没有严格依据相关规定，在离职后按月以现金方式支付补偿金，这也是员工庭

审中一直坚持的抗辩理由之一，在当时，也加重了诉讼结果的不确定性。由此，在类似案例中，此类倾向性判决意见能否重现，亦存疑。

第二，竞业限制对价的支付方式

用人单位以激励性股票期权或限制性股票作为对价支付竞业限制补偿金在劳动法领域的效力存在一定程度的不确定性。

首先，根据《劳动合同法》及最高院司法解释（一）的相关规定，竞业限制的补偿明显应当是货币，而非价值不确定或不稳定（甚至为零）的股票期权或限制性股票。其次，根据国内期权及限制性股票授予操作的相关实践，往往是与激励制度相联系的，也就是说与劳动者对企业过去的贡献相联系。本案中，相关股份奖励计划亦是认可徐某做出的贡献，作为奖励才授予限制性股票。如果有期权既有激励的因素，又有留才的目的，还有竞业限制补偿的因素，则上海公司作为用人单位需要证明，哪部分是用于激励的、哪部分是用于支付竞业限制补偿的，即使员工违约，违约金亦可能适用按比例返还的方式，而非本案中的一次性全额返还，其是否符合公平合理原则，更有待商榷。最后，部分劳动仲裁委及法院更倾向于认为，劳动者在职期间，由于其要受到用人单位的用工管理，双方劳动关系上具有一定的隶属性，如果将在职期间用人单位给予的款项或待遇视为竞业限制补偿，极易导致用人单位基于其系管理者的主导地位，将一些属于奖励、激励性质的款项规定为竞业限制补偿，从而侵害劳动者的合法权益。在这些裁决书/判决书中，劳动仲裁委、法院认定此类支付方式并不能作为竞业限制的对价，并以用人单位未支付竞业限制补偿金为由，支持员工主张的解除竞业限制义务的请求。

本案给用人单位带来的重要启发是，公司在授予员工激励股权时，应当将保密和竞业限制作为授予条件之一。尽管全额追索效力存疑，但通过将劳动法意义上的竞业限制和公司法项下股权激励条件相结合，能够丰富企业风险防控的途径，公司获得赔偿的可能性会更高。

第三，竞业限制的范围约定

从该案判决书可知，上海公司通过限制九类业务领域，并列明50家竞争对手（甚至包括竞争对手的关联公司），几乎涵盖了整个互联网行业及所有经营领域，几乎搭构了“360度无死角”的竞业限制范围。对此，一审法院的观点为“竞业限制范围过大，并不必然导致竞业限制方面的约定全部无效，不代表徐某无须遵守竞业限制方面的基本义务”，故而支持了上海公司的诉求。

竞业限制制度设立的根本目的,在于用人单位商业秘密的保护与劳动者择业权冲突的平衡。为达到双方利益平衡,需将竞业限制范围限定在合理的区间内,但相关法律法规并未就此进行明确性规定或解释。争议解决过程中,用人单位所设立的竞业限制范围(主要是地域范围、时间范围、专业范围和行业范围)是否合理,更多仰赖个案中仲裁员或法官的自由裁量,这一点也造成了即使同样的案情,最终有可能出现被认定为因用人单位滥用优势地位,无限扩大竞业限制的范围,超出正当保护商业秘密的需求,实质剥夺了员工法定的就业及择业权,从而判定竞业限制条款无效的可能性。

第四，违约金的计算方式

本案中，双方在劳动合同中约定，月薪中有人民币200元作为离职后的竞业限制补偿费，竞业限制违约金为人民币10万元。在《协议书》中约定了股票期权及限制性股票作为竞业限制对价，违约责任包括损失赔偿责任及员工行使股权所产生的收益。两份法律文件均是对员工竞业限制补偿金和违约金的约定，但文件前后缺乏应有之衔接，对不一致内容的效力优先等级适用上亦缺乏明确约定。这也成为员工在庭审中的有力抗辩点，认为《协议书》当属无效，不应以限制性股票的收益作为违约金的计算标准。即便其违反竞业限制义务，相应的违约金亦应以劳动合同中约定的违约金10万元作为支付依据。如若法院最终认可劳动合同中的违约金条款，势必导致本案结果“天壤之别”。另外，本案中，竞业限制与股权激励进行捆绑及混用，暂且不论股票及期权是否可以作为竞业限制的补

偿对价，即便成立，在劳动仲裁、诉讼过程中是否亦可能要求用人单位举证证明那一部分是激励对价，哪一部分是竞业限制补偿的对价，员工违反竞业限制义务的违约金是否亦相应按比例进行返还，亦存疑。

法律实务中，相关法律、法规并无明确规定竞业限制违约金的标准，用人单位的做法主要包括：返还已支付的补偿金，或者约定违约金是补偿金的数倍，或者直接约定固定的较大数额违约金等。实践中，劳动仲裁委及法院一般会结合员工的主观过错、违反竞业限制的程度、给企业造成的损失以及企业支付的补偿金金额等综合予以判断。

在企业间的同业竞争逐渐激烈的环境下，竞争的主要手段也在一定程度上体现在核心人才的争夺。竞业限制实际指向的不止是劳动者的就业择业权，更是限制其针对原用人单位的同业竞争行为。在此背景下，对于用人单位而言，商业秘密以及竞业限制的组合型防护尤其显得迫切而关键。考虑到我国并非判例法国家，各地的司法实践标准不一，上海公司的这起“竞业限制第一案”虽然赢得漂亮，但案件背后其在争议解决过程中所暴露出来的合规管理风险和暗礁更值得用人单位关注及反思。

PART 002

广州中院对类“上海竞业限制天价赔偿第一案”的相反判决

近年来，我国因劳动者“跳槽”导致原雇主商业秘密流失，影响企业竞争力已经成为比较普遍的现象。劳动者的层次越高，越是具备谈判及用脚投票的能力，相对应地，其离职对用人单位的影响及冲击也越大，而竞业限制机制多数情况下涉及的正是此类高级管理人员以及核心技术人员，某种程度上，竞业限制之战实质映射的是员工新老用人单位之间的人才争夺以及商业较量。

在我国现行法律框架下，竞业限制制度实则是一把双刃剑。使用恰当可以成为用人单位保护商业秘密、防止因员工离职而导致商

业秘密泄露从而影响企业竞争力的最直接有效的防护手段。但若分寸及尺度把握不到位，则会影响到劳动者的就业权、生存权以及用人单位的正常用工权，非但不能促进劳资关系之平稳发展，反而可能会损害劳动者、用人单位乃至整个社会的利益。

有鉴于此，笔者在此续接第一部分之“某知名IT公司与其前研发人员之间关于竞业限制之争被二审法院最终认定员工违约并承担天价赔偿一案”之讨论，在下文中结合广州中院对另一起类似案件的截然相反判决，从员工以及新用人单位的角度，就核心员工如何实现就业平台平稳切换，新雇主避免承担相应的竞业限制责任角度进行分析和探讨。

根据已有的公开材料，笔者总结该案的基本案情为：

- 员工吴某于2005年12月入职广州博冠公司。双方分别签订了《股票激励协议》和《保密与不竞争承诺协议》。

- 《股票激励协议》载明：激励对象应在授予日期当日或授予日期之前同其雇主（公司或公司的关联公司）签订《保密协议》。若在其被授予的限制性股票单位根据本协议第2（c）节规定到期前激励对象的连续服务因任何原因终止，则自终止之日起激励对象持有的限制性股票单位中未行权的部分自动作废。

- 《保密与不竞争承诺协议》载明：乙方在甲方任职期间，甲方关联公司向乙方发放若干限制性股票单位，作为乙方向甲方同意签订此协议并遵守其所有条款和条件的对价，包括但不限于乙方保密所有机密信息并履行不竞争义务。

- 后博冠公司向吴某授予限制性股票，吴某离职后设立了与博冠公司具有竞争关系的宁静海公司并任法定代表人，博冠公司遂提起劳动仲裁。

- 本案庭审过程中，博冠公司主张：双方已经签署了相关《保密与不竞争承诺协议》且已经以股票权益作为对价支付了竞业限制补偿金，但吴某离职后违反了约定的保密与竞业限制义务，应停止行使已授权未行使的限制性股票，并返还已经行权产生的收益，并由雇佣吴某的宁静海公司承担连带责任。员工吴某主张：相关限制

性股票收益属于奖金，是劳动报酬的一部分，不属于竞业限制补偿金。该补偿金应当在竞业限制期限内支付，用人单位未按约定支付经济补偿的，竞业限制条款对其不具有约束力。

本案历经劳动仲裁，广州天河法院一审直至广州中院二审判决，均驳回了原用人单位博冠公司的诉请，认定员工吴某及其新用人单位无需承担竞业限制相关责任。

本案与前述“上海员工竞业限制天价赔偿案”案情近似，但裁判结果截然相反，其中最重要的原因即是本案的法官对争议焦点：双方竞业限制补偿金的支付时间点（用人单位是否可以在员工在职期间预付竞业限制补偿）以及竞业限制对价的支付方式（即博冠公司授予员工限制性股票是否可以视为支付了有效的补偿）持不同观点。

本案中法官认为：一方面，劳动者在职期间，由于其要受到用人单位的用工管理，双方劳动关系上具有一定的隶属性，如果将在职期间用人单位给予的款项视为竞业限制补偿，极易导致用人单位基于其系管理者的地位，将一些属于奖励、激励性质的款项规定为竞业限制补偿，从而影响劳动者的合法权益，而竞业限制补偿金的支付时间根据相关法律法规及司法解释应当是解除劳动关系后的竞业限制期间内；另一方面，本案中授予限制性股票，既是员工遵守不竞争承诺的对价，又有绩效激励，同时又是员工遵守劳动纪律的对价，指向性不清晰。进一步，所授予的股票价值具有不确定性，但竞业限制补偿金是对劳动者在竞业限制期内因择业权利受到影响而造成的一定利益损失的补偿，它不属于劳动者的工资或者其他福利，也与劳动者在职期间有无违纪行为等无关，具有排他性，因此该补偿金也应该是确定的，但限制性股票是否作为吴某履行不竞争义务的对价以及该对价的具体金额处于约定不明的状态，故，对博冠公司关于限制性股票是吴某履行竞业限制义务的对价的主张不予支持。从而最终认定，博冠公司没有在竞业限制协议中明确约定竞业限制的补偿金，在劳动者离职后三个月内也没有进行竞业限制补偿，故竞业限制条款对员工吴某没有约束力，员工及现任用人单位均无需承担竞业限制责任。

鉴于这类纠纷往往不是单纯的企业与劳动者之间的纠纷，而是企业与竞争对手（接手的新用人单位）之间的“暗战”，实践中，在此类纠纷中，原用人单位往往尝试将员工与竞争者共同起诉（但需要取决于当地的司法实践，因为某些地方严守竞业限制协议的“相对性”原则，不一定同意追加新用人单位）。在本下篇中，笔者结合过往案件代理经验，从竞业限制攻防战中守方（跳槽的员工与接手的新用人单位）角度，总结以下风险防范关注点，谨供参考完善。

一、新用人单位避免无辜被动承担竞业限制责任之法律风险防范

《劳动合同法》赋予了用人单位要求劳动者履行竞业限制义务以及约定相应违约金的权利，《反不正当竞争法》对于新用人单位的责任进行了涵盖：“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”。实务中，聘用负有“竞业限制义务”人员的企业，如果“明知”候选人负有在先的竞业限制义务，很难证明自己没有侵权故意或动机，没有构成共同侵权。那么新用人单位应当如何避免无辜被动陷入竞业限制纠纷并承担相应法律责任？

依据《劳动合同法》第八条赋予用人单位的知情权，用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。就此，新用人单位可充分利用这种法定的知情权，审慎进行入职风险排查及相关证据固定。其中应特别注意以下几点：

- 1.应在面试过程中了解应聘者是否对原用人单位负有竞业限制义务，并要求员工就此进行书面披露。
- 2.确定拟聘用人员后，委托第三方对其进行背景调查，向前用人单位确认竞业限制义务事宜，并留存相关背景调查报告。
- 3.要求应聘者承诺所提供的个人情况全部属实，与新用人单位劳动合同的履行不会侵犯原用人单位的商业秘密，并警示相关的违法责任承担。

如果新用人单位审慎履行了相应审查义务，仍不知道所聘用的劳动者是负有竞业限制义务的人员，但该聘用者私自在工作中违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用其所掌握的商业秘密。由于新用人单位主观上不存在过错，司法实践中，“善意”将构成有力抗辩。

二、新用人单位知晓招用的是负有竞业限制义务的员工的应对举措

新用人单位主动招用负有竞业限制义务的人员或经入职审查后知道或“应当知道”拟聘用者是竞业限制人员，而继续聘用该劳动者，并披露、公开或使用其所掌握的商业秘密的，新用人单位涉嫌违反了《反不正当竞争法》的相关规定，此种情况，新用人单位与竞业限制人员可能共同侵犯了他人的商业秘密，构成了共同侵权。

鉴上，对与原用人单位签订有“竞业限制”协议或条款而招聘企业又“必需”聘用的特殊人才，应注意以下几点，进行法律风险防范：

1.从法律源头上进行把控。聘请专业人员对劳动者与原用人单位签订的“竞业限制协议”或“竞业限制条款”进行审核，出具法律意见，从此类条款或协议的可执行性或解除性等方面进行审慎评估。

2.在聘用时间上进行配合。在确定最终入职日期时，应给予拟聘用员工较为充分的离职时间，至少保障其可以提前30日向原用人单位提出书面辞职，从而可以从容办理各项离职手续（不致引起不必要的注意），也避免承担《劳动合同法》第九十一条规定的，因招用未解除劳动关系的人员，新用人单位与劳动者共同对原用人单位的损失承担连带赔偿责任。

3.从司法救济途径的举证责任分配上进行关注。司法实践中，竞业限制纠纷一般由原用人单位对员工违反竞业限制义务负有主要的举证责任，相应地，新用人单位在实际用工过程中，亦可以借鉴当地司法判例中的操作，吸取经验和教训。参考上海一中院于近期发布的竞业限制白皮书，竞业限制纠纷案件审理难点主要包括：

(1) 竞业行为查明难。某些劳动者往往通过亲朋好友代持股份的方

式进行“自营”，还有一些劳动者在离职后通过与第三方签订劳动合同接受派遣或外包，以此达到为竞业公司提供服务的目的。（2）竞争关系认定难。竞业限制主要针对竞争者，而竞争者的“同类产品、同类业务”的认定，涉及不同行业的专业知识，专业性较强。

（3）竞业限制的范围和地域等应与劳动者接触的或可能接触的商业秘密相适应，防止因不适当扩大竞业限制的范围而妨碍劳动者的择业自由。

4.在原用人单位不要求继续履行的情况下，新用人单位可以考虑代为承担竞业限制违约金的“转会费”机制。该类做法比较新颖，尚未广泛应用，但在类似飞行员等高度稀缺人才的流转领域，已经崭露头角。

总之，竞业限制制度的核心是保障有序的市场竞争。如若竞业限制制度过松，可能会造成用人单位商业秘密的保护形同虚设，市场竞争趋于无序，最终危及到企业的生存及发展；但，若竞业限制制度过严，则会影响到劳动者的就业权，甚至生存权，进而直接影响社会利益及执法效果。故而，司法实践中如何通过竞业限制制度协调好劳动者、原用人单位以及新用人单位的关系任重而道远。

（李燕对本文亦有贡献）



张根旺
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3191
andersonzhang@zhonglun.com

PART

II

与宪法和行政 法律交叉

CONSTITUTION AND ADMINISTRATIVE LAWS



涉及商业秘密政府 信息公开的第三方 应对措施建议

作者：于园园 熊诗楠

2008年正式施行、2019年修订的《中华人民共和国政府信息公开条例》（下称《政府信息公开条例》）对于推进我国政府信息公开工作，保障人民群众依法获取政府信息发挥了极大的积极作用。但与此同时，由于政府信息的范围广泛，其中部分信息的依申请公开可能使第三方权益受到直接或间接的影响。因此，对于第三方而言，便有必要依据相关法律规定采取措施，避免与自身权益密切关联的政府信息被公开。

尤其是，涉及商业秘密的政府信息，既可能对第三方权益产生较大程度的影响，也具有较为清晰的认定与不予公开的保护路径。因此，第三方可以在该等信息的保存、报送行政机关、被申请公开、信息公开行政诉讼等各阶段采取相应的应对措施，以尽可能降低该等信息因他人申请而公开的风险。

本文将从笔者处理相关案件的实务经验出发，结合相关法律规定，对这一问题进行初步分析及探讨，并提出相应的应对措施建议。

PART 001

行政机关保存的由第三方制作信息也可能被公开

《政府信息公开条例》第二条规定：“本条例所称政府信息，是指行政机关在履行行政管理职能过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息。”即使某项信息并非行政机关制作，如行政机关在履行行政管理职能过程中获取，并以一定形式记录、保存了该项信息，则该项信息也属于“政府信息”范畴，可能被行政机关主动公开或依申请公开。以笔者经办的某政府信息公开案件为例，申请人申请公开的信息为行政机关“作出某项批复时获取的第三方项目申请报告”，这一项目申请报告虽然并非该行政机关制作，但属于该行政机关履行行政管理职能过程中获取，并以一定形式记录、保存的信息，因此属于“政府信息”范畴，可能被行政机关依申请公开。

PART 002

如第三方制作的信息构成商业秘密，则通常不属于政府信息公开的范围

《政府信息公开条例》第十五条规定：“涉及商业秘密、个人隐私等公开会对第三方合法权益造成损害的政府信息，行政机关不得公开。但是，第三方同意公开或者行政机关认为不公开会对公共利益造成重大影响的，予以公开”。对于第三方而言，如不希望该等信息被行政机关公开，则最常见的情况是行政机关认定该等信息因涉及商业秘密而不予公开。

而行政机关在判断该等信息是否涉及商业秘密时，最主要考虑的便是其是否符合《反不正当竞争法》第九条第四款所规定的商业秘密三要件——不为公众所知悉（秘密性）、具有商业价值（价值性）、权利人采取相应保密措施（保密性）。对于三要件的判断标准，最高法《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》（下称《商业秘密司法解释》）作了较为具体的规定。

第一，在保密性方面，第三方可以在该等信息被申请公开前，即采取相应的内部保密措施，以使该等信息能够满足商业秘密的构成要件，从而确保日后面临政府信息公开申请案件时能够向行政机关充分证明，该等政府信息满足商业秘密的“保密性”的构成要件。

具体而言，第三方可以建立内部的保密制度及采取相应的保密措施。比较完备的方式包括以下几个方面：一是制定企业保密规章制度并及时更新、完善，保密制度可以包括保密范围、保密措施要求、违反保密制度的承接性措施和手段，同时以内部正式途径下发保密制度性文件并公示；二是制定“保密文件清单”，明确规定商业秘密信息的具体范围；三是在员工劳动协议中加入保密条款或与员工单独签订保密协议；四是对于不同等级的商业秘密信息采取不同的保管措施，包括分类保管、设置访问权限、在纸质文件上标注保密标志等等。

除此之外，需要提示的是，在向行政机关报送材料时，应当及时记录报送情况并留存复印件，从而掌握行政机关保存的、具有政府信息公开风险的信息情况，以便有针对性地提前采取相应的商业秘密保护措施，这样就可以避免出现由于第三方申请政府信息公开而公司又未能提前采取保密措施的情况。

第二，价值性方面，第三方可以就该等信息留存与其相关联的背景资料，同时，从该等政府信息所记载的内容出发，向行政机关充分阐述和证明该等信息对企业生产经营会产生影响，为企业带来经济效益，获得该信息付出了成本或物质投入，或者如该等信息被第三方获取或被公开将给企业造成损失等等。

第三，在秘密性方面，强调的是不为公众所知悉的信息。一般情况下，如果是上市公司已经公开披露的信息，则不再属于商业秘密的保护范围。但是，如果是非上市公司在不同渠道所公开的信息，则需要根据情况区别对待。一般情况下，除非有明确的证据能够证明该等信息已经被公开，否则行政机关对秘密性这一要件做出否定判断还是存在一定难度的。

PART 003

如何理解“损害第三方合法权益”？

有一种观点认为：根据最新修订的《政府信息公开条例》第三十二条：“依申请公开的政府信息公开会损害第三方合法权益的，行政机关应当书面征求第三方的意见”，对比修订前的第二十三条：“行政机关认为申请公开的政府信息涉及商业秘密、个人隐私，公开后可能损害第三方合法权益的，应当书面征求第三方的意见”。因此，根据法条修改前后对比说明，只有“会损害第三方合法权益”的政府信息才应征求第三方意见并有权不予公开，对于“可能损害第三方合法权益”的政府信息则应当公开；也就是说，首先，只有在政府信息公开会确定性地损害第三方合法权益的前提下，行政机关才可向第三方征求意见；其次，行政机关除了要证明该等政府信息涉及第三人商业秘密外，还需要证明公开该等信息“会损害第三人合法权益”，否则就要公开该等政府信息，不能仅以涉及商业秘密为由不予公开。

笔者认为，这一观点从立法目的、相关条款内容、文意三方面来看，均存在对《政府信息公开条例》的不正确理解。这是因为：

第一，立法目的出发，对比修订前第十四条内容：“行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息”，修订后第十五条的规定“涉及商业秘密、个人隐私等公开会对第三方合法权益造成损害的政府信息，行政机关不得公开”加入了“会对第三方合法权益造成损害”这一概念，其目的应在于扩大而非限缩不得公开政府信息的范围——即便政府信息不涉及商业秘密、个人隐私，但公开仍会对第三方合法权益造成损害，则行政机关可依据修订后的《政府信息公开条例》第十五条不予公开。也就是说，第十五条是对于不得公开的政府信息范围的界定，同时该条修改是在商业秘密基础上扩大了不得公开的范围。

第二，《政府信息公开条例》第十五条规定：涉及商业秘密、个人隐私等公开会对第三方合法权益造成损害的政府信息，行政机

关不得公开。但是，第三方同意公开或者行政机关认为不公开会对公共利益造成重大影响的，予以公开。《政府信息公开条例》第三十二条规定：依申请公开的政府信息公开会损害第三方合法权益的，行政机关应当书面征求第三方的意见。第三方应当自收到征求意见书之日起15个工作日内提出意见，第三方逾期未提出意见的，由行政机关依照本条例的规定决定是否公开，第三方不同意公开且有合理理由的，行政机关不予公开，行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的，可以决定予以公开，并将决定公开的政府信息内容和理由书面告知第三方。

从《政府信息公开条例》第十五条是关于政府信息公开范围的规定，而第三十二条的整体内容看来，第三十二条是关于征求第三方意见的程序性要求。其中“公开会损害第三方合法权益的”这一表述，也是为了适应上述第十五条扩大范围的表述表征，而不能单纯理解为只有“会损害第三方合法权益的”才需要征求第三方意见。在《政府信息公开条例》答记者问中也提出，“既要保障社会公众依法获取政府信息的权利，也要保护国家秘密、商业秘密和个人隐私”，这也可以印证，涉及商业秘密的政府信息是否应当公开，应当征求第三方意见。

第三，对于涉及商业秘密的政府信息，由于商业秘密本身的价值性，如公开则可能会出现“损害第三方合法权益”的情况。相应的，对于涉及个人隐私的政府信息，如公开也可能会出现个人隐私权受到侵犯，进而“损害第三方合法权益”的情况。因此，从文意出发，“损害第三方合法权益”是用于对不予公开的政府信息进行兜底性、概括性描述，而非指向“损害第三方合法权益”的政府信息不得公开。

综上所述，关于“只有同时满足涉及商业秘密以及公开会损害第三人合法权益”两个标准的政府信息才不予公开”的观点笔者并不赞同。通常情况下，符合商业秘密构成要件的政府信息，且该等信息公开与不涉及公共利益的，则属于不予公开的政府信息范围。

PART 004

利用征求意见程序，向行政机关充分表达意见并提供相应依据

根据《政府信息公开条例》第十五条、三十二条的规定，行政机关在初步判断被申请公开信息可能涉及第三方商业秘密，如公开可能损害第三方合法权益的情况下，应当书面征求第三方的意见。第三方应当充分利用这一征求意见的程序环节，向行政机关表达意见。如不同意公开，除向行政机关明确表达不同意公开的意见外，还应同时提供该等信息符合商业秘密构成要件所对应的证明材料。

需要说明的是，在第三方不同意公开的情况下，并不会直接导向不予公开的结论，最终是否予以公开仍取决于行政机关的判断，在这一问题上行政机关具有较大的裁量空间。但与此同时，由于行政机关只是该等信息的保存单位，不参与其制作、利用、保管等具体工作，故往往缺乏认定其涉及商业秘密的依据。故第三方在征求意见环节论证该等信息涉及商业秘密不应公开并提供证据，也是在为行政机关提供作出不予公开决定的依据。

第三方在表达意见及相关依据时，可以从《反不正当竞争法》中商业秘密三要件定义以及《商业秘密司法解释》等法律法规对三要件具体判断标准的规定出发，论证被申请公开信息涉及商业秘密，并提供相应证据加以证实。如上文所述，提供能够证明已经采取了保密措施的证据，以及充分阐述及说明该等信息具有“价值性”，是非常有必要的。

根据笔者处理此类案件的经验，有如下几种常见情况可能会对涉及商业秘密的认定造成阻碍：①该等信息并未列在第三方的保密清单中；②该等信息虽然列在第三方的保密清单中，但并不符合商业秘密的秘密性、价值性的构成要件；③根据第三方的保密要求，相关信息已经可以由其员工自由披露；④相关类似信息已经在其他渠道公开。

值得注意的是，在被申请公开信息存在部分内容涉及商业秘密

而其余部分不涉及商业秘密的情况下，根据《条例》第三十七条的规定，“申请公开的信息中含有不应当公开或者不属于政府信息的内容，但是能够作区分处理的，行政机关应当向申请人提供可以公开的政府信息内容”。因此，如第三方希望该等信息全部内容均不公开，则应向行政机关说明该等信息无法作区分处理的理由；如第三方认为相比全部公开，部分公开也是可以接受的结果，可向行政机关提出进行区分处理的建议。

除此之外，考虑到行政机关在处理信息公开申请时需要“平衡各方利益诉求，既要保障社会公众依法获取政府信息的权利，也要保护国家秘密、商业秘密和个人隐私”，第三方可以向行政机关重点说明该等信息被公开后可能对第三方造成的不利影响，并同时适当阐述该等信息不公开并不会因此影响公众知情权、公共利益。

PART 005

注意及时跟进公开申请审查进展

根据《条例》第三十二条的规定，如行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的，可以决定予以公开，并将决定公开的政府信息内容和理由书面告知第三方。但在行政机关认定被申请公开信息不涉及商业秘密而决定公开的情况下，法律并未明确规定行政机关有告知第三方的义务。故第三方可以在信息公开申请审查过程中与行政机关保持沟通，及时跟进审查进展，并提出告知处理结果的要求，争取第一时间或提前了解到行政机关的决定结果。

与其它具体行政行为不同，涉及商业秘密的政府信息一旦被公开，即不可挽回。因此，为尽力避免产生行政机关决定向相关政府信息向第三方公开的情况，第三方可以考虑向行政机关明确，如果出现属于商业秘密但行政机关仍决定公开的情况，则行政机关可能面临由于损害第三方合法权益而面临行政诉讼风险的情况。通过这种方式，督促行政机关在判断是否构成商业秘密时更加审慎。

PART 006

如申请人针对不予公开决定提起行政诉讼，第三人可积极参与相关司法程序

在行政机关最终决定不予公开，而申请人就不予公开决定提起行政诉讼的情况下，我们认为，该案的处理结果可能与第三方有法律上的关系。根据《行政诉讼法》第二十九条的规定，此时第三方可以申请作为第三人参加诉讼；法院也可能主动通知第三人参加诉讼。当然，关于第三方是否作为第三人加入诉讼，司法实践中的做法并不统一。

由于行政机关需要在诉讼过程中说明其认定案涉信息涉及商业秘密的依据，而第三方作为商业秘密权利人，对于其保密措施、商业价值、公开后造成的损害往往能够更为直接地了解，故第三方加入行政诉讼并充分表达意见，会有利于向法院说明案涉信息涉及商业秘密、如公开会损害第三方利益，避免申请人通过行政诉讼途径最终实现获取该等信息的目的。即使未作为第三人参加诉讼，第三方也可以与行政机关保持沟通，并就行政诉讼提供协助，包括提供证据、出具书面说明、相关人员出庭作证等。

附相关规定：

	《商业秘密司法解释》	《商业秘密保护规定(征求意见稿)》
秘密性	<p>第三条：权利人请求保护的信息在被诉侵权行为发生时不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的，人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的不为公众所知悉。</p> <p>第四条：具有下列情形之一的，人民法院可以认定有关信息为公众所知悉：</p>	<p>第六条：本规定所称不为公众所知悉，是指该信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉或者不能从公开渠道容易获得。具有下列情形之一的，可以认定有关信息不构成“不为公众所知悉”：</p> <p>（一）该信息已经在国内外公开出版物或者其他媒体上公开披露或者已经通过公开的报告会、展览等方式公开；</p> <p>（二）该信息已经在国内外公开使用；</p> <p>（三）该信息为其所属领域的相关人员普遍掌握的常识或者行业惯例；</p>

《商业秘密司法解释》

《商业秘密保护规定(征求意见稿)》

(一) 该信息在所属领域属于一般常识或者行业惯例的;

(二) 该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容, 所属领域的相关人员通过观察上市产品即可直接获得的;

(三) 该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露的;

(四) 该信息已通过公开的报告会、展览等方式公开的;

(五) 所属领域的相关人员从其他公开渠道可以获得该信息的。

将为公众所知悉的信息进行整理、改进、加工后形成的新信息, 符合本规定第三条规定的, 应当认定该新信息不为公众所知悉。

(四) 该信息无需付出一定的代价而容易获得或者从其他公开渠道可以获得;

(五) 仅涉及产品尺寸、结构、部件的简单组合等内容信息, 进入公开领域后相关公众可通过观察、测绘、拆卸等简单方法获得。

申请人提交的技术查新报告、检索报告、公开渠道查询商业信息的资料等与涉案信息不构成实质上相同的, 可以推定该信息“不为公众所知悉”, 但有相反证据证明的除外。

价值性

第七条: 权利人请求保护的信息因不为公众所知悉而具有现实的或者潜在的商业价值的, 人民法院经审查可以认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的具有商业价值。

生产经营活动中形成的阶段性成果符合前款规定的, 人民法院经审查可以认定该成果具有商业价值。

第七条: 本规定所称具有商业价值, 是指该信息因其秘密性而具有现实的或者潜在的商业价值, 能为权利人带来商业利益或竞争优势。

符合下列情形之一的, 可以认定为该信息能为权利人带来商业利益或竞争优势, 但有相反的证据能证明该信息不具有商业价值的除外:

(一) 该信息给权利人带来经济收益的;

(二) 该信息对其生产经营产生重大影响的;

(三) 权利人为了获得该信息, 付出了相应的价款、研发成本或者经营成本以及其他物质投入的;

《商业秘密司法解释》

《商业秘密保护规定(征求意见稿)》

保密性

第五条：权利人为防止商业秘密泄露，在被诉侵权行为发生以前所采取的合理保密措施，人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的相应保密措施。

人民法院应当根据商业秘密及其载体的性质、商业秘密的商业价值、保密措施的可识别程度、保密措施与商业秘密的对应程度以及权利人的保密意愿等因素，认定权利人是否采取了相应保密措施。

第六条：具有下列情形之一，在正常情况下足以防止商业秘密泄露的，人民法院应当认定权利人采取了相应保密措施：

- (一) 签订保密协议或者在合同中约定保密义务的；
- (二) 通过章程、培训、规章制度、书面告知等方式，对能够接触、获取商业秘密的员工、前员工、供应商、客户、来访者等提出保密要求的；
- (三) 对涉密的厂房、车间等生产经营场所限制来访者或者进行区分管理的；
- (四) 以标记、分类、隔离、加密、封存、限制能够接触或者获取的人员范

- (四) 涉嫌侵权人以不正当手段获取或者试图获取权利人的商业秘密的；
- (五) 其他能证明该信息能为权利人带来商业利益或竞争优势的情形。

第八条：本规定所称权利人采取相应保密措施，是指权利人为防止信息泄露所采取的与商业秘密的商业价值、独立获取难度等因素相适应、合理且具有针对性的保密措施。

多个权利人共有商业秘密的，均应当采取相应保密措施。

具有下列情形之一，足以防止涉密信息泄漏的，可以认定权利人采取了“相应保密措施”：

- (一) 限定涉密信息的密级、保密期限和知悉范围，只对必须知悉的相关人员告知其内容；
- (二) 任职离职面谈，提醒、告诫现职员工和离职员工履行其保密义务；
- (三) 对该信息载体采取了加密、加锁、反编译等预防措施或在相关载体上加注保密标志或加密提示；
- (四) 对于涉密信息采用密码或者代码等；
- (五) 对于涉密的机器、厂房、车间等场所限制来访者，采取基本的物理隔离措施，如门禁、监控、权限控制等；
- (六) 制定相应的保密管理制度并与相关人员签署保密协议；
- (七) 在竞业禁止协议中对保密义务进行明确约定的；
- (八) 权利人在劳动合同或保密协议中对商业秘密范围有明确界定且与其所主张的秘密范围相符的；
- (九) 确保涉密信息他人轻易不能获得的其他合理措施。

《商业秘密司法解释》

《商业秘密保护规定(征求意见稿)》

围等方式，对商业秘密及其载体进行区分和管理的；

(五) 对能够接触、获取商业秘密的计算机设备、电子设备、网络设备、存储设备、软件等，采取禁止或者限制使用、访问、存储、复制等措施的；

(六) 要求离职员工登记、返还、清除、销毁其接触或者获取的商业秘密及其载体，继续承担保密义务的；

(七) 采取其他合理保密措施的。

(李凌飞对本文亦有贡献)



于园园
非权益合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2242
yuyuan@zhonglun.com



总体国家安全观视野 下的企业商业秘密 合规体系建设

作者：何丹 齐晓静

2023年4月26日，我国发布了《中华人民共和国反间谍法》（以下简称《反间谍法》），该法已于2023年7月1日正式施行，此次修订正是在贯彻落实总体国家安全观和适应新时代保密工作新形势要求下的全面修订。随着科技的快速发展和全球化进程的推进，大国之间的竞争已经升级为科技博弈。商业秘密作为企业核心技术的重要载体，亦是全球科技博弈的主战场。企业商业秘密与国家秘密并非泾渭分明，商业秘密涵盖先进科技内容，被总体国家安全涵盖。

在数字经济时代，商业秘密的国家安全属性愈发突出，商业秘密保护已成为主权国家战略博弈的新高地。企业的商业秘密，特别是国防军工、高新技术等企业的商业秘密，不仅关乎企业的市场竞争地位，也与国家安全密切相关危害国家安全犯罪、商业秘密犯罪、网络安全犯罪相伴相生。

PART 001

《反间谍法》修订及社会影响

(一) 修订背景

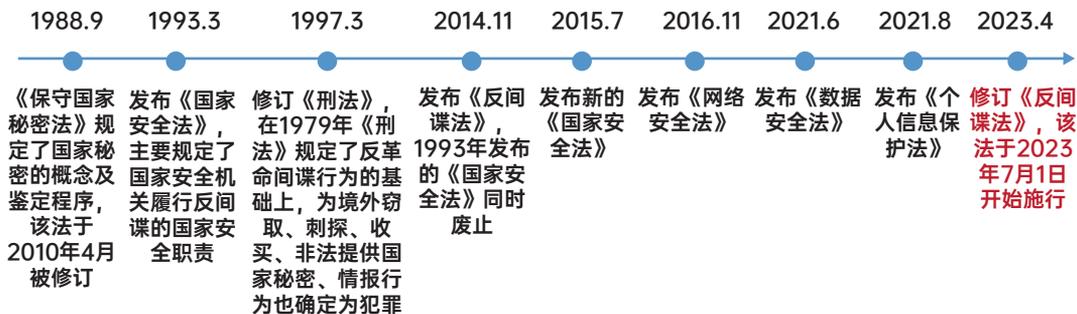


图1：国家安全领域相关立法演进

(二) 修订要点

《反间谍法》是规范和保障反间谍斗争的专门法律。随着形势的发展变化，各种危害国家安全的新主体、新行为、新危害日益多元，反间谍斗争面临诸多新挑战。

1. 扩大了间谍行为的定义

新修订的《反间谍法》将受保护的客体在原有“国家秘密、情报”的基础上增加“其他关系国家安全和利益的文件、数据、资料、物品”，对原有的窃密对象，从范围到载体作了进一步的细化和明确。《保守国家秘密法》中将国家秘密定义为“关系国家的安全和利益，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”，国家秘密分为绝密、机密、秘密三级。《最高人民法院关于审理为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报案件具体应用法律若干问题的解释》第一条将“情报”定义为关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项。而《反间谍法》修订后，国防军工、高新技术等重点企业的商业秘密可以被“其他关系国家安全和利益的文件、数据、资料、物品”涵盖，成为国家安全的重要一环。另外，新修订的《反间谍法》将针对国家机关、涉密单位或者关键信息基础设施等的网络攻击、侵入、干扰、控

制、破坏等活动明确为间谍行为。

2. 扩大了行政处罚的适用情形及种类

新修订的《反间谍法》第五十四条新增了对个人涉及间谍行为尚不构成犯罪的行为可以处以罚款，以及明知他人实施间谍行为，为其提供帮助的行政责任。对于单位涉及“间谍行为”的，采取双罚制，由国家安全机关对相关单位予以警告或（并）罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以警告或行政拘留，单处或者并处罚款。另外，国家安全机关根据相关单位、人员违法情节和后果，还可以建议有关主管部门依法责令停止从事相关业务、提供相关服务或者责令停产停业、吊销有关证照、撤销登记。此次修订的《反间谍法》扩大了行政处罚的适用情形及种类，加大了对相关责任人员的处罚力度，企业一旦被认为涉及“间谍行为”，生产经营将受到极大阻滞。

3. 规范国家安全机关的调查处置权力

新修订的《反间谍法》专章规定了国家安全机关的调查处置权力。该法第27条规定，国家安全机关可以直接对违反《反间谍法》的人员进行传唤，对无正当理由拒不接受传唤或者逃避传唤的人，可以强制传唤。第28条、第29条、第30条具体规定了国家安全机关进入“调查间谍行为”阶段后，可以依法对涉嫌间谍行为的人身、物品、场所进行检查；查询涉嫌间谍行为人员的相关财产信息；对涉嫌用于间谍行为的场所、设施或者财物依法查封、扣押、冻结等。因此，个人或单位的有关主管人员若涉及泄露国家秘密，将直接面临国家安全机关对其采取调查间谍行为的各项工作措施和手段。

4. 落实企业的安全主体责任

新修订的《反间谍法》新增了“安全防范”的专门章节，明确规定企业承担本单位反间谍安全防范工作的主体责任，要求反间谍安全防范重点单位应当建立反间谍安全防范工作制度，履行反间谍安全防范工作要求，加强对涉密事项、场所、载体等的日常安全防范管理，加强对要害部门部位、网络设施、信息系统的反间谍技术防

1.全国人大常委会法制工作委员会刑法室处长 黄星：《反间谍法》修订的主要背景与内容解读，《中国法律评论》，2023年第5期。

2.新京报：《咨询企业凯盛融英沦为境外情报机构帮凶 游说重点领域专家在咨询中泄密》，<https://bojiq-hao.baidu.com/s?id=17653351380566810218&wfr=spider&for=pc>，2023年9月28日访问。

3.央视网：《焦点访谈：失算的数据买卖》，<https://news.cctv.com/2022/04/13/ARTI4FoQr-wUQQp4WbKJPC1-Jn220413.shtml>，2023年9月28日访问。

4.光明网：《“高薪聘请专家”，这家境外公司将我国数据提供给间谍》，<https://m.gmw.cn/bojiq-a/2021-10/31/1302659442.html>，2023年10月7日访问。

范。此外，新修订的《反间谍法》第五十六条还规定了企业未履行反间谍安全防范义务的，国家安全机关可以约谈相关负责人，产生危害后果或不良影响的，还将面临警告、通报批评等处罚。

综上，修订前的《反间谍法》更多是针对制止、惩治达到刑事犯罪门槛的严重间谍行为，修订后的《反间谍法》则体现出有关机关防微杜渐、“打早打小”的工作思路，综合运用多种手段对危害国家安全行为予以震慑，反间谍已经从惩治严重危害的间谍犯罪转变为遏制有倾向性的违法行为。¹

（三）社会影响

《反间谍法》修订前后，国家安全机关已披露了多起危害国家安全的行为，案涉企业触犯国家安全红线的案例受到广泛关注。凯盛融英公司接受境外公司对中国敏感行业的咨询项目，并围绕境内政策研究、国防军工、金融货币、高新技术、能源资源、医药卫生等重点领域、重要行业物色挑选有影响力的专家。其中配合该公司提供敏感信息的某军工国企研究员韩某某因犯为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪被判处有期徒刑6年。²上海某信息科技公司与境外公司达成了关于铁路运输技术支撑服务的商业合作，并通过商业合作将物联网、蜂窝和GSM-R等大量的中国铁路信号数据传递给境外公司。相关人员因涉嫌为境外刺探、非法提供情报罪，被国家安全局执行逮捕。³我国某大型航运企业、代理服务公司的管理人员，与一家境外咨询调查公司通过网络、电话等方式联系，向境外提供我国的航运基础数据、特定船只载物信息等。国家安全机关对有关境内人员进行警示教育，并责令所在公司加强内部人员管理和数据安全保护措施。⁴

通过上述案例，我们理解，“泄露国家秘密、情报”已不再只局限于离我们生活较为遥远的政治、军事信息，随着《反间谍法》的修订，国家安全已经扩展到各个领域，企业在日常经营和商业合作中都可能产生涉及国家安全的非公开信息。企业或员工在涉外活动中泄密有可能构成“间谍行为”，受到行政处罚甚至涉嫌国家安全刑

事犯罪。

PART 002

我国商业秘密与国家秘密刑事保护的司法现状及立法趋势

我们理解，国家秘密和商业秘密密不可分。国家秘密与商业秘密不仅可能存在重合关系，在一定的定密、解密程序的基础上，还能够实现互相转化。

（一）商业秘密与国家秘密刑事保护的司法现状

国家秘密相较于商业秘密，更强调“关系国家安全和利益”这一特征。在前述凯盛融英案例中，某国企员工提供的产品成本、利润率、总利润等商业秘密信息就被认定为与国家安全相关。在市场经济环境下，越来越多的商业主体参与到高新技术、国防建设等领域，创造出数量庞大的商业秘密。对于重点企业来说，企业的商业秘密一方面是企业在市场上的核心技术支撑，另一方面也可能涵盖先进科技内容，涉及“卡脖子”技术，这些内容在以经济和科技实力为基础的国际竞争中具有重大影响，一旦泄露将关系到我国的重大经济利益甚至国家安全，在此情况下，企业的商业秘密将可能已具备国家秘密的法律特征和条件，或成为“其他关系国家安全和利益的文件、数据、资料、物品”，进而受《反间谍法》保护。

由于商业秘密和国家秘密泄露后造成的危害后果有所不同，其保护手段也有一定的区别。对于窃取商业秘密的行为以民事救济为主，刑事打击为辅。而对于泄露国家秘密的行为，国家主要采取刑事打击的手段，同时兼有行政处罚手段。在数字经济背景下，商业秘密和国家秘密交织，多类刑事犯罪将可能出现竞合的情况。若向境外泄露的秘密信息，同时构成商业秘密和国家秘密，其行为将同时触犯两个罪名，构成为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪和为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪，按照想象竞合择一重罪论处。⁵同时，在数字经济背景下，商业秘密、

5. 为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪：处五年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪：处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

6.周玉华：新时期总体国家安全观视阈下间谍犯罪立法比较与修改，《法学评论》，2022年第6期。

7.中国人大网：《防范经济间谍应纳入反间谍法》，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/lfgz/2014-09/28/content_1880071.htm，2023年9月28日访问。

8.夏惠民，王利军等，企业合规视角下的《反间谍法》修订解析，《中伦视界》2023年。

国家秘密表现出数字化的特点，电子侵入等网络攻击手段成为窃取商业秘密、国家秘密的常见手段，商业秘密、国家秘密的刑事保护与网络安全犯罪交织在一起。侵害商业秘密犯罪、危害国家安全犯罪与非法侵入计算机信息系统罪、非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪、帮助信息网络犯罪活动罪等涉网络安全犯罪关系密切。

（二）商业秘密和国家秘密刑事保护的立法趋势

相比于我国通过分别立法实现对国家秘密和商业秘密的保护，美国早在1996年就出台了《经济间谍法》，设立了“经济间谍罪”，通过严厉的刑罚对外国政府、机构、企业刺探美国企业商业秘密的行为加以惩处。经济间谍罪（第1831条）与盗窃商业秘密罪（第1832条）相比，前者的处罚更重，而两个罪名之间最大的区别在于“犯罪目的”不同。前者的犯罪目的是使外国政府、外国政府的机构、外国政府的代理人受益，不具有此目的的，则构成盗窃商业秘密罪。上述“外国政府的机构”概念非常宽泛，是指本质上由外国政府所有、控制、指导、管理、掌握的各类政府所属的部、局、委员会、大学、研究机构，各类协会、各类法律、商业和企业组织，各类团体、公司和实体。外国政府代理人，是指外国政府的官员、雇员、代理机构、公务员、代表团、代表。⁶《经济间谍法》体现出美国从单纯保护企业商业秘密向注重保护国家安全转变的态度，事实上美国也多次使用“经济间谍罪”对我国相关人员进行起诉，以达到维护其国家安全的目的。

我国本次新修订的《反间谍法》对间谍行为的定义有所扩大，企业商业秘密与《反间谍法》所保护的窃密对象的交叉越来越多，也传递出强调企业商业秘密的国家安全属性的信号。事实上，我国理论界和实务界也早有将一般的经济间谍行为纳入《反间谍法》规制的观点。⁷然而该建议在本次《反间谍法》修订中并未被采纳。⁸我国在2020年12月26日通过的《中华人民共和国刑法修正案（十一）》中对《中华人民共和国刑法》第二百一十九条“侵犯商业秘密

罪”进行了特别补充，增设了第二百一十九条之一“为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪”的新罪名，这表现出我国将商业秘密窃取行为上升到国家安全高度的倾向。另外，《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）第18章知识产权专章明确规定对于未经授权故意盗用、披露或者允许他人使用商业秘密的行为应给予刑事处罚，商业秘密的国家安全属性备受关注。⁹我国在2021年9月正式提出加入CPTPP，为了符合CPTPP对于商业秘密严格保护的要求，也为了解决现行法律体系中商业秘密保护存在的国家安全问题，我们理解，我国未来可能走向对商业秘密和国家秘密统一保护的方向，以充分保障我国商业秘密的安全流动。

⁹蔡蕴黎，聂建强：数字环境下商业秘密保护与国家安全问题探讨，《广西政法管理干部学院学报》，2022年第5期。

PART 003

总体国家安全观背景下对企业商业秘密合规体系建设的建议

120

（一）建立与国家秘密保护、网络安全保护结合的企业商业秘密合规保护体系

《反间谍法》修订后，对相关企业落实安全防范主体责任提出了更高的要求。企业应当树立总体国家安全观的法律意识，建立完善的企业数据信息保护体系，包括国家秘密保护、商业秘密保护、网络安全保护为一体的商业秘密合规体系。企业应对自身涉及的国家秘密、商业秘密、重要数据进行充分的识别，并进行分类分级，控制使用权限；建立健全完善的涉密管理制度，配备软硬件设施及涉密留痕管理设备，包括建立防范电子入侵的电子载体存储系统等。在对外合作中，尤其对于涉及国防军工、高新技术等敏感行业的交易，需要进行严格的背景调查，对具有涉外因素的交易相对方或合作伙伴开展充分的泄密风险评估。

（二）加强教育和培训，提高员工的保密意识

培训应当涵盖防范国家秘密和商业秘密泄露、防范数据泄露等

重点内容。通过这些培训，员工可以了解如何识别和保护商业秘密，如何规范数据处理和数据流动，以及面对数据泄露时的应对方法。特别注意在应对涉外商业秘密纠纷中，既要考虑综合运用危害国家安全、网络安全的刑事保护，又要避免承担违反网络安全、泄露国家秘密的行政风险

（三）建立高效的秘密信息泄露应急响应机制

企业应制定泄密紧急处理预案，建立泄密事件紧急应对流程。企业应培训和引导员工对泄密行为保持警觉，发现可能泄密迹象及时报告上级。设立专门的举报渠道，以便员工能够及时报告任何可疑国家秘密、商业秘密泄露行为。建立秘密泄露快速响应机制，发生泄密事件后，企业应立即采取行动，启动内部调查，迅速进行处置，防止信息扩散。同时固定泄密证据，启动对泄密途径的核查、确认和评估，查明原因、责任人，采取措施，将危害和损失控制在最小限度内等。企业可与商业秘密、国家秘密、网络安全领域的专业律师合作，制定应急预案，确保在事件发生时能够迅速合规应对。

（陈露对本文亦有贡献）



何丹
合伙人
知识产权部
武汉办公室
+86 27 5942 5198
hedan@zhonglun.com

PART

III

民事与刑事
程序交叉

**CIVIL AND CRIMINAL
PROCEDURES**



从一起商业秘密案件 看“刑民交叉案件” 的法律适用

作者：马东晓

PART 001

商业秘密刑民交叉案件现状

"刑民交叉案件"是指案件性质既涉及刑事法律关系，又涉及民事法律关系，相互间存在交叉、牵连、影响的案件¹。司法实践中，刑民交叉问题最早出现并主要集中在经济纠纷和经济犯罪相交叉的案件中，例如1985年颁布的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于及时查处在经济纠纷案件中发现的经济犯罪的通知》以及1987年颁布的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于在审理经济纠纷案件中发现经济犯罪必须及时移送的通知》，虽然这两个《通知》中均未出现"先刑后民"的表述，但"人民法院在审理经济纠纷中发现经济犯罪应当（全案）移送"的规定，最早确立了此类案件"先刑后民"的做法。

上述两个《通知》虽然于2013年废止，但1998年《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》（简称《经济纠纷涉及经济犯罪规定》）对此问题作了更加统领和细致的规定，该《经济纠纷涉及经济犯罪规定》之后也被称为"刑民交叉规定"²，此后"先刑后民"的做法一直延续至今，适用范围也藉由定义模糊的"经济犯罪"概念下而逐渐扩大，似乎成为了所有刑事民事交叉案件的适用规则，甚至也有人将其"原则化"为"先刑后民原则"，加上有的司法机关不顾实际情况机械适用，已经使得此类问题引发关注甚至争议。

近年来出现的大量民商事诉讼中，其中虽涉及刑事法律关系但并非传统意义上的经济犯罪。譬如侵犯知识产权行为，民事侵权和刑事犯罪的差别仅在于后果（数额和情节）是否严重，至于权利基础、侵害行为以及因果关系都是一致的。尤其是侵犯商业秘密案件，由于商业秘密本身缺乏清晰的权利外观，权利归属不确定，实践中比较混乱，办案机关处理不当将出现刑民判决冲突甚至矛盾的局面，也曾出现过刑事判决认定有罪，但之后的民事诉讼中认定涉案信息不构成商业秘密的情况。³因此，商业秘密案件中公安机

1.何帆著：《刑民交叉案件审理的基本思路》，中国法制出版社，2007年版，第25-26页。

2. "梅振娇与李红玲、海南鸿凌投资担保有限公司等借款合同纠纷申请再审民事裁定书"，参见最高人民法院（2015）民申字第1778号。

3.宋健：江苏法院知识产权审判"三合一"改革试点工作情况报告。

4. 中国法院网,《最高人民法院知识产权法庭裁判要旨(2019)摘要》
<https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/04/fid/4966189.shtml>

械采取“先刑后民”做法也被诟病。

本案是一起涉及刑民交叉的商业秘密案件,也是最高人民法院从2019年审结的知识产权案件中精选的典型案件之一,其中归纳出的法律适用问题对于同类案件的审理思路和裁判方法具有指导意义。⁴

PART 002

案情简介及裁判观点

时间	事件
2016年3月	原告浙江宁波某股份公司系上市公司,被告宁波某纺织机械有限公司部分员工曾系原告离职员工。双方曾签署《采购协议》和附件《保密协议》,由原告委托被告加工部分零部件,该《保密协议》中约定保密内容为:1、甲方的技术信息,是指甲方的设计、程序、产品配方、制作工艺等方面的信息,包括但不限于……等等;2、甲方的经营信息,是指甲方的管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略等方面的信息,包括但不限于……等等;3、属于他人所有的但甲方对他人承担保密义务的技术信息和经营信息。
2018年11月	原告发现被告生产的电脑针织横机的部分部件与其委托加工的部件外观和技术要求相同,认为被告违反协议中“依据原告提供的技术图纸只能为原告生产加工横机设备零部件”的约定,遂以“技术秘密许可使用合同纠纷”为由诉至法院,法院予以立案。
2019年5月	原告又以“侵犯商业秘密罪”为由向当地公安机关报案,公安机关经审查予以立案。之后,当地公安机关致函一审法院并要求调卷。

125

针对当地公安机关的函件,一审法院作出裁定称,根据《经济纠纷涉及经济犯罪规定》第十一条规定:“人民法院作为经济纠纷受理的案件,经审理认为不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的,应

当裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关或检察机关”。和第十二条规定：“人民法院已立案审理的经济纠纷案件，公安机关或检察机关认为有经济犯罪嫌疑，并说明理由附有关材料函告受理该案的人民法院的，有关人民法院应当认真审查。经过审查，认为确有经济犯罪嫌疑的，应当将案件移送公安机关或检察机关，并书面通知当事人，退还案件受理费；如认为确属经济纠纷案件的，应当依法继续审理，并将结果函告有关公安机关或检察机关”。由于公安机关审查的事实涵盖了两公司签订的《采购协议》、《保密协议》及相关图纸的内容，与法院审理的法律事实有重合之处，被告公司具有侵犯商业秘密罪嫌疑，故裁定移送公安机关处理。⁵

5. (2018)浙02民初2329号民事裁定书。

6. (2019)最高法知民终333号民事裁定书。

该裁定作出后，被告向最高人民法院知识产权法庭提起上诉， 上诉理由为：

1.本案刑民案件不是同一法律关系（同一事实），根据《经济纠纷涉及经济犯罪规定》第十条规定，“人民法院在审理经济纠纷案件中，发现与本案有牵连，但与本案不是同一法律关系的经济犯罪嫌疑线索、材料，应将犯罪嫌疑线索、材料移送有关公安机关或检察机关查处，经济纠纷案件继续审理。”

2.一审法院未经听证或开庭来确定技术秘密密点范围、技术秘密是否公知、密点的价值以及对产品的贡献率等即作出认定，程序违法。

最高人民法院审理后认为，本案原告认为被告将其“被许可的技术秘密”用于合同约定事项之外为由提起诉讼，请求判令被告承担相应违约责任，可见原告以违反合同约定为由提起的合同之诉，系技术秘密许可合同法律关系；而公安机关立案侦查的涉嫌商业秘密犯罪，系商业秘密侵权法律关系。二者所涉法律关系不同，并非基于同一法律事实所产生之法律关系，分别涉及经济及纠纷和涉嫌经济犯罪，仅仅案件所涉事实具有重合之处。原审法院应将与本案有牵连、但与本案不是同一法律关系的犯罪嫌疑线索、材料移送公安机关，但也应继续审理本案所涉技术秘密许可合同纠纷。⁶

7.黄娟,《知识产权刑民交叉案件解决之“先民后刑”思路:选择理由与实施机制》,载暨南学报(哲学社会科学版)2011年第2期。

PART 003

商业秘密刑民交叉案件的解决之道

最高人民法院公布的这一典型案例实际是刑民交叉案件的两种情况之一,即民事案件与刑事案件虽有牵连但并非基于同一法律事实。这种情况虽然很多公安机关函告人民法院移送案卷,并希望法院同时驳回起诉,但毕竟两案事实不同,结果上关联不大,而且早在1998年最高人民法院颁布的《经济纠纷涉及经济犯罪规定》第十条也有明确规定,这次的公布的典型案例只是正本清源而已。

但是,实践中另一种情况即两案基于同一事实的情况下却复杂得多,尤其在商业秘密刑民交叉案件中。

与传统的“经济纠纷涉及经济犯罪”类刑民交叉案件不同,商业秘密刑民交叉案件中,民事侵权构成要件与刑事犯罪构成要件基本相同,只是在行为的情节和后果上有所差异;而在商业秘密民事侵权案件中,法院审理的先决基础是确定权利人主张的商业秘密构成以及权利归属。从逻辑上讲,商业秘密刑事案件也应当首先确立这一点才能谈到是否构成犯罪。

无论是《反不正当竞争法》第九条还是《刑法》第二百一十九条,“非公知性”都是构成商业秘密并受到法律保护的先决条件,但“非公知性”的证明属于对消极事实的证明,只能通过由对方主张积极事实进行反驳予以间接证明,另外对商业秘密权利归属的证明,也同样需要两造对抗才能查清。因此,对于商业秘密的构成和归属的举证责任应当在被告方一边,原告方无法自证消极事实。

实践中公安机关立案后,都是在保密状态下进行侦查,对于涉案商业秘密的内容和范围,断然不能让被告人知晓,因此常会出现受害人将公有领域技术扩充为自己技术秘密的情况,在后续审理中或者造成冤狱或者被法院推翻。因此,理论界早有学者建议知识产权刑民交叉案件应当采取“先民后刑”模式⁷,最高人民法院民三庭宋晓明庭长也曾强调,“因此,不能绝对地说先刑后民,在某些情况下,还存在先民后刑的情况。例如,在审理侵害商业秘密刑事案件

时，需先通过对民商事纠纷案件的审理确定权利主体后，才能进行刑事案件的审理，确定犯罪嫌疑人是否构成犯罪”。⁸

8.宋晓明、张雪樾：载最高人民法院民二庭《民商事审判若干疑难问题——民刑交叉案件》（2016）。

综上所述，商业秘密刑民交叉案件中的乱象并非没有解决之道，除了厘清两案所涉法律事实，对并非基于同一事实的案件依法（司法解释）坚持“刑民并行”之外，对基于同一事实的案件应当坚持“先决原则”遵循审判逻辑处理，这或许有赖于人民法院未来通过新的典型案例来明确“先民后刑”的适用规则。



马东晓
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2099
madongxiao@zhonglun.com



揭开迷雾 ——商业秘密侵权 诉讼举证规则解析

作者：马远超

2017年我国制定的《民法总则》首次将商业秘密明确列为一种知识产权专有权利客体。我国《反不正当竞争法》（以下简称《反法》）继2017年11月进行了一次“脱胎换骨式”全面修订后，又于2019年4月进行了一次“定向手术式”修订，专门就商业秘密的侵权行为、举证规则、赔偿标准等内容进行修改。本文拟结合我国商业秘密保护规则的演变过程以及以往司法实践，对目前的商业秘密侵权诉讼中的举证规则，尝试探讨。

PART 001

商业秘密是否成立的举证规则

主流观点认为，商业秘密的法定构成要件包括秘密性（非公知性）、商业价值性（经济实用性）、保密性三大构成要件。《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》（以下简称2007《反法司法解释》）第十四条规定：“**当事人指称他人侵犯其商业秘密的，应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人的信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任。其中，商业秘密符合法定条件的证据，包括商业秘密的载体、具体内容、商业价值和对该项商业秘密所采取的具体保密措施等。**”2019版《反法》第三十二条第一款规定：“**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。**”从字面文义表象看，两者相比，前者要求权利人提供“商业秘密的载体、具体内容、商业价值和对该项商业秘密所采取的具体保密措施”等证据，以证明自己主张的商业秘密符合法定条件。后者要求权利人提供“对所主张的商业秘密采取保密措施”的证据。从文义背后的实质要求分析看：

1.从秘密性角度而言，两者均没有涉及。在刑事案件司法实践中，公安机关往往要求报案人提供非公知性检索鉴定报告。在民事案件司法实践中，法院并无统一做法，主流观点认为权利人在立案之初无需提交秘密性证据，因为权利人对于不存在的消极事实难以举证，如果涉嫌侵权人对此有异议的，则由涉嫌侵权人提交证据证明权利人主张的商业秘密内容不具有秘密性。如果法院要求权利人在民事案件中首先举证证明秘密性，也缺乏实际意义。无论权利人是否进行了实质性检索，形式上提供一份符合秘密性要件的检索报告并非难事。相反，涉嫌侵权人要否定秘密性要件往往需要付出大量实质性劳动。

2.从商业价值性角度而言，两者具有实质性变化。前者要求权利人对商业信息是否具有商业价值进行举证，后者则没有隐含这一举证要求。事实上，权利人提供证明商业价值的直接证据并非易事，鲜有案件通过无形资产评估报告等证据评估商业价值的具体金额。在司法实践中，是否具有商业价值以主观判断为主，即通过对商业秘密具体内容、权利人商业模式的具体分析从而推定或者认定具有现实的或者潜在的商业价值。2019版《反法》没有明确要求权利人就商业价值进行举证，正是顺应了司法实践的通行做法，适度降低了权利人的举证责任。

3.从保密性角度而言，两者没有变化。值得强调的是，权利人采取的保密措施，必须符合以下两个要件：1) 有针对性，即保密措施是针对本案所主张的商业秘密内容采取的。如果保密措施是针对商业秘密内容A，本案中所主张的商业秘密内容是B，则视为没有采取保密措施，从而不符合保密性法定要求。2) 相适应性。如果权利人主张的商业秘密内容具有极高的商业价值，但是权利人仅在劳动合同中与员工约定需要承担保密义务，则此类保密约定不足以证明权利人采取了保密措施。

4.从商业秘密载体内容角度而言，两者没有实质性变化。后者从文字表达上弱化了权利人的举证责任，没有强调权利人需要举证商业秘密载体、具体内容，但并不意味着权利人无需举证。因为只有举证证明商业秘密载体，才能证明商业秘密客观存在；只有举证证明商业秘密具体内容，才能判断权利人是否采取了保密措施。如果权利人没有举证证明商业秘密载体以及具体内容，涉嫌侵权人也无从抗辩反驳。

根据2019版《反法》第三十二条第一款的规定，权利人一旦完成商业秘密符合法定条件的“初步证据”的举证责任，涉嫌侵权人则需要承担“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”的举证责任，即举证责任在双方之间发生转移。对涉嫌侵权人而言，只要权利人明确了商业秘密具体内容，即可通过检索证明其是否符合秘密性要件；只要权利人提供了保密措施的相关证据，涉嫌

侵权人主要从保密性证据的三性进行陈述性反驳，是否能提供反驳证据需要视情况而定；对于商业价值性而言，涉嫌侵权人通过举证证明不具有商业价值的难度较大，这也是司法实践中对权利人最为宽容之处。

PART 002

商业秘密侵权行为是否存在的举证规则

（一）权利人的举证责任并未实质性减轻

1、关于权利人举证内容的分析

就权利人关于商业秘密侵权行为是否存在的举证责任，2019版《反法》修订内容与以往举证规则相比，两者并无实质性变化，仅是在文字表述上看似减轻了权利人的举证责任。

具体而言，权利人的举证责任包括以下内容：1) 证明侵权行为实施主体；2) 证明涉嫌侵权人实施的具体不正当行为；3) 证明双方信息具有同一性或者实质相同。上述三项举证内容缺一不可，缺少任何一项，都无法符合“合理表明”标准。首先，如果权利人无法证明侵权行为实施主体，则无法证明后续侵权行为与涉嫌侵权人之间存在关联性，这是权利人的基本举证要求。需要注意的是，行为实施主体与行为责任主体之间并不当然相同。行为实施者未必是行为责任主体，行为责任主体未必是行为实施者。其次，如果权利人没有证明涉嫌侵权人实施的具体不正当行为，则无法证明涉嫌侵权人行为具有违法性或者不正当性；如果涉嫌侵权人是通过反向工程、自行研发、授权许可等合法手段获得商业秘密信息，就不具有违法性或者不正当性，权利人也无权追责。所谓权利“被侵犯”，必然是“被非法侵犯”。再次，如果权利人没有证明双方信息具有同一性或者实质性相似性，既可能是权利人并不掌握涉嫌侵权人的具体侵权行为，也可能是涉嫌侵权人具体行为指向的商业信息的确与权利人主张的商业信息不相同或者不构成实质性相似；在这种情形下，权利人并无“合理表明”自己权益受到侵害。

换言之，如果允许权利人免于举证上述任一项或者多项举证内容，都会导致权利人捕风捉影式地任意提起诉讼，从而无端加重涉嫌侵权人一方的举证责任与应诉成本，也容易导致权利人利用商业秘密诉讼“刺探”竞争对手的商业秘密信息。如此一来，有可能使得商业秘密案件从权利人维权难，走向权利人滥用诉讼的另一个极端。

2、关于所谓“初步证据”的分析

对于2019版《反法》第三十二条第二款“**商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯**”中“初步证据”内涵的理解，可能有两种角度：

- 证明标准角度，即证据证明案件事实所要达到的程度。从证据内在的、自身的真实性、合法性、关联性、证明内容因素进行相对较为初步地、宽松地、非实质性地判断与审查。例如，在权利人向法院起诉立案时所提交的证据，法院均假设这些证据都具有真实性，而非虚假的、编造的，只要这些证据表面上达到立案所要求的证明标准，初步表明被告存在违约或者侵权行为，法院即可受理起诉；

- 证据博弈角度，即双方证据博弈前后的对比状态。这一角度强调的是权利人提交的证据尚未遭受另一方的质疑，尚未与另一方的证据进行博弈，是否能成为法院裁判所采信的证据，仍有待实质性审查，并综合考虑双方证据的证明力大小等因素后决定。

笔者认为，此处“初步证据”应当从证据博弈角度理解，切莫从证明标准角度理解。因为：一方面，这些初步证据必须达到“合理表明商业秘密被侵犯”的标准，“合理表明”标准即否定了对这些证据无需进行实质性审查、只需表面上达到证明商业秘密被侵犯的可能性；更何况，如果在未实质性审查权利人证据的情况下，即将举证责任转移到涉嫌侵权人一方，也明显有违公平公正原则。如果一份网页打印件可以满足原告立案所需的“初步证据”，那么在案件审理时，只有当在线核实网页内容后，被告才承担提供反驳证据的举证责任，否则不应仅凭原告的“初步证据”推定原告主张事实成立。因而，从举证先后顺序、侵权行为表象与实质角度而言，将权利人首

先提交的证据理解为“初步证据”，较为贴切。

（二）举证责任转移例外情形的逻辑悖论

2019版《反法》第三十二条第二款规定的“商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯”为一般情形，“（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；（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；（三）有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。”为三种例外情形。

悖论一：当商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯时，涉嫌侵权人已经负有证明不存在侵犯商业秘密的行为的举证责任。如果要求权利人除了提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，还需要提供证据证明存在例外情形，才将举证责任转移到涉嫌侵权人；那么，这不是在减轻权利人的举证责任，而是在加重权利人的举证责任，显然与此次修法目的背道而驰！

悖论二：当商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯时，即权利人已经证明涉嫌侵权人实施了2019版《反法》第九条列举的一种或者多种侵犯商业秘密行为，而2019版《反法》第三十二条第二款中的三种所谓例外情形并未超出第九条列举的侵权情形（即发侵权除外，下文详述）。例如，如果权利人已经提供初步证据合理表明涉嫌侵权人实施了“以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密”行为或者其他获取行为的，何必再额外要求权利人举证证明“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”呢？给人画蛇添足、多此一举之感。

（三）举证责任分配并未发生实质性变化

1、“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”（以下简称例外情形一），没有实质性改变举证责任分配规则。例外情形一指向的是“有可能获

取"并使用商业秘密的行为。涉嫌侵权人获取商业秘密的渠道或者机会包括：1) 通过2019版《反法》第九条第一款第（一）项规定的不正当手段直接获取；2) 与权利人存在劳动关系或者合作关系的主体，在提供劳动服务或者合作过程中直接获取；3) 通过前述直接获取商业秘密主体间接获取。上述三种情形均已被2019版《反法》第九条所涵盖。涉嫌侵权人的侵权行为包括使用与商业秘密实质相同的内容，尽管在原《反法》中没有提及，但已是司法实践之共识。

因而，在适用例外情形一时，权利人仍需首先提供初步证据合理表明涉嫌侵权人实施了2019版《反法》第九条第一款、第二款、第三款列举的侵权行为，本质上已经举证证明存在例外情形一的内容，所以，并未实质性改变举证责任转移到涉嫌侵权人的规则，也没有减轻权利人的举证责任。如果权利人仅举证证明存在例外情形一，没有"合理表明商业秘密被侵犯"，按照文义理解，举证责任并不转移到涉嫌侵权人一方。

2、**"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"**（以下简称**例外情形二**），没有实质性改变举证责任分配规则。例外情形二指向的是"已经获取"并且披露、使用或者即发披露、使用商业秘密的行为。如前所述，2019版《反法》第九条已经涵盖了所有"已经获取"商业秘密的情形，例外情形二与2019版《反法》第九条所列举的情形，是被包含与包含的子集关系。无论权利人合理证明涉嫌侵权人存在2019版《反法》第九条规制的哪一种侵犯商业秘密行为，举证责任都将转移至涉嫌侵权人。即使权利人证明涉嫌侵权人只是存在不正当获取商业秘密的行为，也足以将举证责任转移到涉嫌侵权人，涉嫌侵权人是否存在披露、使用或者即发披露、使用行为在所不问。如果脱离2019版《反法》第九条规制的侵犯商业秘密行为，权利人仅仅证明"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"，并不足以将举证责任转移到涉嫌侵权人、要求其自证清白。

3、例外情形二中列举即发性侵权行为，并不意味着将其直接推定为直接侵权行为，而是对打击2019版《反法》第九条第一款第（一）项直接侵权行为的强化。

TRIPs协议第50条第3款规定：“司法当局应有权要求临时措施之请求的申请人提供任何可以合法获得的证据，以使该当局自己即足以确认该申请人系权利持有人，确认其权利正在被侵犯或侵权活动发生在即，该当局还应有权责令申请人提供足以保护被告和防止申请人滥用权利的诉讼保证金，或提供与之相当的担保。”我国《专利法》（2008）第六十六条规定：“专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯专利权的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为的措施。”即发性侵权行为不是一种侵权行为，而是一种即将可能发生侵权行为的状态；规制即发性侵权之民事程序，是申请行为保全程序，而非侵权之诉；一旦构成即发性侵权，法院可“责令停止有关行为”，而非判令承担赔偿责任等民事侵权责任。

如果权利人仅仅有证据表明商业秘密有被披露、使用的风险，并不足以将举证责任转移到涉嫌侵权人、要求其自证清白。因为，权利人还需合理表明商业秘密已被侵犯。如前所述，这是逻辑悖论，既然商业秘密已被侵犯，要么已被非法获取，要么已被披露、使用，权利人无需再证明存在被披露、使用风险，举证责任就已经转移至涉嫌侵权人。



马远超
合伙人
知识产权部
上海办公室
+86 21 6061 3188
myc@zhonglun.com

05

商业秘密 侵权与救济

138

TRADE SECRETS
INFRINGEMENT AND
REMEDIES

PART

I

员工 侵权

EMPLOYEE INFRINGEMENTS



员工越权处置企业 商业秘密行为的 防范和救济

本文拟讨论的情形为，有权限接触、以特定方式持有和使用企业商业秘密的在职员工，以违背企业意志、违反企业管理规范、超越自身职权的方式处置企业商业秘密，但尚未将信息传播或披露至其个人持有和控制范围以外，也没有其他使用行为这一特殊情况。前述情况中尚未发生披露或者使用等易于定性的侵权事实，虽该等行为有较大可能性是披露或者使用行为的“预备”，但对该等行为进行单独的防范和救济，能够尽早切断商业秘密对外泄露的路径，预先寻求和获取对企业有利的法律认定以及禁令，防止企业内部风险进一步演化造成不可挽回的损失。

PART 001

员工行为管理是商业秘密管理的重要内容

商业秘密作为企业的重要无形资产和知识产权，较之其他类型的知识产权具有更强的“无形”属性，无法通过申请和授权确定和公示其权属，也无法在未经司法审查审理的情况下有效确认其权利范围。对于因行使职务所必须掌握商业秘密的员工，企业虽可通过签订《保密协议》要求其承担保密义务，但一方面企业难以事先划定商业秘密的详细内容和范围边界，另一方面也往往难以对员工接触、使用、处置商业秘密的行为实现准确约束。加之实践中部分劳动合同关系的履行和结束伴随着劳资双方的其他法律纠纷，企业与员工或者前员工的既有纠纷会导致信任关系的进一步丧失，因此企业对员工及前员工泄露以及侵害商业秘密的行为存在普遍担忧。

142

上述担忧不无道理，司法实践中的统计数据表明，以员工、前员工作为侵犯商业秘密不正当竞争案件被告或者共同被告的案件数量占到全部侵犯商业秘密案件数量的绝大多数¹。但大多数此类商业秘密侵权纠纷案件都涉及到使用商业秘密的竞争企业，即涉及到因员工跳槽在新单位使用原单位商业秘密这一普遍和典型的事实背景。企业的更多疑问在于，如何通过对员工行为加以合理约束和处置，即如何在商业秘密尚未被披露和使用的情况下进行权益维护和管理，通过有效的自力救济或者公力救济将后续泄密风险防患于未然。

PART 002

员工及前员工可以单独成为商业秘密侵权人

《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》”）在2019年修订时已经在定义和规范商业秘密侵权行为的条款中增加了一款，明确“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。”该条款是为落

1.北京市高级人民法院知识产权庭课题组对全国各地法院2013-2017年涉及侵犯商业秘密案例进行数据统计，在其调研范围内的338件案件中，员工侵权的案件共281件，占全部案件的83%。参见北京市高级人民法院知识产权庭课题《〈反不正当竞争法〉修改后商业秘密司法审判调研报告》，载《电子知识产权》2019年第11期，第72页。

2. 《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条：经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，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。本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和非法人组织。

3. 参见上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民五（知）初字第119号民事判决书，该案件系我国首例依据新民事诉讼法在商业秘密侵权诉讼中适用行为保全措施的案件，为最高人民法院2014年发布的十大创新性知识产权案例之一。

4. 2017年《反不正当竞争法》修订期间，中国人大网全文公布修订草案征求社会公众意见，该修订草案中包含对员工和前员工侵害商业秘密的直接规定，但经后续审议和研究，全国人民代表大会法律委员会建议删除该规定。参见《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案）〉修改情况的汇报》，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/np-c/xinwen/2017-11/04/-content_2031357.htm，最后访问时间2024年1月3日。

5. 参见孔祥俊：《论新修订〈反不正当竞争法〉的时代精神》，载《东方法学》2018年第1期，第77-78页。

6. 王瑞贺主编：《中华人民共和国反不正当竞争法释义》，法律出版社2018版，第31页。

实《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》约定进行的法律修订，该协议的第1.3条要求“双方应确保所有自然人和法人均可承担侵犯商业秘密的法律责任”。适用前述《反不正当竞争法》条款对员工及前员工的行为进行法律评价并无障碍。但该条款却不能够直接适用于评价其生效前的被控侵权行为。

在2019年《反不正当竞争法》修订和生效之前，员工和前员工因难以被直接认定为《反不正当竞争法》第二条所定义的“经营者”²，使得其能否单独成为商业秘密侵权纠纷中的“合格被告”存在一定的争议。例如，在较为早期的典型案例L公司等诉黄某侵害技术秘密纠纷案件³中，被告员工黄某提出抗辩认为自己“系普通劳动者，自己没有经营，也没有参加他人的经营业务，与两原告之间无竞争关系，不属于《反不正当竞争法》所规定的经营者”，法院也将此作为案件争议焦点进行审理，并最终确认依据《反不正当竞争法》的立法目的和体系解释，“经营者”实质上是指参与或者影响市场竞争活动的主体，案件被告作为原告的雇员，获取原告技术秘密，能够影响到原告的市场竞争策略，属于该法调整的对象。同时，虽2017年《反不正当竞争法》修订过程中仍涉及到对该问题的不同意见并最终未将针对员工及前员工的规定加入法律条款⁴，但无论是从在先司法实践还是从相关学界观点⁵来看，即使适用1993年版本的《反不正当竞争法》，对员工和前员工的行为进行单独追究，应无实质障碍。

PART 003

员工越权处置企业商业秘密行为的法律评价

员工及前员工单独作为侵权行为的实施主体，但其行为已经跨过“使用”的边界时，对其行为进行侵权评价顺理成章，参与立法者亦对此给予肯定。“如果员工、前员工违法获取商业秘密，或者违反保守商业秘密的约定，自己将商业秘密用于生产经营活动，员工、前员工自己就成为‘经营者’，构成对商业秘密权利人的不正当竞争”⁶。即对员工和前员工实行具有经营属性的行为进行法律评价时，可

以根据其行为的经营属性认定其属于“经营者”。

但本文进一步将拟讨论问题聚焦到，有权限接触、以特定方式持有和使用企业商业秘密的在职员工，以超出企业意志、违背企业管理规范、超出自身职务或者职权的方式处置企业商业秘密，但尚未将信息传播或披露至其个人持有和控制范围以外，也没有其他使用行为这一特殊情况。例如，员工将商业秘密信息由保密区携带至非保密区、员工盗摄商业秘密文件至其个人设备、员工将商业秘密转发至个人邮箱以及个人外接设备等情形。部分企业在咨询和处理前述情形时，认为该等行为仅违反企业规范但并不构成违法和侵权。但按照司法实践中已有判决情况，员工越权处置企业商业秘密的行为亦构成侵权，企业可以追求其侵权责任，亦可以通过在民事诉讼中申请行为保全等方式尽可能杜绝后续披露、使用、允许他人使用的继发行为。

144

除前文已经提到的早期典型案例L公司等诉黄某侵害技术秘密纠纷案件外，最高人民法院知识产权法庭亦在近期作出类似案件判决，为便于比对和说明，本文讨论的相关案件信息汇总如下：



序号	案件名称	案件事实与法律认定	判决结果
1	L公司等诉黄某侵害技术秘密纠纷案件 ⁷	黄某将商业秘密文件转存于其个人所有的移动硬盘和手提电脑。L公司主张该等行为构成盗窃商业秘密的侵权行为。法院审理认为，由于黄某有权获取系争文件信息，该行为不符合盗窃特征，认定为“以其他不正当手段获取权利人商业秘密”的侵权行为。	判令黄某删除其所获取的信息文件，并不得披露、使用或者允许他人使用；支付L公司维权合理支出12万元。
2	I公司等诉孙某侵害技术秘密纠纷案件 ⁸	孙某未经公司许可擅自将含有涉案技术秘密的图纸转移至非公司所有和控制的外接存储设备。法院认定为“以其他不正当手段获取权利人商业秘密”的侵权行为。	判令孙某不得披露、使用或允许他人使用涉案商业秘密并向I公司提交存储有涉案商业秘密的载体；支付I公司合理维权费用30万元。
3	B公司与崔某侵害技术秘密纠纷案件 ⁹	崔某在B公司不知情的情况下将含有涉案技术信息的文件通过电子邮件发送至私人邮箱。法院认定构成盗窃商业秘密的侵权行为。	判令崔某禁止崔恒吉披露、使用或者允许他人使用B公司的技术秘密；赔偿B公司经济损失25万元及制止侵权行为所支付的合理开支1.5万元。

145

7.同前注3。

8. 参见最高人民法院(2020)最高法知民终1276号民事判决书。

9. 参见最高人民法院(2021)最高法知民终1687号民事判决书。

除上述公开的司法判决外，笔者亦代理企业处理过涉及类似事实的商业秘密行政查处程序，该案件中被举报当事人通过自行以及指使他人以盗摄生产操作卡片、产品图纸的方式复制企业商业秘密文件并使用他人电脑、通过他人邮箱将商业秘密文件转发至其个人邮箱，受理案件的苏州市某区市场监督管理局经过调查、组织听证、召开集体讨论会审议案件，作出《行政处罚决定书》，确认被举报当事人窃取商业秘密的行为构成侵权，责令其停止违法行为并

对其处以罚款。另外，近期亦有法院公开的案例信息显示，对于包含“盗窃”行为的“获取型”侵犯商业秘密案件可以判处刑事责任¹⁰，虽本文讨论的情形在司法中更多被定性为“以其他不正当手段获取权利人商业秘密”的行为，但从《中华人民共和国刑法》相应条款内容上来看，“盗窃商业秘密”与“以其他不正当手段获取权利人商业秘密”的法律评价是相同的，对后者追究刑事责任亦已具备充分法律依据。

10. 参见武汉江岸区人民法院微信公众号：《媒体关注！“窃而未用”公司电子邮箱内的商业秘密构成犯罪吗？法院判了！》，<https://mp.weixin.qq.com/s/h3mz5Y0osGE9yHRylkmTog>。

11. 参见广西高院微信公众号：《工程师跳槽，拷贝老东家292份文件》，<https://mp.weixin.qq.com/s/piuu98eqeg4NrBmx-ek-Olg>。

PART 004

企业防范和救济措施相关建议

企业对员工启动民事诉讼或者行政举报程序需要支付包括律师费、诉讼费等成本，亦可能涉及为证明商业秘密成立需要委托检索、鉴定等支出的费用，而员工的该等处置行为虽构成侵权，但并未发生披露、使用（或者企业尚未掌握其披露、使用行为的线索及证据）行为时较难对员工主张损害赔偿。部分企业因此对公力救济维权措施望而却步，转而通过解除劳动关系、内部通报等形式处理和了结事项。但事实上，从前述案例判决文书来看，法院普遍能够作出要求员工停止侵权行为、禁止后续披露和使用行为和支付企业维权合理支出的判决结果。企业发起法律程序的合理费用一般可以在民事诉讼案件中收回。前述L公司等诉黄某侵害技术秘密纠纷案件中，因法院在判决之前先行作出“禁止黄某披露、使用或允许他人使用L公司主张作为商业秘密保护的21个文件”且送达后立即执行的行为保全裁定，使得L公司能够尽早并在最大限度内确保自己的商业秘密文件得到生效裁判文书的保护。在近期司法案例中，亦有人民法院在经过审理初步确认案件被告已经删除、销毁文件载体的情况下，仍判令其承担停止侵权的法律责任，判令案件被告“不得披露、使用、允许他人使用涉案商业秘密”¹¹，给予商业秘密权利人更为周严的法律保护。

本文结合前述案例及笔者的经验，对企业防范和救济员工越权处置商业秘密事项给出以下建议：

（一）防范建议：

1.企业除与员工签订《保密协议》外，应通过《员工手册》《保密守则》或者其他类似文件明确员工涉及商业秘密行为的明确规范，除起到告知和约束作用外，在后续法律纠纷中可以作为主张员工行为“越权”“违规”的直接依据；

2.企业应充分利用IT及其他管理资源，通过自动化办公系统和内部网络环境，建立对重要保密文件、信息的管理和监控措施，例如设定仅在公司内部网络环境下访问特定文件、对员工的异常访问和下载行为进行内部报警等，尽可能及时发现员工的越权处置行为并确保能够留存相应证据。

3.企业应采取能够与保密规章制度配合的物理措施，对员工可能有意或无意实行的具有泄密风险的行为加以提示和限制，例如在特定场所张贴提示语、采取特定措施限制移动设备的拍摄功能、设定企业内部局域网、限制在工作设备上使用外接存储设备等，将纸面的保密制度落实为切实、有效的保密措施。

147

（二）救济建议：

1.如企业倾向于选择自力救济方式解决争议，亦需要咨询律师对商业秘密的范围界定、侵权行为的定性和固定、劳动关系解除方式、保密资料返还和销毁、豁免条件和协议条款、竞业限制协议等进行充分考虑；

2.如企业已经掌握较为充分的证据，可以通过发起民事诉讼的形式维护自身权益，商业秘密侵权民事诉讼案件的判决书可以为企业进行商业秘密“确权”，诉讼程序中企业亦可以申请行为保全，通过获取生效民事裁定书实现“预先保护”，避免商业秘密的进一步流转；

3.如企业自身取证能力有限，尚未掌握充分民事诉讼证据，可以在保存和提交现有证据的基础上，借助行政举报的形式，通过行政机关调查完成进一步取证，实现保护自身权利目的、惩治侵权人

的目的；

4.在上述民事诉讼、行政查处程序中，因法院或者行政机关调查取证能够获得关于员工向竞争企业披露商业秘密或者以其他形式使用商业秘密等相关信息和线索的，可以根据相应情况进一步采取法律措施。如商业秘密的经济价值达到刑事法律设定的追责标准，或者具有可供参照的、符合刑事法律相应标准的合理使用许可费，亦可以通过向公安机关进行报案的方式寻求刑事法律救济。



马东晓
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2099
madongxiao@zhonglun.com



商业秘密保护之路， 员工、原单位、新单位 应何去何从？

作者：顾萍 伍波

本文将以离职员工在原单位与新单位的工作流转为脉络，厘清不同阶段商业秘密的归属、可能涉及的侵权法律问题，并提供应对策略。

商业秘密的产生及侵犯



根据裁判文书网等公开数据库来看，大多数商业秘密侵权案都是因员工离职导致，结合上图来看，案件争议焦点也主要集中在不同阶段：（1）第一阶段，员工在原单位之时，主要涉及商业秘密的产生和权利归属，以及侵犯商业秘密的行为；以及（2）第二阶段，员工入职新单位后，主要涉及侵犯商业秘密的行为。

151

1. 第一阶段【原单位-员工】

（1）商业秘密权利的产生和归属

根据我国现行《民法典》第八百四十七条¹、《专利法》第六条²、《科学技术进步法》第三十二条³、《促进科技成果转化法》第十九条⁴、《著作权法》第十八条第一款⁵、《集成电路布图设计保

1.第八百四十七条 职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者非法人组织的，法人或者非法人组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。法人或者非法人组织订立技术合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。职务技术成果是执行法人或者非法人组织的工作任务，或者主要是利用法人或者非法人组织的物质技术条件所完成的技术成果。

2.第六条 执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位，申请被批准后，该单位为专利权人。该单位可以依法处置其职务发明创造申请专利的权利和专利权，促进相关发明创造的实施和运用。
非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人；申请被批准后，该发明人或者设计人为专利权人。
利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。

3.第二十三条 利用财政性资金设立的科学技术计划项目所形成的科技成果，在不损害国家安全、国家利益和重大社会公共利益的前提下，授权项目承担者依法取得相关知识产权，项目承担者可以依法自行投资实施转化、向他人转让、联合他人共同实施转化、许可他人使用或者作价投资等。

项目承担者应当依法实施前款规定的知识产权，同时采取保护措施，并就实施和保护情况向项目管理机构提交年度报告；在合理期限内没有实施的且无正当理由的，国家可以无偿实施，也可以许可他人有偿实施或者无偿实施。

项目承担者依法取得的本条第一款规定的知识产权，为了国家安全、国家利益和重大社会公共利益的需要，国家可以无偿实施，也可以许可他人有偿实施或者无偿实施。

项目承担者因实施本条第一款规定的知识产权所产生的利益分配，依照有关法律法规规定执行；法律法规没有规定的，按照约定执行。

4.第十九条 国家设立的研究开发机构、高等院校所取得的职务科技成果，完成人和参加人在不变更职务科技成果权属的前提下，可以根据与本单位的协议进行该项科技成果的转化，并享有协议规定的权益。该单位对上述科技成果转化活动应当予以支持。
科技成果完成人或者课题负责人，不得阻碍职务科技成果的转化，不得将职务科技成果及其技术资料和 data 占为己有，侵犯单位的合法权益。

5.第十八条 自然人为完成法人或者非法人组织工作任务所创作的作品是职务作品，除本条第二款的规定以外，著作权由作者享有，但法人或者非法人组织有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。

护条例》第九条第二款⁶、《计算机软件保护条例》第十三条⁷、《植物新品种保护条例》第七条第一款⁸等法律规定，**员工在职期间为完成本职工作或主要利用本单位的物质技术条件完成的成果的权属原则上归单位享有。**

因此，**员工固有的“我做的研发，我得出的科研成果，在我脑子里的东西，我当然可以随使用”的观点是错误的，**如果与单位没有另外约定，这些技术成果很可能属于原单位。

需要说明的是，在当前鼓励技术创新、万众创业、技术成果转化的大背景下，前述法律从立法条文的修订变迁过程中，逐渐放宽了职务成果的权利归属、权利处置或使用限制。比如，科技部于2020年10月12日印发的《赋予科研人员职务科技成果所有权或长期使用权试点单位名单》的通知，赋予共计40个大学或科研院所科研人员职务科技成果所有权或长期使用权。

但仍能确定的是，若单位通过包括劳动协议、保密协议等在内的规章制度将员工完成本职工作或主要利用单位提供的物质技术条件完成的技术成果作为技术秘密进行保护⁹，该技术成果又符合商业秘密的构成要件¹⁰，可以为单位带来经济价值或竞争力，比如某种化工产品的生产工艺、软件源代码、设备或零件装配技术等，那么员工虽然参与了研发、掌握了该种工艺或成果，在其任职期间或离职后基于保密义务也不能随意复制、使用在原单位工作期间完成或接触的技术成果。否则，有可能存在商业秘密侵权风险。

(2) 可能的侵犯商业秘密的行为

很多情况下，因商业秘密侵权行为的隐秘性，员工在原单位就职期间就可能已经实施了侵犯商业秘密的行为，但原单位往往只能在员工跳槽去新单位之后，才可能发现自己的商业秘密被侵犯。因此，为了使原单位预防或及时制止员工可能的侵权行为，识别员工在职期间的哪些行为构成商业秘密侵权，具有重要意义。

● **若员工违反规定私自复制记载商业秘密的材料，**如图纸、代码等，有可能落入《反不正当竞争法》第九条第一款第一项“以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人

6.由法人或者其他组织主持，依据法人或者其他组织的意志而创作，并由法人或者其他组织承担责任的布图设计，该法人或者其他组织是创作者。

7.第十三条 自然人在法人或者其他组织中任职期间所开发的软件有下列情形之一的，该软件著作权由该法人或者其他组织享有，该法人或者其他组织可以对开发软件的自然人进行奖励：

(一) 针对本职工作中明确指定的开发目标所开发的软件；

(二) 开发的软件是从事本职工作活动所预见的结果或者自然的结果；

(三) 主要使用了法人或者其他组织的资金、专用设备、未公开的专门信息等物质技术条件所开发并由法人或者其他组织承担责任的软件。

8.第七条 执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质条件所完成的职务育种，植物新品种的申请权属于该单位；非职务育种，植物新品种的申请权属于完成育种的个人。申请被批准后，品种权属于申请人。

9.《促进科技成果转化法》第四十二条第一款和第二款规定，“企业、事业单位应当建立健全技术秘密保护制度，保护本单位的技术秘密。职工应当遵守本单位的技术秘密保护制度。企业、事业单位可以与参加科技成果转化的有关人员签订在职期间或者离职、离休、退休后一定期限内保守本单位技术秘密的协议；有关人员不得违反协议约定，泄露本单位的技术秘密和从事与原单位相同的科技成果转化活动。”

10.《反不正当竞争法》第九条，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、经营信息等商业信息。

的商业秘密”之规定，而侵犯原单位商业秘密。

● **若员工不仅私自复制上述商业秘密材料，还将商业秘密披露给他人、允许他人使用或自己私自使用这些商业秘密**，则还有可能落入《反不正当竞争法》第九条第一款第二项“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”、第三项“违反保密义务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”之规定，而侵犯原单位商业秘密。

● **若第三人与员工勾结，在第三人授意或利益引诱下，员工私自复制上述商业秘密材料**，则该第三人有可能落入《反不正当竞争法》第九条第一款第四项“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”；**该第三人从前述员工处获取商业秘密后披露或使用等行为**，有可能落入第九条第三款“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。”之规定，而侵犯原单位商业秘密。

如在“香兰素”案件¹¹中，前员工傅某于在职期间将其掌握的与“香兰素工艺”相关的技术秘密拷贝在U盘中，卖给第三人；随后，从原单位离职、与第三人合作、进行香兰素的生产、销售，侵犯原单位的商业秘密，法院认定傅某实施了以不正当手段获取、披露、允许他人使用涉案技术秘密的不正当竞争行为以及使用涉案技术秘密的侵权行为，不仅要承担1.59亿的民事赔偿还需承担相应的刑事责任。

153

2、第二阶段【员工-新单位】

大多数涉及离职员工的商业秘密侵权案件中，涉案商业秘密均为离职员工在原单位任职期间产生或固定，因此离职员工到新单位后，并不涉及商业秘密权属的认定，本部分主要分析离职员工与新单位有可能涉及的侵权行为。对于员工来说，如果为了在新单位获得更好的待遇，而披露或使用从原单位获取的图纸、代码等技术秘

密，可能存在商业秘密侵权风险。同样，新单位在引入新员工时，如果直接使用了新员工提供的图纸、代码等，甚至以获取竞争对手的技术秘密为目的而引入该员工，则有可能构成商业秘密侵权。

- **对离职员工而言，若员工将获取的原单位商业秘密在新单位使用、或披露给新单位、或允许新单位使用**，则有可能落入《反不正当竞争法》第九条第一款第二项“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”、第三项“违反保密义务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”之规定，而侵犯原单位商业秘密。

- **对新单位而言**，分以下几种情形：

- ◆ **若员工获取商业秘密基于与新单位达成的计划而离职，或者说员工离职是由于新单位的接洽并给出了一定的丰厚条件，或者说新单位出于某种目的想使用某一特定竞争对手的商业秘密并接洽、招聘该竞争对手的特定在职员工，则新单位有可能侵犯原单位商业秘密**，落入《反不正当竞争法》第九条第一款第四项“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”的范围。

- ◆ **若新单位虽未实施教唆等参与到员工获取原单位商业秘密的行为，但明知或应知离职员工掌握了原单位的商业秘密，仍对离职员工掌握的原单位的商业秘密进行披露或使用或允许他人使用，则新单位有可能侵犯原单位商业秘密**，落入《反不正当竞争法》第九条第三款“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”的范围。

关于新单位未实施教唆、引诱、帮助离职员工获取原单位商业秘密的情况下，如何判定新单位是否“明知或应知”离职员工实施了前述行为，需要结合多种因素进行判断。比如，新单位明知离职员工为同行业竞争者的前员工，仍然使用该员工所披露的、新单位并不掌握的技术；又比如，某一领域的市场竞争者相对确定，新单位雇佣了具有同行业经验的离职员工且该员工在新单位工作期间使用

12.第二十七条 经营者违反本法规定，应当承担民事责任、行政责任和刑事责任，其财产不足以支付的，优先用于承担民事责任。

了新单位并不掌握的技术，则新单位即便没有参与到离职员工获取原单位商业秘密的行为中，但应当知悉前述技术有可能是离职员工从原单位掌握的技术，其使用该技术的行为有可能涉嫌侵犯了原单位的商业秘密。

因此，不管是离职员工还是单位，都要有商业秘密保护意识，确定商业秘密的权利归属和使用范围，理清商业秘密的范围和界限。一方面，员工和新单位不应当存在侥幸心理，企图通过使用他人的技术秘密来节省研发成本和时间，这样极有可能侵犯原单位商业秘密、承担更严重的侵权责任；另一方面，原单位也需要识别可能发生商业秘密侵权的情况，采取必要预防措施，来避免商业秘密受到非法侵害而影响其市场经营活动。

PART 002

侵犯商业秘密的法律责任

155

依据2019年修订的《反不正当竞争法》第27条的规定¹²，按照具体侵犯商业秘密的行为性质、程度等因素，侵犯商业秘密的法律责任可以分为民事责任、行政责任和刑事责任。

1、民事责任

从责任主体的角度进行划分，商业秘密侵权民事责任包括离职员工和聘用该员工的新单位的民事责任。

(1) 离职员工的民事责任

离职员工侵犯原单位商业秘密的，原单位可以依据《反不正当竞争法》第17条的规定，主张离职员工侵犯其商业秘密，并要求离职员工**立即停止非法使用其商业秘密，并赔偿原单位因其侵权行为造成的经济损失**。如果离职员工与原单位曾签署过保密协议，离职后侵犯原单位的商业秘密则构成法律责任竞合的情况，原单位可以按照自身的意愿及追责难易程度，选择追究**离职员工的违约责任，要求离职员工支付违约金等**。

(2) 离职员工入职的新单位的民事责任

新单位如果明知或应该知道员工曾以不正当手段获取原单位商业秘密，并允许员工在工作中使用，或新单位指示其他员工使用其带来的原单位的商业秘密，将被认定为共同侵犯原单位商业秘密的行为。对于新单位而言，法院一旦认定侵权成立，很可能会**颁发禁令禁止新单位继续使用原单位的商业秘密、新单位还需要赔偿原单位的经济损失，以及原单位因制止其侵权行为付出的合理开支，包括不限于律师费等。**

如果离职员工与新单位恶意侵权，并且侵权行为情节严重，法院还可能适用**惩罚性赔偿，按照权利人实际损失或侵权人侵权获利的1-5倍确定赔偿数额**，加重其民事赔偿责任。值得注意的是，近年来我国法院对商业秘密的保护力度越来越大，针对侵犯商业秘密的民事行为的判赔额也出现大幅提升。例如在“香兰素”案件中，王某作为宁波王龙公司的法定代表人，用现金、股权等方式引诱原告前员工傅某等人实施泄露原告技术秘密的侵权行为，侵权恶意较深、侵权情节恶劣、并且在诉讼中存在妨碍举证和不诚信诉讼情节，最高人民法院作出了1.59亿的高额赔偿，这无疑彰显出最高院对企业商业秘密保护的决心和力度。

156

2、刑事责任

侵犯商业秘密的行为可能在被追究民事侵权责任的同时，被国家公诉机关追究刑事责任。例如，“香兰素”案民事二审宣判的同时，法院也将案件材料、线索提供给公安机关处理，追究具体侵权行为人以及公司直接负责的主管人员的刑事责任。

2020年9月最高检和公安部联合发布《关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》，2020年12月26日全国人大常委会通过了《刑法修正案（十一）》，降低了侵犯商业秘密罪的入刑标准、提高了侵犯商业秘密罪的法定量刑：

	原规定	现规定
关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定	<p>第七十三条 【侵犯商业秘密案（刑法第二百一十九条）】侵犯商业秘密，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：</p> <p>（一）给商业秘密权利人造成损失数额在五十万元以上的；</p> <p>（二）因侵犯商业秘密违法所得数额在五十万元以上的；</p> <p>（三）致使商业秘密权利人破产的；</p> <p>（四）其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。</p>	<p>第七十三条【侵犯商业秘密案（刑法第二百一十九条）】侵犯商业秘密，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：</p> <p>（一）给商业秘密权利人造成损失数额在三十万元以上的；</p> <p>（二）因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的；</p> <p>（三）直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的；</p> <p>（四）其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。</p>
刑法	<p>第二百一十九条第一款 【侵犯商业秘密罪】有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：</p> <p>（一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；</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的；</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的。</p>	<p>第二百一十九条第一款【侵犯商业秘密罪】有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：</p> <p>（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；</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的；</p> <p>（三）违反保密义务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的。</p>

上述规定，**将侵犯商业秘密罪的立案追诉的金额标准由原来的50万元降低到30万元**，使得侵犯商业秘密罪的入刑门槛得到了大幅降低；将原《刑法》中的“给商业秘密的权利人造成重大损失”及“造成特别严重后果”的条件，分别用“情节严重”及“情节特别严重”进行替换，使得**侵犯商业秘密罪这一结果犯降格为情节犯**¹³，使得侵犯商业秘密尚未造成重大经济损失即被抓获的侵权人也可能受到《刑法》的制裁，并且在量刑幅度方面，**将法定量刑最高刑期从7年提升到了10年**。

由此可见，从我国的立法层面看，无论是从入罪门槛，还是侵犯商业秘密罪的法定刑期上，我国《刑法》都显著加强了对企业商业秘密的刑事司法保护力度，以及对侵犯商业秘密的行为进行严厉打击。

3、行政责任

侵犯商业秘密行为的行政责任，其法律依据是《反不正当竞争法》第21条的规定：“经营者以及其他自然人、法人和非法人组织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，没收违法所得，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。”

侵害商业秘密的行政法律责任主要有：停止违法行为以及处以行政罚款。责令停止违法行为是一种重要的行政处罚形式，具体而言责令侵权人停止使用商业秘密，包括停止正在使用该商业秘密进行的商品生产行为和停止销售该商品的行为。行政罚款是一种对侵权行为人的经济制裁方式。

根据上述规定，离职员工、新单位侵犯企业商业秘密尚不构成犯罪的，我国市场监督管理机关可以**依法没收其违法所得；还可以根据情节严重程度，对离职员工、新单位处以10万元以上500万元以下罚款**。

13. 王志远：“侵犯商业秘密罪保护法益的秩序化界定及其教义学展开”，载《政治与法律》2021年第6期，第52页。

企业遇到商业秘密侵权纠纷时难点及要点

1、秘点范围的确定

在企业遭受商业秘密侵权纠纷后，如何梳理、确定企业可以在诉讼中主张的商业秘密“秘点”尤为重要，既是商业秘密案件的核心，也是维权过程中的难点。梳理过程涉及图纸、设备、研发资料、代码等技术资料的收集和整理，更重要的是如何从这些复杂的技术资料中提炼出可以满足商业秘密构成要件的法定要求的“秘点”。这不只是一项法律工作，同样是一项技术工作。梳理和确定“秘点”时，需要考虑“秘点”的大小，“秘点”过大或过小都可能导致企业最终的诉讼目的不能实现，如果“秘点”过大，有可能很难通过鉴定机构的现有技术查新，或者在诉讼过程中被对方所提供的“公知性”证据击破；而如果“秘点”过小，涉嫌侵权的技术信息稍作修改或规避（实践中，被告往往会进行修改），则可能不能满足“同一性”的要求。

在实务中，我们经常会发现企业技术人员仅专注于技术角度，梳理的商业秘密“秘点”难以满足诉讼案件的需要。因此，建议企业聘请专业的知识产权律师与企业技术人员相互配合，从技术和法律两个角度，对企业的“秘点”进行梳理、确定。

2、技术方案可视化

一般而言，商业秘密案件具有很强的技术性和专业性，与传统的民商事侵权案件相比，商业秘密案件中的技术内容往往较难理解、裁判者很难直观感受、把握具体商业秘密案件中相关技术点的功能以及技术效果。而被告所采用的技术点与权利人主张的“秘点”是否构成相同或实质相同往往是庭审的争议焦点和案件审理的难点。由于文字信息的表达局限性、单一性，裁判者很难仅凭文字材料理解技术的要点，而甄别被告所采用的技术点与权利人主张的“秘点”之间的相同点和不同点则更为困难。

在实务中，为了向合议庭充分说明“秘点”的特点、技术效果等，建议采用图形、动画、流程图等方式，对秘点进行可视化展示，以便合议庭的理解。

3、权利人的关键证据缺失

大多数商业秘密侵权纠纷是由前员工违法获取、披露、使用原单位的商业秘密引发的，商业秘密侵权行为从发生到被发现，一般都会经历较长时间，往往原单位直到在市场上发现了与自己企业相同或相似的产品才意识到商业秘密可能已经被侵犯。因此，商业秘密维权的滞后性导致权利人维权过程更为艰难，由于时间久远，权利人公司可能已经发生重组、合并等公司变更，曾经与涉案员工共事的其他员工、负责人可能已经离职。权利人对于证据的收集和固定不够及时是商业秘密案件中难点和痛点。在一些案件中，权利人往往无法提交完整的研发证据材料来证明权属和商业秘密范围、无法提交与员工及合作对象之间的协议来证明知识产权归属约定或者员工及合作对象有机会接触或获取商业秘密，导致商业秘密维权陷入困境。

因此，从我们实务经验出发，建议企业重视日常文件管理工作，具体而言可以建立体系化的文档管理体制，对涉及企业商业秘密的技术，从立项、研发过程文件、研发会议记录等进行全流程的记录、存档，并且相关负责人进行签字确认，以避免在后续维权时，企业与离职员工就商业秘密的权属发生争议。另外，一些企业对企业商业秘密未采取合理、适度的保密措施，导致法院审理后认定企业没有采取合理保密措施而败诉，因此，对于“企业采取的相关保密措施”的证据，建议企业与员工签订保密法律文件，具体包括保密协议、竞业限制协议、员工手册、保密承诺函、知识产权权属协议等等。

4、侵权行为取证难

由于知识产权具有无形性，导致知识产权类侵权案件取证很困

难。在知识产权案件中，商业秘密侵权案件尤其是如此。企业的商业秘密一般是企业的核心价值，而侵犯商业秘密绝大多数是故意侵权，离职员工对企业的商业秘密很熟悉，因而侵权时会格外小心；而离职员工获取商业秘密后，将商业秘密带到新企业去使用时，新企业通常也不会公开场所展示或使用新入职员工带来的技术窍门。因此，权利人往往很难直接取证侵权行为，案件中证明侵权可能性时，一般需要从多个角度收集证据，从而相互印证，来证明侵权行为，从而满足立案的要求，例如，新公司的产品与企业产品功能、结构等雷同。

根据我们的经验，在前期起诉环节，我们建议聘请专业的调查公司配合律师进行调查方案的设计，进行起诉前的证据调查，根据我们的经验，可以对新公司的官网、产品销售平台、销售商等进行初步调查，从而尝试获取相关产品、产品说明书或操作手册等。另外，对于一些涉及工艺流程或参数的商业秘密案件，在起诉后，我们建议申请法院进行调查取证或进行现场勘验进一步固定侵权证据。

5、商业秘密案件定案难度大

商业秘密案件原告胜诉率低、定案难度大也是商业秘密案件的特点。商业秘密的构成需要同时满足“秘密性”“价值性”“保密措施”等构成要件。在司法实践中，法院通常对“价值性”的审查及要求不高，而“秘密性”及“保密措施”是法院审理的重心，也是权利人维权中的风险点。一般而言，被告通常会竭尽全力举证证明权利人主张的商业秘密不具备“非公知性”，权利人没有采取保密措施或采取的保密措施不合理，实务中商业秘密案件成案率很低也是这个原因。另一方面，商业秘密案件中“非公知性”“同一性”的结论一般需要用鉴定意见，而在原、被告提交的鉴定意见结论往往完全不同，甚至一审、二审、再审法院委托的鉴定也可能出现结论不一的情况，这样造成了商业秘密案件定案难度大。

因此，企业在维权过程中，建议聘请专业的知识产权团队评估

确定可行的维权方案，例如，考虑商业秘密维权、专利侵权维权或主张权属纠纷等。

在国家鼓励创新、保护商业秘密、打击侵权行为的大背景下，传统的“我脑子里的东西，就属于我”的观点与当前的司法实践存在极大偏差，极易引起侵权风险，亟须纠正。企业在预防和应对商业秘密侵权中，仍有很多问题亟需解决。我们建议企业重点关注因员工离职、入职而引发的商业秘密侵权风险。如发生纠纷，建议尽早委托律师介入，搭上当前知识产权保护的快车，更好的在前期准备阶段搜集到对己方有利的证据，更好的维护自己作为权利人或者被诉侵权人的合法权益。

(贾媛媛、崔晓霞对本文亦有贡献)



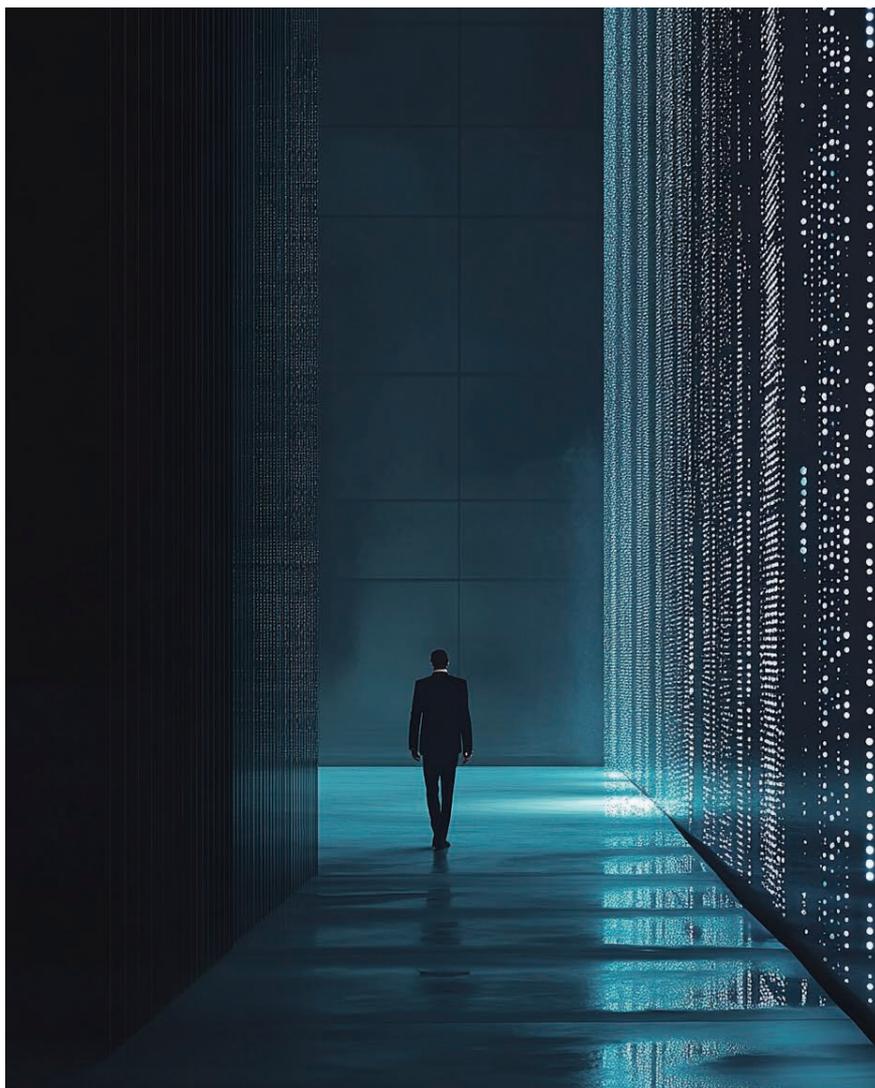
顾萍
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2089
guping@zhonglun.com

PART

II

刑事 救济

CRIMINAL REMEDIES



商业秘密保护的 刑事路径

最高人民法院发布的《刑事检察工作白皮书（2023年）》指出，2023年全国检察机关办案情况呈现“知识产权综合司法保护力度不断加强，新业态新领域知识产权犯罪案件增多”的特征。从数据上看，全国检察机关共受理审查起诉侵犯知识产权犯罪30684人，同比上升52%。其中，侵犯商业秘密犯罪401人，同比上升96.6%，对侵犯商业秘密行为进行刑事追诉的案件数量大幅度提升。作为打击力度最大的救济手段，刑事保护日渐成为企业保护商业秘密的重要途径。

实践中，在职员工、离职员工违反保密义务，竞争对手实施电子侵入、盗窃等非法手段，合作方在商务合作中违反商业道德窃取商业秘密等情形，均会给企业带来不同程度的损失，甚至将企业推向生死存亡的边缘。

本文结合团队律师办理侵犯商业秘密刑事案件的经验，谈谈如何通过刑事手段更有效地保护企业的商业秘密。

保护商业秘密的途径

在我国当前的法律体系下，权利人的商业秘密受到侵害时，可以选择民事、行政、刑事等程序维权。

（一）商业秘密的民事保护路径

《反不正当竞争法》详细规定了商业秘密的构成要件、侵权模式以及法律制裁后果，《民法典》将商业秘密列为知识产权的重要组成部分，并对商业秘密的定性、保护及救济进行了全方位的规定，对于商业秘密的权利人，在其权利受到侵犯时可以通过民事诉讼要求侵权人承担民事责任。侵权人恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，权利人还有可能获得高达损失额或获益额五倍的惩罚性赔偿。

（二）商业秘密的行政保护路径

根据《反不正当竞争法》第二十一条，经营者以及其他自然人、法人和非法人组织侵犯他人商业秘密，可以通过行政举报进行处理，由监督检查部门，即市场监督管理局给予责令停止违法行为、没收违法所得或者罚款等行政处罚。

（三）商业秘密的刑事保护路径

1997年《刑法》修订时，第二百一十九条就对侵犯商业秘密罪作出了明确规定。2020年12月，《刑法修正案（十一）》对侵犯商业秘密罪作出修正，与《反不正当竞争法》中商业秘密保护的相衔接，刑法领域关于商业秘密的概念以及侵权行为的客观要件完全一致。2020年9月13日公布的《最高人民法院最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》（以下简称《解释三》），在原来的基础上，扩充了侵犯商业秘密刑事追责的范围、降低了商业秘密刑事保护的门槛并明确

了《刑法》第二百一十九条规定的行为造成的损失数额或者违法所得数额的认定方式。

PART 002

侵犯商业秘密行为刑事控告的理论基础

民事侵权中最严重、社会危害性最大的部分，才会被纳入刑事规制的范畴。根据对侵犯商业秘密罪构成要件的拆解，主观故意及情节严重两个要素的认定是判断侵犯商业秘密行为是否构成犯罪的關鍵。

（一）侵犯商业秘密罪的构成要件

根据《刑法》第二百一十九条之规定，侵犯商业秘密罪的客观行为主要包括以下几种形式：（1）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；（2）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；（3）违反保密义务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；（4）明知前述所列行为，获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密。

（二）主观故意的认定

刑事案件中要求侵权人实施侵犯商业秘密罪的罪过形式是故意，过失不构成侵犯商业秘密罪。但是关于第三人侵权的主观方面，民事和刑事认定有所不同。

《刑法》第二百一十九条第二款的规定，第三人自己虽未直接实施上述侵权行为，但如果明知他人具有上述三种侵犯商业秘密的行为，仍然从他人那里获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密论。由于第三人不是非法获取商业秘密的直接责任人，第三人主观上必须是明知，才构成犯罪。这里所指的“明知”是指行为人明确知晓其行为，而不是基于推定或可能知道的

情况。《刑法修正案（十一）》在对商业秘密罪的修改中，删除了与2019年《反不正当竞争法》中“应知”相同的表述，这表明立法者有意区分民事不法行为与刑事犯罪的界限，并提高刑事责任的门槛。

值得注意的是，刑法中第三人主观故意的“明知”，基于罪刑法定，不应作推定判断。因为“推定的明知”，意味着可能知道或可能不知道，该事实状态与“排除合理怀疑”的证据规则相悖。在刑事司法实践中，以推定方式判定“明知”的情形一般需要通过司法解释的形式加以确定，例如《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条第2款对销售假冒注册商标的商品行为主观明知的推定，《最高人民法院，最高人民检察院，公安部关于依法严惩“地沟油”犯罪活动的通知》第二条第（二）项对是否明知“地沟油”的规定，《最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条的规定等等。在司法解释对侵犯商业秘密罪的主观方面推定明知作出明文规定之前，不宜轻易将推定明知纳入“明知”的范畴加以处罚。

（三）“情节严重”的认定

《刑法修正案（十一）》将定罪标准从“给商业秘密权利人造成重大损失”改为“情节严重”，“情节严重”及“情节特别严重”的标准可以以给权利人造成重大损失作为主要认定标准¹，参照《解释三》的规定。《解释三》第四条规定“给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的；直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的；造成商业秘密的权利人其他重大损失的”属于“造成重大损失”，实践中可以直接援引使用，将其理解为“情节严重”。《解释三》第四条规定“给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在二百五十万元以上的”属于“造成特别严重后果”，实践中可以理解为“情节特别严重”。该规定可以作为现阶段我们对“情节严重”的判断方式，随着司法经验积累，判断情节严重的类型还可以再增加，比如商业秘

1. 《江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省公安厅办理侵犯商业秘密刑事案件的指引》中亦采用该认定标准。

2. 公众号“上海检察”：《<刑法修正案（十一）理解与适用（三）：保护企业“不能说的秘密”——侵犯商业秘密犯罪的理解与适用>》。

密本身的价值、侵犯商业秘密的次数、涉及重大行业的商业秘密，都可以作为“情节严重”进行涵盖。²

PART 003

侵犯商业秘密行为的刑事控告步骤

商业秘密权利人进行刑事控告，案件受理机关立案须满足两个条件：第一，受理机关对该案具有管辖权；第二，受理机关对报案材料进行审查，认为确有犯罪事实、需要追究刑事责任。因此，拟进行控告的权利人虽不需要像司法机关一样履行严苛的证明责任，但为保障案件能被受理，要至少提供能够证明有犯罪事实存在的证据材料。

（一）明确案件的管辖及受案机关

在侵犯商业秘密罪的案件中，确定管辖权是一个关键的法律程序。商业秘密刑事案件可由犯罪行为地、犯罪结果地和犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖。犯罪行为地是指侵犯他人商业秘密行为的实施地，包括：（1）采用盗窃等不正当手段获取他人商业秘密，和披露、使用采用以上手段获取的商业秘密的实施地；（2）共犯为他人犯罪行为提供原材料、机械设备等帮助条件的实施地；（3）通过网络传播、披露他人商业秘密的，上传资料的电脑终端所在地为实施地，终端所在地无法查明时，网络服务器所在地为实施地等等。

此外，在确定管辖时，还需要注意知识产权案件审判“三合一”的规定。根据《最高人民法院关于在全国法院推进知识产权民事、行政和刑事案件审判“三合一”工作的意见》，具有一般知识产权民事纠纷案件管辖权的基层人民法院可以审理中级人民法院指定区域的第一审知识产权刑事、行政案件。但“三合一”的审判方式在不同地域的落地实施情况有所不同，因此在报案之前还需要落实报案地司法机关是否在执行“三合一”政策以及公安机关、检察院、法院对

“三合一”审判的内部合作机制。

（二）收集并固定控告证据

1. 商业秘密权属证据

首先应当确定商业秘密的内容和范围，全面阐述被侵权的技术信息或经营信息，并收集能够证明商业秘密权属的证据，如权利人主体资料、商业秘密研发过程中的文件资料、权利人的保密协议等。

2. 商业秘密三性证据

在确认了商业秘密权属后，权利人应当证明其受到侵犯的技术信息或经营信息属于商业秘密，即应当证明其具有非公知性、保密性、价值性。

（1）涉案信息不为公众所知悉的证据。非公知性成立的证据主要依靠司法鉴定机构作出的鉴定报告，辅助证据可能包括：专家意见、查新报告、生效的认定商业秘密成立的判决书等。

（2）涉案信息具有商业价值的证据。如权利人在研发技术时投入的研发成本、被许可或受让他人的技术时支付的许可费或转让



费、财务分析报告等体现市场价值的证据。若商业秘密尚未投入生产、销售、使用的，应证明其有现实或者潜在的商业价值，能够为权利人带来竞争优势。

(3) 涉案信息采取了保密措施的证据。如针对涉案信息制定过保密制度，保密协议、员工培训制度、与第三方签订涉及商业秘密信息或可能涉及商业秘密信息的各类合同中约定有保密条款等。

3. 被侵犯商业秘密行为的证据

(1) 存在“接触”的证据，例如被告人属于权利人的员工、有业务关系的合作方，曾接触过权利人的商业秘密的在职证明、商务合同、合同履行的证据等。

(2) 存在同一性的证据，如被告人在离职后使用权利人的商业秘密生产、制造、销售相同或类似的产品。

(3) 针对商业秘密被侵犯的不同行为方式，提交证明损失数额或违法所得数额的证据。如被告人销售侵权产品的数量、权利人销售产品的单件利润、侵权产品的单件利润、权利人许可他人使用商业秘密的费用、权利人采取保密措施所支付的费用等。

171

(三) 密点的选择及确定

1. 明确密点范围的重要性

商业秘密的密点是权利人寻求法律保护的基础和起点，也是法院或主管部门判断是否构成侵权的参考和对照，对于商业秘密纠纷案件的处理具有关键意义。

商业秘密，尤其是技术信息，与专利不同，专利在申请之初就需要权利要求的支撑；而商业秘密只需要权利人对非公知性的技术信息采取必要的保密措施，无需列出明确的密点，此种技术信息就能被作为商业秘密进行保护。一旦技术秘密面临侵权风险，秘密范围的认定至关重要。不同于专利，商业秘密的保护范围并非一目了然，且可能随着相关公有领域的不同而变化。因此，商业秘密诉讼的前提是确定所保护的权利的边界，即寻求所要求保护的技术信息、经营信息和其他秘密信息的内容。

2.如何选择及确定密点

关于密点内容，一方面，权利人想尽可能多地将其商业信息列为密点范围，以争取法律更好的保护；另一方面，权利人容易误将公知信息纳入其主张的保护范围，影响商业秘密“非公知性”要件的成立。商业秘密的本质属性是信息，是建立在公共信息的基础之上且与公共信息相互缠绕，如何在私权和公权之间平衡，是确定密点的难点。

从实践中看，在选择密点时可以从商业秘密的非公知性特征出发。首先，权利人应当列出技术信息的具体内容，即具体的技术方案。具体信息并非为原理、原则性概念，应是具体的内容，比如：设计图纸或生产工艺中的环节、步骤、具体操作等。其次，组织权利人有关人员与专业律师精心布局，对技术方案中的信息进行讨论、筛选、甄别，尽可能大范围地将权利人所述商业秘密提炼到密点中，同时做好检索工作，防止将公共信息不当划入密点范围。

此外，还应当注意密点的数量，权利人应根据个案情况确定秘密点的数量，并不是越多越好。权利人主张更多密点，固然能够提高被控侵权人行为构成侵权的成功率，但如果没有足够的证据支持，会增加公安受理立案的难度，在后期的审查起诉、审判阶段也会给犯罪嫌疑人（被告人）及辩护人留下更多的攻击空间，不利于刑事诉讼打击犯罪行为的精准性、严肃性。

（四）持续跟踪案件进程

在商业秘密侵权案件中，由于通常牵涉众多的技术细节，案件的争议焦点往往与技术细节紧密相关。因此，权利人应借助专业的法律和技术团队与办案机关保持紧密的沟通，并在案件处理过程中提供必要的支持。这包括在侦查阶段向执法机关提供关键线索和证据、在审查起诉阶段积极查阅案件资料、整理并提出受害者的立场和建议，以及在审判阶段参与庭审并提出专业意见等。

PART 004

结语

在侵犯商业秘密罪的案件处理中，法律专业人士的作用不可或缺，尤其是既精通知识产权法律又熟悉刑事诉讼程序的律师，这类案件往往因其复杂性而对律师的专业能力提出了更高的要求。商业秘密的认定、证据的收集与分析、法律的适用等环节，都需要律师具备深厚的专业知识和实践经验。在实践中，由于公安机关、检察院和法院等办案机关可能对商业秘密的具体内容和相关技术细节缺乏深入了解，律师的参与就显得尤为重要。律师不仅需要在案件的各个阶段提供专业的法律意见，还需要在证据的收集、固定和呈现上发挥关键作用。

综上，律师在侵犯商业秘密罪案件中的全程参与，对案件的公正审理、保护当事人的合法权益、推动知识产权法律的正确实施具有不可替代的重要作用。



王璐
合伙人
争议解决部
青岛办公室
+86 532 5572 8576
wangluqd@zhonglun.com



基于技术贡献率视角的 商业秘密刑事案件应对： 实证分析与刑辩要点

PART 001

裁判及检察文书实证分析

2024年6月14日，最高人民法院知识产权法庭对吉利诉威马侵害技术秘密案作出终审判决，判令威马向吉利赔偿6.4亿余元人民币，创下我国知识产权侵权诉讼判赔数额新高。**该案中，最高院将技术贡献率作为确定本案损害赔偿数额的重要因素**，阐明了商业秘密民事保护中技术贡献率与侵权赔偿数额之间的紧密关系，为类似案件的处理确定了明确的适用规则。

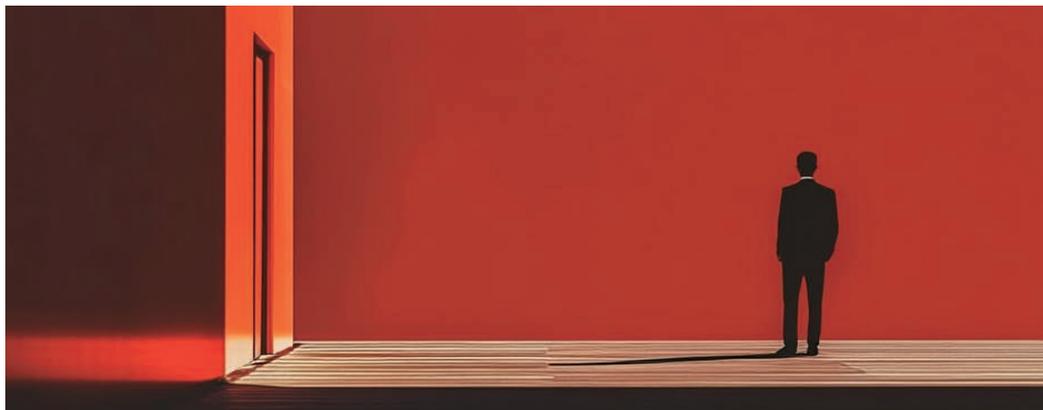
但在我国商业秘密刑事犯罪领域，司法判例显示，目前在刑事侦查、审查起诉及审判阶段并未自觉地将技术贡献率查明作为确定犯罪数额的依据。本文在罪责刑相适应原则指导下，通过分析近五年相关商业秘密刑事案例，结合笔者相关商业秘密刑事犯罪领域的辩护和代理经验，从技术贡献率视角提出商业秘密刑事案件应对建议，供业界参考。

175

一、商业秘密刑事案件中技术贡献率的适用现状

（一）关于技术贡献率

技术贡献率（又称技术贡献度、技术占比等），指的是**案涉技术信息在权利人主张的产品或整体技术方案中所占的比例**。技术贡献率这一概念源自专利侵权案件中对赔偿数额的计算，我国知识产



权法律制度中虽未明确技术贡献率这一概念，但在《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第十六条第二款中肯定了这一规则：“侵犯发明、实用新型专利权的产品系另一产品的零部件的，人民法院应当根据该零部件本身的价值及其在实现成品利润中的作用等因素合理确定赔偿数额。”《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》第十七条规定：“确定反不正当竞争法第十条规定的侵犯商业秘密行为的损害赔偿额，可以参照确定侵犯专利权的损害赔偿额的方法进行”（该解释针对的是修订前的《反不正当竞争法》，已经无法满足日益变化的实践需求，因此整体被2022年3月20日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》废止）。实务中，一些地方司法机关制定的指引也明确提出了技术贡献率的适用。

（二）商业秘密刑事案件相关统计

在Alpha数据库中检索近五年（2019年-2024年）中国侵犯商业秘密罪检察及裁判文书，去除程序类、重复及不完整文书并将共同犯罪的多份文书合并后，共获取有统计学意义的检察文书31份（其中起诉书17份、不起诉决定书14份）、刑事裁判文书51份（其中判决书39份，裁定书12份），并制作表格如下。

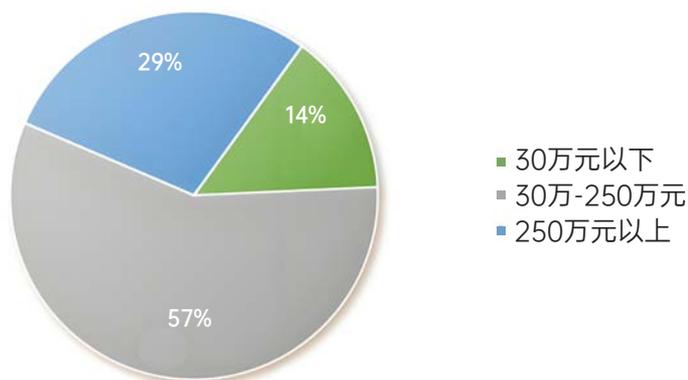


图1 审查起诉阶段不起诉案件涉案金额分布

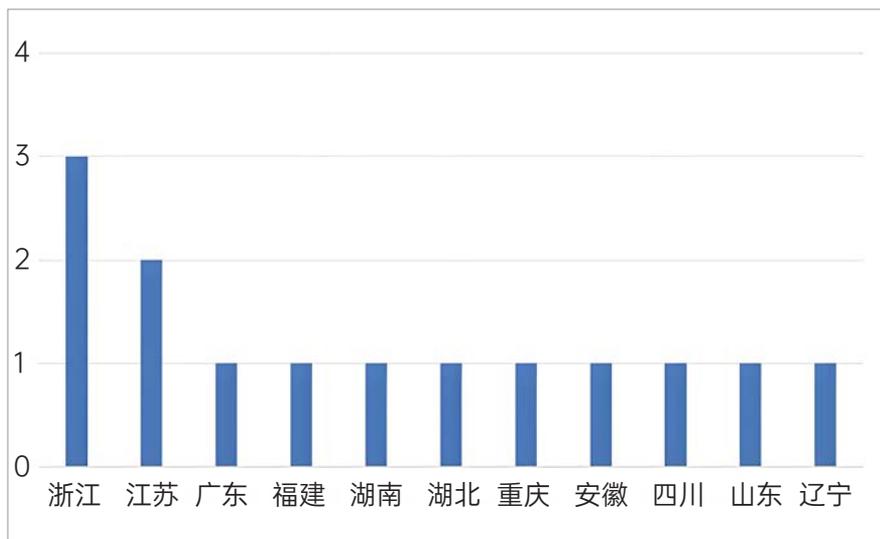


图2 审查起诉阶段不起诉决定书地域分布

《中华人民共和国刑法》第二百一十九条规定：有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(三)》第四条规定：实施刑法第二百一十九条规定的行为，具有下列情形之一的，应当认定为“给商业秘密的权利人造成重大损失”：（一）给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的……给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在二百五十万元以上的，应当认定为刑法第二百一十九条规定的“造成特别严重后果”。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(三)》第四条规定，造成损失数额或者违法所得数额在三十万元以上的，属于“造成重大损失”的情形之一，构成侵犯商业秘密罪的入罪门槛；而造成损失数额或者违法所得数额在二百五十万元以上的，属于“造成特别严重后果”情形，加重量刑。可见，犯罪数额的认定是侵犯商业秘密罪中罪与非罪认定、量刑轻重判断的重要依据之一，而在认定犯罪数额时是否考虑涉案技术秘密的技术贡献率，将对最终是否构成犯罪以及量刑幅度产生重大影响。

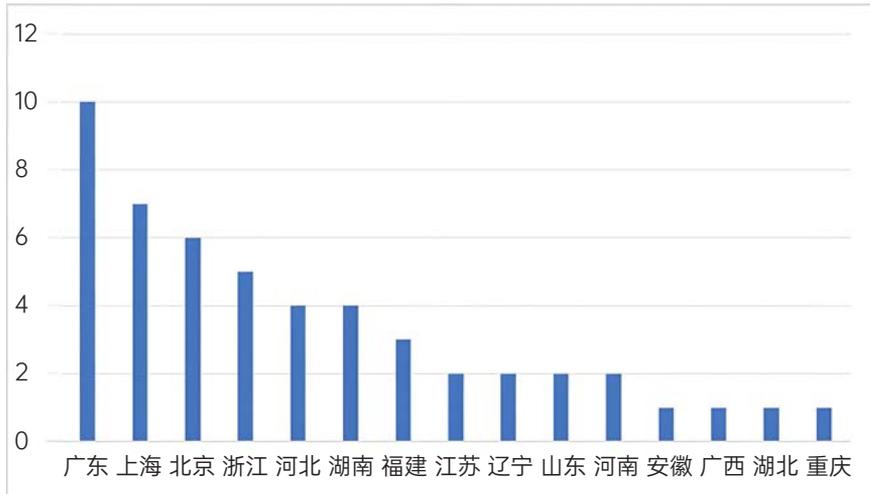


图3 商业秘密刑事裁判文书地域分布

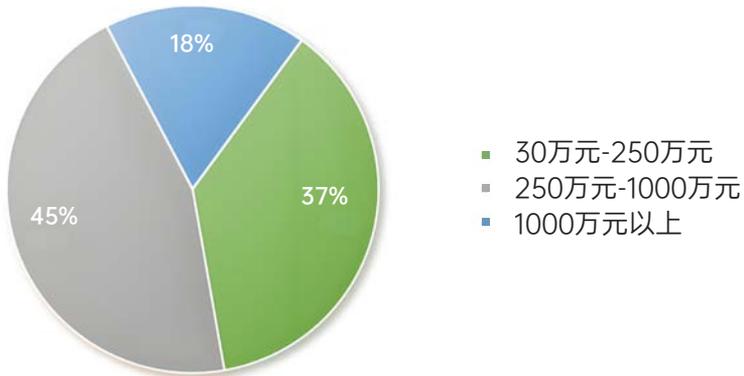


图4 商业秘密刑事案件涉案金额分布

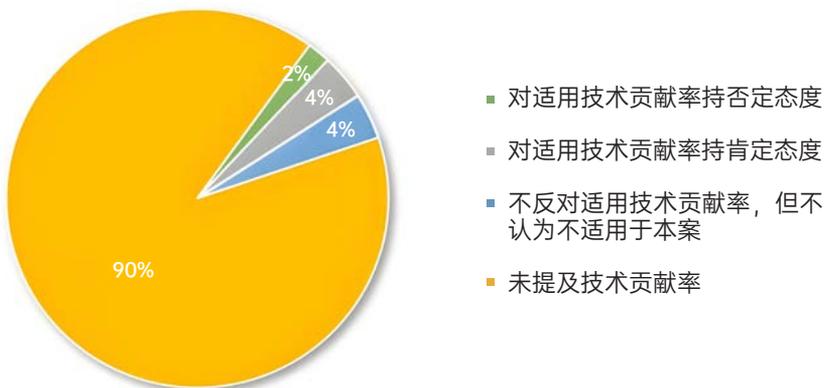


图5 商业秘密刑事裁判文书中技术贡献率适用情况

二、商业秘密刑事案件中应普遍适用技术贡献率

在侵犯商业秘密民事案件中，法院已经积极运用技术贡献率来确定损害赔偿数额。然而前述统计数据图表显示，商业秘密刑事案件适用技术贡献率极少。但从趋势上看，在近五年的司法实践中，商业秘密刑事案件中适用技术贡献率的做法已逐步得到认同，这种趋势在经济发达地区的法院中尤为明显，这些地区的法院通常拥有较为丰富的知识产权案件审理经验，对于技术贡献率的理解和应用也更为成熟和深入。未来，随着侦查机关、检察机关办案能力的进一步提升，律师辩护经验的日益丰富，商业秘密技术鉴定水平的不断提高以及知识产权刑事司法保护体系的日趋完善，相信技术贡献率在商业秘密刑事案件中有望得到普遍适用。

PART 002

刑事辩护思路与要点

179

一、商业秘密刑事案件中应当考虑技术贡献率的适用

在商业秘密案件中，技术贡献率是一个重要的概念，对于确定权利人损失或侵权人违法所得具有重大影响，尤其是在商业秘密刑事案件中，技术贡献率对定罪量刑起着决定性作用。在侵犯商业秘密民事案件中损失金额的计算过程里考虑技术贡献率因素已是主流。

例如在吉利诉威马侵害技术秘密民事侵权案中，吉利公司主张的秘点为汽车底盘技术，汽车底盘技术在整车中的技术占比是准确衡量判赔数额的重要因素。最高院二审判决经过一系列的论证，最终认定涉案汽车底盘技术秘密的利润贡献率为整车销售利润的8%。相较于仅调节财产归属及流转关系的民事案件，在关乎公民人身自由的商业秘密刑事案件中不明确技术贡献率的适用是不符合基本逻辑的。只有科学合理地计算嫌疑人违法所得，才能做到罪责刑相适应。

（一）商业秘密的权利属性决定了在商业秘密刑事案件中应当考虑技术贡献率

商业秘密作为法律拟制的权利，所保护的是未公开的信息。由于商业秘密是由权利人自行设置的，在纠纷发生前并未经过第三方的审查确认，因此其权利边界具有复杂性和不确定性。在侵犯商业秘密刑事案件中，必须严格区分哪些信息属于权利人的商业秘密，哪些属于公知信息或犯罪嫌疑人自行研发或二次开发形成的。在明确权利人商业秘密权属范围的基础上，还要充分考虑案涉产品技术的构成，即技术贡献率问题，只有对应权利人商业秘密权属的产品构成部分形成的利润才属于违法所得，不能简单地将所有产品利润都归结为侵犯商业秘密的获利。

商业秘密犯罪与其他知识产权犯罪（如商标犯罪和著作权犯罪）在保护对象和犯罪构成上存在明显区别。商标的主要功能是区分商品或服务的来源，商标犯罪保护的法益是他人的注册商标专用权和国家的商标管理制度，而著作权犯罪行为主要是指大规模非法复制和销售受版权保护作品的行为。商标犯罪和著作权犯罪的规范保护对象并不直接涉及技术方案，这些犯罪类型通常不涉及技术贡献率的考量。从权利属性来看，商业秘密与专利具有更大的相似性，都涉及具体的技术方案或技术信息。但与商业秘密不同，专利侵权行为本身不涉及刑事犯罪，主要涉及民事赔偿或行政责任。在专利侵权民事诉讼中，《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》已明确规定法院应当根据“在实现成品利润中的作用”合理确定赔偿数额。因此，从商业秘密的权利属性来看，在涉及技术秘密的商业秘密犯罪中必须考量技术贡献率。技术贡献率的查明可以帮助司法机关更准确地评估商业秘密对产品价值的贡献程度，从而更合理地确定犯罪数额并定罪量刑。

（二）适用技术贡献率是商业秘密刑事证据规则的必然要求

侵犯商业秘密案件多为刑民交叉案件，在民事案件和刑事案件中均涉及损失数额或者违法所得数额的计算。在民事诉讼程序中，对证据的审查与认定遵循“优势证据规则”，民事损害赔偿遵循“填平原则”，即行为人承担赔偿责任的大小，应当以其行为所造成的实际财产损失的大小为依据。相比之下，刑事案件对证据的审查与认定

则更为严苛，它要求达到“犯罪事实清楚，证据确实、充分”的高度证明标准，这一标准由公诉机关承担举证责任。刑法作为维护社会秩序的最后一道防线，其适用应当秉持谦抑原则，即在民事手段足以调整社会关系、保护合法权益时，应优先考虑民事途径。在涉及定罪量刑的刑事领域，对犯罪数额的审查应当比民事案件中的损害赔偿更加审慎、严格。在侵犯商业秘密刑事案件中不考虑技术贡献率，而以侵权产品的整体来计算涉案金额，将使犯罪嫌疑人承担过重的责任，违背了刑法的罪刑相适应原则。因此，在民事案件中已广泛地将技术贡献率作为确定损害赔偿数额重要因素的情况下，秉持更为严格审查标准的刑事案件更应当适用技术贡献率，对犯罪数额进行精确计算，充分保障犯罪嫌疑人/被告人的合法权益，以实现罪责相适应。

（三）通过鉴定机构评估技术贡献率具有可操作性

司法实践中，对技术贡献率进行科学计算是确保技术贡献率得以合理适用的关键所在。在前文介绍的多个案例中，当事人通过审慎选择并委托专业鉴定机构，成功实现了对技术贡献率的评估。就笔者参与办理的多个侵犯商业秘密罪案件而言，通过鉴定手段对技术贡献率进行量化评估，是完全可行且必要的。在技术贡献率的评估过程中，涉及到对特定零部件或技术信息的赋值，这通常依赖于鉴定人或技术专家的专业知识、经验及判断，虽然带有一定程度上的主观性。然而，通过组织多位鉴定人及技术专家共同参与，对技术贡献率进行充分的沟通与协商，可以弥补单一主体主观判断可能带来的偏差，从而保证鉴定结果的客观性和公正性。同时，基于鉴定结论，承办案件的法官和检察官在行使自由裁量权的时候，也有了符合逻辑的裁判基础。

二、商业秘密刑事案件适用技术贡献率的辩护思路

在商业秘密刑事案件中，适用技术贡献率有助于实现法律的公平性、合理性和效率性，有助于在人才流动、商业秘密保护与技术创新、市场竞争之间找到平衡点，从而促进技术流通和创新。

（一）人才自由流动、商业秘密保护与技术创新之间的合理平衡

知识产权保护应当注重人才自由流动、商业秘密保护与技术创新之间的合理平衡。员工在离职后继续从事相关领域的工作，有关技术方案到底是依赖其自身的专业知识和技能开发的，还是非法使用了前雇主的商业秘密，需要结合案情和技术路线发展审慎判断。在商业秘密刑事案件中，合理确定商业秘密的技术贡献率是一个极为复杂的问题。特别是员工跳槽引发的商业秘密纠纷案件，技术贡献率的确定更为复杂。辩护律师可以从技术贡献率的角度，深入分析犯罪嫌疑人/被告人在前雇主处所掌握的商业秘密内容，以及其在离职后所从事工作产生的技术信息。通过对比两者之间的技术差异和技术发展脉络，来查明犯罪嫌疑人/被告人是简单复制或非法使用前雇主的商业秘密，还是基于自身在原单位掌握的专业知识和技能进行二次开发或创新，抑或是公知信息，从而对办案机关确定的秘密点的权属、非公知性、同一性以及犯罪所得数额进行合理质疑，为犯罪嫌疑人/被告人提供有效辩护。

（二）全面收集和审视犯罪嫌疑人/被告人有罪和无罪的证据

《刑事诉讼法》第五十二条明确规定了全面收集证据原则：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”在商业秘密刑事案件的侦查、审查起诉和审判三个阶段，辩护律师可以通过不同的策略和法律程序请求适用技术贡献率，从而最大程度地为当事人争取有利的判决或处理结果。技术贡献率的适用有助于厘清涉案技术的价值和被告人在侵犯商业秘密中的实际责任：在刑事侦查阶段，辩护律师可以主动向侦查机关提出搜集犯罪嫌疑人无罪或罪轻的证据。例如收集并整理犯罪嫌疑人在离职后进行独立开发相关技术的证据，如项目计划书、会议纪要、电子邮件等，以证明其技术成果并非完全基于前雇主的商业秘密等；在审查起诉阶段，辩护律师可以积极与检察机关沟通，基于案情特点，减少对辩护人摘抄复制相关商业秘密信息、鉴定报告的限制，充分听取犯罪嫌疑人对商业秘密鉴定的意见，还可申请聘请技术鉴定机构对涉案

商业秘密的技术贡献率进行鉴定、重新鉴定以支持辩护观点；在审判阶段，辩护律师应与法官积极沟通，强调技术贡献率的重要性，避免因认罪认罚制度的程序简化而忽视技术贡献率的适用。总之，在商业秘密刑事案件的不同阶段，辩护律师可以通过提出鉴定申请、质疑已有鉴定结论、提交律师意见书、聘请技术专家作证等方式，主张和证明技术贡献率的适用，确保当事人的合法权益得到最大程度的维护。

（三）刑事责任应与行为的社会危害性、行为人所造成的损失相匹配

技术贡献率的适用能够更准确地评估涉案行为的实际危害程度，区分涉案技术在整体商业秘密中的重要性，避免将微小的技术信息或无关紧要的技术部分等同于核心商业秘密，从而确保刑罚的合理性。辩护律师通过技术贡献率分析，可以更精准地划分犯罪行为的恶性程度和具体侵权行为的损害范围。对于涉及技术贡献率高、对企业具有重大经济价值的商业秘密，法律可以根据比例原则适用更为严厉的处罚措施。但若行为人侵害的是技术贡献率较低的商业秘密，且该技术与企业的核心竞争力关系不大，侵权行为的恶性较低，则可以主张适用相对较轻的处罚手段，以避免对侵权人造成过度处罚。

183

三、技术贡献率在刑事案件各阶段的辩护要点

（一）侦查阶段：是否达到刑事案件立案标准

技术贡献率是一个复杂而关键的评估指标，可以量化权利人的商业秘密在侵权产品中的实际贡献，对认定是否达到构成犯罪的三十万元标准具有重大影响。技术贡献率综合了商业秘密“非公知性”和“同一性”两个核心要素，不具有“非公知性”和“同一性”的秘密点技术贡献率即为零。目前非公知性、同一性以及技术贡献率的确定在司法实践中大量依赖于鉴定报告，辩护律师应当对鉴定意见的证据效力进行审查。对于被害人单方委托的鉴定，可以从鉴定意见不具有客观性、真实性，不能作为定罪证据使用等角度进行质证。对于

办案机关委托的鉴定，可以从鉴定主体的合法性、鉴定材料的客观性、鉴定方法的科学性等多个方面进行审查。

(二) 审查起诉阶段：是否可以适用不起诉

辩护律师在办理商业秘密刑事案件中，还可以基于技术贡献率，考虑犯罪嫌疑人是否满足适用不起诉的条件，积极争取不起诉。根据《刑事诉讼法》的规定，与商业秘密刑事犯罪相关的不起诉情形，主要是法定不起诉、存疑不起诉、酌定不起诉。如果鉴定机构经过科学评估，适用技术贡献率后认定的犯罪数额低于构成商业秘密犯罪的三十万法定数额标准，则犯罪嫌疑人的行为不构成犯罪，辩护律师应据此争取法定不起诉。在犯罪数额高于构成商业秘密犯罪的三十万法定数额标准情况下，辩护律师还可积极向检察机关阐述犯罪嫌疑人犯罪情节轻微，在案件中的具体作用不大、危害后果轻微、认罪认罚等因素，争取酌定不起诉。对于经过补充侦查的案件，如果现有证据仍然无法确定犯罪嫌疑人违法所得利润额或给权利人造成的损失额，可以适用存疑不起诉。辩护律师需详细审查案件证据，指出证据之间的矛盾点、瑕疵或缺失之处，证明案件证据不足以达到起诉标准。

(三) 审判阶段：是否无罪或罪轻

在审判阶段，辩护律师可以通过主张技术贡献率来进行无罪或罪轻辩护，通过技术分析和法律论证，证明被告在商业秘密中的技术使用贡献度低、技术部分非核心或公开、被告对技术进行了改进等事实。辩护律师还需结合证据、鉴定意见以及主观恶意缺失等多方面因素，综合为被告争取有利的判决或刑罚减免。辩护律师运用技术贡献率为当事人作无罪或罪轻辩护时，应首先明确涉案商业秘密的具体内容，并将其与技术贡献率挂钩。如果能证明被告使用的技术并非案件中核心的商业秘密部分，而是技术体系中的次要部分，或者涉案技术仅仅是公开技术的部分延伸，那么可以减轻被告的罪责。技术贡献率辩护的一大核心是证明涉案技术的部分或全部内容已是公开信息或属于行业通用技术，而非专属于权利人。如果辩护律师能够质疑权利人声称的商业秘密是否真正具有独特性或创

新性，并证明该技术属于常见的基础技术或普通技术知识，那么侵犯商业秘密的指控就难以成立，或者至少可以主张被告的侵权行为对权利人的商业利益影响较小。辩护律师可以主张被告在使用涉案技术的过程中，对原技术进行了创新或改进，从而降低其对原始商业秘密的依赖程度。这种改进可能涉及技术工艺的提升、生产流程的优化等。技术贡献率的辩护可以用于质疑侵权行为是否造成了实质性的损害。如果可以证明被告使用的技术只占整个技术体系的一小部分，或者并未导致权利人显著的经济损失，辩护律师可以主张被告的行为与实际损害结果之间没有直接因果关系，从而主张减轻刑罚。技术鉴定在商业秘密案件中具有重要的证据作用，但鉴定的准确性和公正性往往存在争议。辩护律师可以通过质疑现有鉴定意见的科学性或程序瑕疵，动摇技术贡献率对被告不利的部分。在刑事案件中，主观恶意是构成犯罪的重要要素。如果辩护律师能够证明被告并未具有主观恶意侵害商业秘密，例如被告使用该技术时并不知晓其为商业秘密，或认为该技术属于公开领域，那么可以主张无罪或罪轻。



何丹
合伙人
知识产权部
武汉办公室
+86 27 5942 5198
hedan@zhonglun.com

PART

III

行政 救济

ADMINISTRATIVE REMEDIES



商业秘密行政保护： 问题与实践

作者：马东晓 方尧

在具有中国特色的知识产权保护“双轨制”执法体系下，商业秘密的行政保护所具有的民事保护和刑事保护不可比拟的特点，亦应当得到足够关注。

与民事保护具有当事人直接求偿的优势、刑事保护具有惩罚力度大的优势不同，行政保护具有更加方便快捷的优势。一方面，商业秘密行政调查过程中，当事人立案门槛较低，执法机关可以实施检查、询问乃至查封、扣押等措施，取证能力强；另一方面，虽当事人不能在行政查处程序中直接受偿，但行政查处周期短，程序中当事人各方也可以通过和解协议实现快速赔偿。这些优势有效地弥补了民事保护和刑事保护的不足，尤其是对于权利人与侵害人在同一地区、小规模创业企业之间，因人员离职引发的尚未造成严重后果的侵害商业秘密行为，采取快速处理、行政处罚的方式，既可以保护权利人的知识产权，又能够实现错罚相当，避免“小错重刑”，体现行政裁量的灵活性，有其独立的社会效果。但行政保护也难免存在自由裁量权大、地方保护主义倾向等问题，且因后续仍有行政诉讼救济，一般难以在行政程序中实现终局目的，导致实践中商业秘密行政保护效果参半，良莠不齐。

188

目前，商业秘密行政执法所依据的部门规章仍为1998年公布和施行的《国家工商行政管理局关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》（以下简称“《禁止侵犯商业秘密行为规定》”），市场监管总局曾公布的《商业秘密保护规定（征求意见稿）》在征求意见后至今尚未正式发布，商业秘密行政执法的法律规范层面尚有一定空缺。同时因行政程序中的部分认定和处罚等需要引用其他部门规章及行政规范性文件，亦涉及到实务中的解释与适用，权利人在选择商业秘密行政程序进行维权时也仍面临若干问题。

（一）商业秘密权利人的立案证据

侵犯商业秘密的违法行为往往具有隐蔽性，权利人通常较难自行获得和固定侵权行为的直接证据，需要借助执法机关的执法措施查明侵权行为，比如公安机关的侦查措施，人民法院的证据保全措施等。对于行政保护，《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》”）第十三条明确规定了行政机关在调查涉嫌不正当竞争行为中可以采取“进入涉嫌不正当竞争行为的经营场所进行检查”以及要求被调查人说明情况、提交材料、查封和扣押相关财物等措施，而相比于刑事和民事程序中的权利人证明责任，启动这些调查措施的门槛相对较低。

前述1998年公布、现行有效的《禁止侵犯商业秘密行为规定》仅明确商业秘密权利人的证明责任为“**权利人（申请人）认为其商业秘密受到侵害，向工商行政管理机关申请查处侵权行为时，应当提供商业秘密及侵权行为存在的有关证据。**”实践中对商业秘密行政案件的立案标准并无明确、统一的认知。但目前各地、各级市场监管部门已经通过发布指南、指引等形式对商业秘密权利人的举报材料、证据内容进行明确。以天津经济技术开发区发布的“全国首个商业秘密行政执法规范指引”为例，该指引引用了尚未正式发布的市场监管总局《商业秘密保护规定（征求意见稿）》中的内容，不仅对权利人的举报材料进行了详细释明，亦对于举报材料中要求的各项“初步证据”的内容进行了列举说明，商业秘密权利人可以通过提供双方信息一致性或者保密设施被破坏、商业秘密被披露或者使用等证明材料初步证明侵权行为，同时也设定了“其他表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯的证明材料”的兜底条款，在为权利人证明侵权行为提供一定指引的同时，也预留了权利人通过其他方式合理证明侵权行为获得认可的空间。

相比于公安机关要求报案人提交第三方出具的“非公知性鉴定报

告”“一致性鉴定报告”和“损失计算评估报告”，这些规定确定的立案门槛较低、十分简便，更利于权利人快速获得保护。在笔者办理的一件江苏省市场监管局公布的商业秘密保护典型案例中，作为台资企业的商业秘密权利人，即因为公安机关立案要求的各类鉴定报告花费不菲，转而选择向苏州市吴江区市场监督管理局举报，最终通过行政执法追究了离职员工的法律责任。

（二）案件期限

商业秘密行政保护的另一优势在于其维权周期短、获得禁令快，按照《市场监督管理行政处罚程序规定》的规定，商业秘密行政程序适用“15+15日”核查立案²、“90+30+N日”作出处理决定³的期限规定，同时在核查立案和案件处理程序中，分别规定了涉及检测、检验、鉴定等事项的时间不计入期限，案件处理程序中涉及中止和听证的亦排除在该期限计算之外。在商业秘密行政案件中，一般而言，如果案件涉及到较为复杂的技术秘密，在核查立案阶段，权利人提供的证据尚不足以证明其主张的商业秘密具备非公知性时，执法机关会在核查立案之前委托鉴定机构进行非公知性鉴定；在立案后的处理程序中，当涉及较为复杂的一致性比对时，执法机关也会再次委托进行技术一致性鉴定，前述鉴定的时间均不计入法定办案期限。但总体而言，在商业秘密行政案件不涉及特殊复杂问题导致期限延长以及未因为先决问题等导致案件中止时，其处理期限较为明确，相较于民事及刑事法律程序具备明显的“期限优势”。

需要说明的是，《反不正当竞争法》第十三条规定了行政机关在执法调查时可以采取“查封扣押有关财物”的措施；而《行政处罚法》第五十六条也规定了“证据先行登记保存”措施，这些措施可以在调查阶段对涉嫌侵权的产品进行查封扣押或者登记保存，往往可以实质起到阻却侵权行为或者促使侵权人主动放弃继续实施侵权行为的效果，有利于快速实质化解纠纷。在笔者曾经处理的“广东茂名某化工机械公司侵害商业秘密案”中，某大型央企下属某公司通过行政保护程序中的阶段性措施在行政机关调查阶段即实现了实际阻却

2.《市场监督管理行政处罚程序规定(2022修正)》第十八条第一款 市场监督管理部门对依据监督检查职权或者通过投诉、举报、其他部门移送、上级交办等途径发现的违法行为线索，应当自发现线索或者收到材料之日起十五个工作日内予以核查，由市场监督管理部门负责人决定是否立案；特殊情况下，经市场监督管理部门负责人批准，可以延长十五个工作日。法律、法规、规章另有规定的除外。

3.《市场监督管理行政处罚程序规定(2022修正)》第六十四条第一款 适用简易程序办理的案件应当自立案之日起九十日内作出处理决定。因案情复杂或者其他原因，不能在规定的期限内作出处理决定的，经市场监督管理部门负责人批准，可以延长三十日。案情特别复杂或者有其他特殊情况，经延期仍不能作出处理决定的，应当由市场监督管理部门负责人集体讨论决定是否继续延期，决定继续延期的，应当同时确定延长的合理期限。

4.重庆市渝中区市场监督管理局渝中市监处罚〔2023〕90号行政处罚决定书。

5.武汉市东湖新技术开发区市场监督管理局武新市监处罚〔2024〕106号行政处罚决定书。

侵权行为的良好效果。

PART 002

法律责任

（一）违法所得的认定与处置

按照《反不正当竞争法》第二十一条的规定，行政机关认定存在侵犯商业秘密违法行为的，应当处以责令停止违法行为、没收违法所得以及罚款等处罚措施。实践中部分行政机关在公开案件信息时会将没收违法所得和罚款并称为“罚没款项”，但没收违法所得与罚款实际为两项不同的处罚，二者在数额上也无明确关联。

按照《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》第二条的规定，认定违法所得的基本原则是“以当事人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入扣除当事人直接用于经营活动的适当的合理支出，为违法所得”，但调研中我们发现，实践中有些执法机关可能并未计算这部分“合理支出”，而直接将当事人的“全部收入”作为违法所得加以认定，不当加重了当事人的责任。对此，市场监督管理总局公布的2023年侵犯商业秘密不正当竞争典型案例之一“重庆趣某科技有限公司侵犯商业秘密案”⁴，该案中重庆市渝中区市场监管局为查明案件所涉违法所得要求当事人提交关于成本及税务的证明和说明后，最终认定“我局无法从当事人提交的证据材料中认定趣房管系统标准版电脑端的合理成本及税费等支出，按照有利于行政相对人的原则，我认为：当事人的违法所得无法计算”，因此该案未没收违法所得而仅处以其他类型的行政处罚。

除此之外，虽没收违法所得为“应当并处”的处罚，实践中也可以视案件具体情况、因适用减轻处罚而不予判处。例如在笔者另外办理的“武汉康某代谢生物科技有限公司侵犯商业秘密案”⁵中，武汉市东湖新技术开发区市场监督管理局在查明违法所得数额后认定“鉴于当事人已积极赔偿权利人损失，赔偿金额超过其通过实施侵犯商业秘密行为的实际获利，当事人违法所得无需没收”。前述处理实际

上是按照市场监督管理总局《关于规范市场监督管理行政处罚裁量权的指导意见》（以下简称“《行政处罚裁量权指导意见》”）第十条的解释以及第十三条的规定，基于案件具备双方和解、被控侵权人足额赔偿、权利人谅解事实，属于“主动消除或者减轻违法行为危害后果”，满足减轻处罚的条件，而以“在应当并处时不并处”的方式减轻处罚而未处以没收违法所得。

6.上海市宝山区市场监督管理局沪市监宝处〔2023〕132023002256号行政处罚决定书。

7.深圳市市场监督管理局龙岗监管局深市监龙处罚〔2023〕稽97号行政处罚公示信息。

（二）罚款的适用与裁量

按照《反不正当竞争法》第二十一条的明确规定，处以罚款也属于对侵犯商业秘密的违法行为“应当并处”的法律责任，且按照该条规定，罚款具有明确的数值范围，为“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”。因罚款涉及的数值范围较大，行政机关也有较大的裁量空间。按照前述《行政处罚裁量权指导意见》第七条的规定“市场监管部门实施行政处罚应当以法律、法规、规章为依据。有行政处罚裁量权基准的，应当在行政处罚决定书中对行政处罚裁量权基准的适用情况予以明确”，但笔者在实践中尚未发现适用明确行政处罚裁量权基准的案例。按照前述指导意见的相关解释和规定，在涉及减轻处罚的案件中，可以在法定最低罚款限值以下确定罚款数额，在涉及从轻和从重处罚时则应当分别在法定数值范围内取数值幅度的前或后30%，也可确认在不具备减轻、从轻或者从重处罚情节时，通常应当在法定数值范围的居中40%区间内处以罚款。但因法定罚款数额的区间范围较大，执法机关在行使裁量权确认罚款数额时通常会考虑商业秘密价值、权利人损失以及违法所得数值等因素进行综合裁量。

实务中既有基于违法情节轻微且“当事人积极配合调查，主动交待自己的违法事实，且在案发前主动停止违法行为，积极消除违法行为的危害后果”，予以减轻处罚而判处0.5万元罚款小惩大诫的“上海鹿某某机动车驾驶员培训有限公司侵犯商业秘密案”⁶；也有因“当事人拒不配合执法人员调查处理，且涉案金额巨大，情节严重”处以175万元高额罚款的“吴某某侵犯商业秘密案”⁷，以及因侵权故意明

8.上海市松江区市场监督管理局沪市监松处〔2020〕27202000100号行政处罚决定书。

9.宁波市宁海县市场监督管理局宁市监处〔2019〕373号行政处罚决定书。

10.《专利行政执法办法》第十条，国家知识产权局令第60号，2011年2月1日起施行。

显、销售及库存货值较大和“侵权行为在国内外造成了十分恶劣影响”等因素认定为情节严重并处以150万元高额罚款的“上海堃某智能设备有限公司等侵犯商业秘密案”⁸。可见行政机关根据具体案件情况、适用减轻、从轻或者加重处罚后，依法裁量确定的罚款数额与案件涉及商业秘密价值和侵权人的主观状态、侵权行为的样态、侵权后果等具备关联。

（三）当事人和解对法律责任的影响

虽然商业秘密权利人并无在行政程序中直接获得赔偿的权利，但按照《禁止侵犯商业秘密行为规定》第九条的规定，执法机关可以根据当事人的要求对损害赔偿问题进行调解。在商业秘密行政执法的实践中，当事人之间达成和解协议、被控侵权人给予经济赔偿、权利人给予谅解的，一般认定属于“主动消除或者减轻违法行为危害后果”的情况，属于“应当依法从轻或者减轻行政处罚”的情形。前文提及的“武汉康某代谢生物科技有限公司侵犯商业秘密案”中，执法机关即根据双方和解情况确定减轻处罚，未给予没收违法所得的处罚。但是，实践中也有执法机关基于当事人和解给予从轻处罚的情况，例如“宁波丁某模具有限公司侵犯商业秘密案”⁹中，执法机关因“当事人未曾发生过相同违法行为，能如实交代自己的违法行为，主动配合市场监督管理部门查处，且与举报人达成谅解”决定给予从轻处罚后按照法定罚款数额区间的下限数值判处罚款10万元。

193

PART 003

程序交叉

（一）民行交叉问题

实践中在涉及商业秘密民行程序交叉时，行政机关往往倾向于行政查处“让步”于民事诉讼，而不会出现专利行政执法中处理专利侵权纠纷时，受理条件中明确规定“当事人没有就该专利侵权纠纷向人民法院起诉”¹⁰的情形。商业秘密行政执法中行政机关通常会在涉

及民行交叉程序时，对行政程序予以中止处理，在民行并行时呈现“先民后行”的特点。依照笔者办理商业秘密行政案件的经验，很多受到行政处罚的当事人会选择行政诉讼，而且受理商业秘密行政案件的法院往往也是审理商业秘密民事案件的管辖法院，因此行政机关在民行交叉案件中采取谨慎、谦抑的处理方式，以避免在不同法律程序中对于同一事实给出不同的法律认定，也是较为合适的处理方式。

但无论是现行有效的《市场监督管理行政处罚程序规定》还是尚在讨论的《商业秘密保护规定（征求意见稿）》，都没有将并行的民事诉讼确定为行政程序“应当中止”的情形。从市场监督管理总局公布的2023年侵犯商业秘密不正当竞争典型案例之一“广州市格某体育休闲运动有限公司侵犯商业秘密案”看，“在案件查办过程中，权利人向法院起诉当事人，借助办案机关第一现场全盘镜像固定的海量证据，成功获赔30万元”，似也说明商业秘密的民事和行政程序可以并行处理。

（二）行刑衔接问题

按照《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第三条，行政执法机关在依法查处违法行为过程中，如根据违法事实涉及的金额、情节、后果发现当事人有构成刑事犯罪的嫌疑，“**必须依照本规定向公安机关移送**”，对于知识产权领域的违法案件，即便仅有“**存在犯罪的合理嫌疑**”，也应当移送由公安机关“**采取措施进一步获取证据以判断是否达到刑事案件立案追诉标准**”。市场监督管理总局公布的2023年侵犯商业秘密不正当竞争典型案例之一的“广州市格某体育休闲运动有限公司侵犯商业秘密案”中，办案机关即发现当事人存在大量金额巨大的合同和订单文件，经利润审计并提请检察机关核审，确定当事人的行为涉嫌犯罪，最终移送公安机关立案侦查。但实践中不同行政机关对于“存在犯罪的合理嫌疑”的认识不一，不同公安机关对于是否立案追诉的判断标准亦难以统一，前述行刑衔接的机制在实际运转中的标准和效果也可能存在差异。部分地方市场

11. 苏州创新商业秘密案件行刑衔接模式, <https://scjgj.suzhou.gov.cn/szqtsj/mtbd/202303/fab3caeb48124fe6acd48d1ecad01ed5.shtml>

监管局针对这一问题也有着力推动行刑衔接的措施,例如苏州市市场监管局牵头形成“权利人非公知鉴定——行政调查——同一性鉴定——移送公安”的行刑衔接“苏州模式”,五年间将立案办理的28件商业秘密侵权行政案件中的8件移送至公安机关进行侦办¹¹。

(三) 三位一体保护问题

上述提及的“上海堃某智能设备有限公司等侵犯商业秘密案”为2024年上海市公布的商业秘密保护十大典型案例之一,按照该典型案例公开内容,该案件因“通过民事、行政、刑事程序整体协同联动,切实维护了权利人的合法权益”而成为“压轴”案例。从公开信息来看,该案件的行政处罚决定在先,当事人提起民事起诉、检察机关提起公诉的时间顺次在后,虽公开信息未显示刑事案件是否系行政机关移送至公安机关,但根据案件评析内容中提及的“协同联动”的表述,该案件有较大可能涉及了行刑衔接下行政机关主动移送案件的情况。无论是从该典型案例还是从其他民、行、刑程序交叉和衔接的规定和相应机制上来看,“三位一体”的商业秘密保护路径是能够实现的。

195

PART 004

结语

近年来商业秘密案件多发,商业秘密的法律保护已经引起了广泛的关注,刑事和民事案件的数量在不断攀升,同时也导致民事和刑事案件审理侦办速度变缓。相比之下,商业秘密行政保护所具备的便捷优势更加凸显,但商业秘密行政保护路径尚未得到普遍的认知和认可,在实务操作中也存在较多专业的法律问题。实践中,在江浙沪粤等东南沿海经济发达省市,由于案件多发而且法治环境较好,行政机关办理较多商业秘密案件,也积累了相当的实务经验。但囿于全国性的商业秘密行政执法规范迟迟不能出台,当事人在其他地区选择对商业秘密采取行政保护措施则需要综合评估,充分考

考虑各地区行政执法的具体和实际情况并根据自身维权诉求、商业目的等，结合事实证据情况，在专业律师的协助下作出分析和决策，以最优方案维护自己的知识产权。



马东晓
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2099
madongxiao@zhonglun.com

06

商业秘密 管理与合规

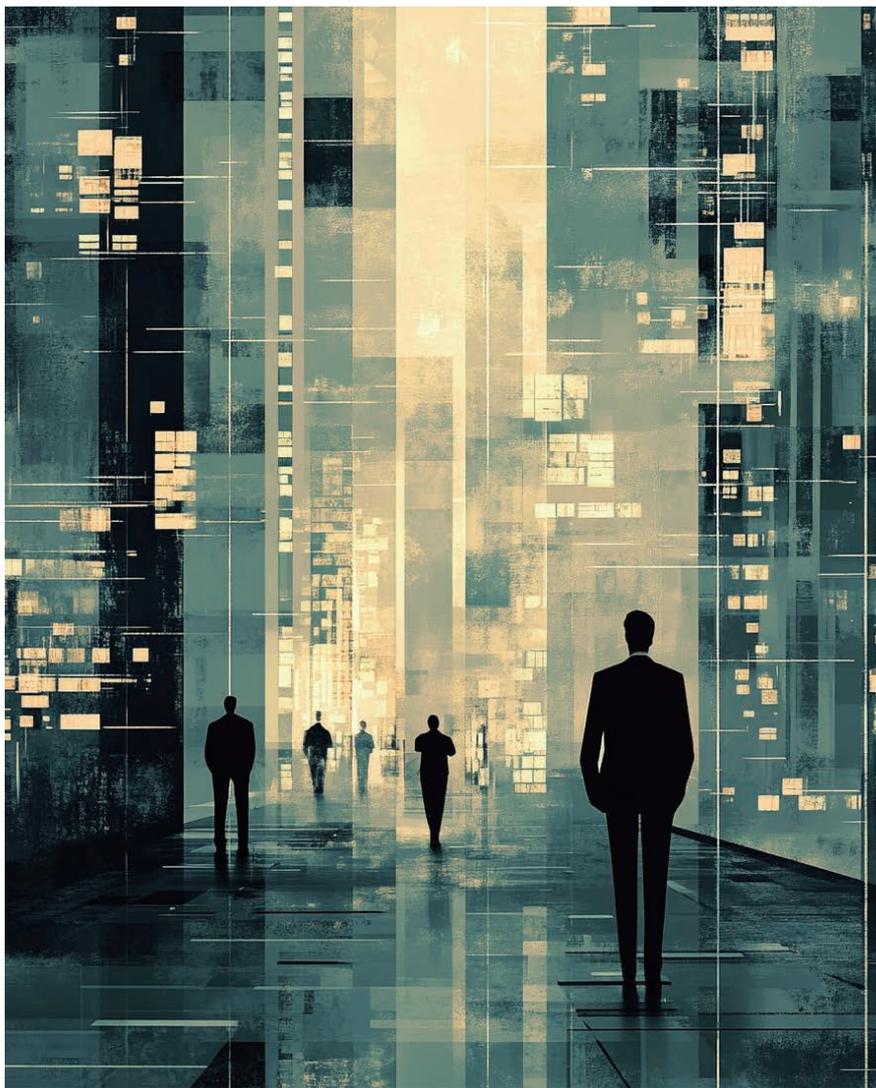
TRADE SECRETS
MANAGEMENT AND
COMPLIANCE

PART

I

概述

OVERVIEW



企业合规视角下的 商业秘密保护 ——概念解析

作者：高俊 周杨洁

近几年来，随着全球疫情冲击及后疫情时代的经济恢复需求的影响、局部战争的影响以及贸易保护主义、单边主义的加剧，世界经济、全球产业链、供应链受到了不小的冲击，国内外商业环境正在发生深刻而剧烈的变化。对我国整体的经济发展以及国内市场主体的发展而言，优化国内营商环境的紧迫性和重要性更加凸显。中国对商业秘密的尊重和保护、对良好的竞争秩序和创新环境的维护与提升，无疑是衡量营商环境的重要指标。我国正在通过逐步完善立法、规范行政执法、加强司法保护等手段来着力提升。然而，近年来中国企业在全球范围内频频受到关于侵犯知识产权、窃取商业秘密的指控，甚至有部分企业因此被扼住了咽喉，其中折射的合规问题不容小觑。

在上述背景下，国家层面有关商业秘密保护的法律法规、司法解释等不断完善，对企业商业秘密保护领域的工作提供了较为明确的指引，企业自身也需要将商业秘密保护纳入其自身合规体系，其主要目的有两个：一方面是加大对自身商业秘密的保护力度，另一方面，也是为了提前构筑防御工事，以便应对外界以侵犯他人商业秘密为由发起的指控。

PART 001

中国法下的“商业秘密”

1.“商业秘密”的定义

我国目前没有针对商业秘密的专门法律，关于商业秘密的规定散见于多部法律法规中。其中有关“商业秘密”定义的表述大同小异，可概括为：商业秘密指具有“三性”的信息。所谓“三性”也即：“秘密性”（不为公众所知悉）、“价值性”（能为权利人带来商业价值）、“保密性”（经权利人采取保密措施）。

为方便读者参考，笔者按颁布时间顺序摘录了多部法律法规中关于“商业秘密”定义的条文如下：

序号	名称及文号	颁布主体	效力	有关“商业秘密”定义的条文
1)	《国家经贸委办公厅关于加强国有企业商业秘密保护工作的通知》国经贸法[1997] 419号	国家经济贸易委员会（已变更）	已废止	商业秘密是指不为公众所知悉，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。
2)	《国家工商行政管理局关于商业秘密构成要件问题的答复》工商公字[1998]第109号	国家工商行政管理局（已变更）	现行有效	不能从公开渠道直接获取的，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信息，即为《反不正当竞争法》所保护的商业秘密。
3)	《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》（1998修正）	国家工商行政管理总局（已变更）	现行有效	第二条 本规定所称商业秘密，是指不为公众所知悉、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。

序号	名称及文号	颁布主体	效力	有关“商业秘密”定义的条文
4)	关于印发《中央企业商业秘密保护暂行规定》的通知国资发〔2010〕41号	国务院国有资产监督管理委员会	现行有效	第二条 本规定所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、能为中央企业带来经济利益、具有实用性并经中央企业采取保密措施的经营信息和技术信息。
5)	《中华人民共和国刑法》（2017 修正）	全国人民代表大会	2023 年已被修订	第二百一十九条 第三款 本条所称商业秘密，是指不为公众所知悉，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。 注：2023年修正后的《中华人民共和国刑法》中，已删去对商业秘密的定义。
6)	《中华人民共和国反不正当竞争法》（2019 修正）	全国人民代表大会常务委员会	现行有效	第九条 第四款 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、经营信息等商业信息。
7)	市场监管总局关于《商业秘密保护规定（征求意见稿）》公开征求意见的公告 2020.09.04	国家市场监督管理总局	征求意见	第五条 本规定所称商业秘密，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、经营信息等商业信息。

合规建议：

我们建议企业将商业秘密保护纳入日常合规工作中，企业合规人员可通过研读法律法规及司法解释中关于“商业秘密”的界定，结合本企业的产品、配方、工艺、销售渠道和客户网络及其他业务特点，有针对性地设计本企业商业秘密保护的合规管理架构、制定适当的管理办法和流程。

2.“商业秘密”的价值

综观上述条文，“商业秘密”定义的基调基本不变，但由于上述法律法规的时间跨度较大，足以体现出“商业秘密”的“三性”中的“价值性”在立法层面的变化，也即，对其“价值性”的关注要点和评价标准从“经济利益”转变为了“商业价值”，后者的范围显然更广，扩大了商业权利人可主张权利的范围，使我国对商业秘密的立法保护程度大幅提升。

“商业价值”一词在法律法规中的含义也逐渐清晰。例如，市场监管总局关于《商业秘密保护规定（征求意见稿）》第七条规定，“本规定所称具有商业价值，是指该信息因其秘密性而具有现实的或者潜在的商业价值，能为权利人带来**商业利益或竞争优势**。符合下列情形之一的，可以认定为该信息能为权利人带来商业利益或竞争优势，但有相反的证据能证明该信息不具有商业价值的除外：

（一）该信息给权利人带来经济收益的；（二）该信息对其生产经营产生重大影响的；（三）权利人为了获得该信息，付出了相应的价款、研发成本或者经营成本以及其他物质投入的；（四）涉嫌侵权人以不正当手段获取或者试图获取权利人的商业秘密的；（五）其他能证明该信息能为权利人带来商业利益或竞争优势的情形。”此外，2020年9月10日，最高人民法院发布的《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“《**商业秘密司法解释**》”）对“商业价值”范围的界定进一步扩大，根据其中第七条，“权利人请求保护的信息因不为公众所知悉而具有**现实的或者潜在的**商业价值的，人民法院经审查可以认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的具有商业价值。**生产经营活动中形成的阶段性成果**符合前款规定的，人民法院经审查可以认定该成果具有商业价值。”其中第十九条第二款还从商业秘密侵权赔偿数额计算的角度，更深入地阐释了“商业价值”大小的衡量依据，也即，“人民法院认定前款所称的商业价值，应当考虑**研究开发成本、实施该项商业秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间**等因素。”此外，在（2023）最高法知民终1590号、（2022）最高法知民终17号、（2022）最高法知

民终816号、(2023)最高法民申1588号等案件中，最高人民法院均引用了《商业秘密司法解释》中对于“商业秘密的商业价值”的定义作为其裁判的依据。

合规建议：

我们建议企业将本企业的具有“商业价值”的信息纳入本企业的商业秘密保护范围，采取严格的保密措施加以保护，并妥善记录该等商业秘密的研发支出及相关财务凭证、研发人员名单、研发工作中形成的资料、相关人员对研发成果及其价值的评价等等，以便为可能的被侵权或被控侵权引发的纠纷留存好相应的证据。

3.“商业秘密”的范围

如前所述，根据《反不正当竞争法》规定，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、经营信息等商业信息。何为“技术信息”？何为“经营信息”？最高院在《商业秘密司法解释》中给出了清晰的答案：“技术信息”指的是“与技术有关的结构、原料、组分、配方、材料、样品、样式、植物新品种繁殖材料、工艺、方法或其步骤、算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息”；“经营信息”指的是与“经营活动有关的创意、管理、销售、财务、计划、样本、招投标材料、客户信息、数据等信息”。

至于前述“经营信息”中所包含的“客户信息”究竟指什么，实践中一直有较多的争议。

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》（以下简称“《反不正当竞争法解释》”）第十三条曾对“客户名单”的概念作出解释，多地高级人民法院也在其有关知识产权或不正当竞争案件的审理指南中对“客户名单”的界定标准作出过指示，最高院近期出台的《商业秘密司法解释》第一条和第二条亦对“客户信息”作出了相关解释，可以概括为以下几点：第一，客户名单/客户信息是广义的，涵盖与客户有关的诸多细节，而非仅仅罗列客户的名称；第二，客户名单/客户信息是否构成商业秘密，取决

于是否满足“三性”；第三，除了前述“三性”意外，客户名单/客户信息还要具有一定的稳定性，也即其中包含的客户群是在一定的时间段内相对固定的。

笔者梳理了有关“客户名单”或“客户信息”定义和范围的相关条文，供读者参考：

序号	名称	“客户名单”或“客户信息”的定义和范围
1)	最高人民法院《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》	<p>第一条 第三款 前款所称的客户信息，包括客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容等信息。</p> <p>第二条 当事人仅以与特定客户保持长期稳定交易关系为由，主张该特定客户属于商业秘密的，人民法院不予支持。</p>
2)	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》	第十三条 商业秘密中的客户名单，一般是指客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公知信息的特殊客户信息，包括汇集众多客户的客户名册，以及保持长期稳定交易关系的特定客户。
3)	北京市高级人民法院《关于审理知识产权纠纷案件若干问题的解答》	第14条：如何确定客户名单构成商业秘密的标准？客户名单构成商业秘密，应符合商业秘密构成的一般要件，应特别注意审查客户名单是否是特有的或者是否具有特殊性；客户名单是否由权利人通过劳动、金钱等投入获得的。
4)	江苏省高级人民法院《侵犯商业秘密纠纷案件审理指南（2010年）》	第2.3.2条：原告主张其经营信息构成客户名单的，应当明确其中哪些内容（譬如交易习惯、客户的独特需求、客户要货的时间规律、成交的价格底线等）构成商业秘密，而不能笼统地称“XX客户”构成客户名单。

序号

名称

“客户名单”或“客户信息”的定义和范围

5)

河南省高级人民法院《商业秘密纠纷案件审理的若干指导意见（试行）》

（二）构成商业秘密的客户名单的认定问题

客户名单是经营信息的表现形式之一，能否成为商业秘密，必须审查是否具备商业秘密的法律特征。

判定客户名单是否构成商业秘密，应从以下几个方面考虑：

1.客户名单具有特定性。受法律保护的客户名单应是具体明确的、区别于可以从公开渠道获得的普通客户的名单。

2.单独的客户名称的列举不构成商业秘密。客户名单的内容应包括客户名称、客户联系方式、客户需求类型和需求习惯、客户的经营规律、客户对商品价格的承受能力等综合性客户信息。

3.客户名单具有稳定性。受法律保护的客户名单中的客户群应是权利人经过一定的努力和付出，包括人、财、物和时间的投入，在一定时间段内相对固定的、有独特交易习惯内容的客户。

4.客户名单具有秘密性。受法律保护的客户名单应是权利人采取了合理的保护措施予以保护的客户信息，他人无法通过公开途径或不经一定的努力和付出而获得。

5.审查客户名单是否构成商业秘密，还应注意考虑权利人开发客户名单所耗费的人力、财力以及他人正当获取客户名单的难易程度。

206

207

除了上述法律条文之外，一些经典案例中，司法机关也对客户名单、客户信息的认定展开了精辟的论述。例如，《关于印发检察机关知识产权保护典型案例的通知》（2024年4月19日发布）中的案例四给出了较为细致的界定，其中提到，“一是准确认定深度客户信息构成商业秘密。经审查，案涉经营信息载有凯某公司与S公司交易的特定联系人及邮箱、采购产品需求、质量要求、交易产品类型、交易量、交易价格、付款条件、供货工厂信息等多个核心交易要素，系凯某公司针对特定客户在长期经营活动中逐渐积累、完善、归纳形成，是一组完整且相互关联的深度综合信息，并非所属

领域人员普遍知悉或容易获取的浅度信息，应当认定为商业秘密。”

此外，(2021)最高法知民终312号、(2020)最高法知民终726号等均对案件中的客户信息或客户名单是否构成商业秘密进行了论证，具体如下：(2021)最高法知民终312号案中提到，“魏某乙、胡某违反保密义务，向香港某科技公司、深圳某科技公司披露并允许使用其所掌握的香港某开发公司的客户名单经营秘密，香港某科技公司、深圳某科技公司不当使用了上述经营秘密，魏某乙、胡某及香港某科技公司、深圳某科技公司共同侵害了香港某开发公司的商业秘密。”(2020)最高法知民终726号案中提到，“本案争议的客户信息如果构成经营秘密，应具备秘密性、价值性、保密性的构成要件，重点要考查是否包括客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容等深度信息，是否汇集众多客户并保持长期稳定交易关系。”

合规建议：

我们建议企业在建立商业秘密保护合规体系的基础上，针对全体员工或关键岗位员工开展有关商业秘密保护的合规培训，提高员工对商业秘密的识别和判断力，以及对可能构成商业秘密的信息的收集、整理、更新、管理、保护的能力；此外，建议企业将商业秘密保护的合规要求与劳动用工方面的合规要求相结合，提高内部人员商业秘密保护能力的同时，也要注意防范由内部人员引发的与商业秘密有关的危机或损失。

PART 002

“商业秘密”和“保密商务信息”的关系

我国法律法规尚未对“保密商务信息”作出系统性的界定，甚至没有对其含义作出过清晰的表述，仅在《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》中以脚注的形式对“保密商务信息”的范围作出了列举式的简单描述，详见下文。综观我国多个层级的法律法规，对于“保密商务信息”与“商业秘密”的逻辑关系、二者的

范围大小等尚未形成统一的共识，存在模糊不清甚至互相矛盾之处，可见法律层面对于“保密商务信息”的保护还有很大的提升空间。

笔者以“保密商务信息”和“商业秘密”之间的逻辑关系为视角，梳理了提及两者的部分法律法规，供读者参考：

1.“保密商务信息”的范围包含“商业秘密”？

序号	名称	有关两者关系的条文
1)	《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》 2020年1月15日	未对“商业秘密”作出清晰的定义。 “保密商务信息”的定义： 保密商务信息 是涉及或与如下情况相关的信息：任何自然人或法人的 商业秘密 、流程、经营、作品风格或设备，或生产、商业交易，或物流、客户信息、库存，或收入、利润、损失或费用的金额或来源，或其他具备商业价值的信息，且披露上述信息可能对持有该信息的自然人或法人的竞争地位造成极大损害。

208

2.“商业秘密”的范围包含“保密商务信息”？

序号	名称	有关两者关系的条文
1)	《最高人民法院 关于全面加强知 识产权司法保 护的意见》法发 〔2020〕11号	5.加强商业秘密保护。……加强保密商务信息等商业秘密保护，保障企业公平竞争、人才合理流动，促进科技创新。

3.“商业秘密”和“保密商务信息”是并列关系？

序号	名称	有关两者关系的条文
1)	《中华人民共和国行政许可法》(2019修订)	<p>第五条未经申请人同意，行政机关及其工作人员、参与专家评审等的人员不得披露申请人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息，法律另有规定或者涉及国家安全、重大社会公共利益的除外.....</p> <hr/> <p>第七十二条 行政机关及其工作人员违反本法的规定，有下列情形之一的，由其上级行政机关或者监察机关责令改正；情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分：.....（五）违法披露申请人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息的；.....</p>
2)	《中共中央办公厅、国务院办公厅关于强化知识产权保护的若干意见》2019.11.24	<p>二、强化制度约束，确立知识产权严保护政策导向（一）加大侵权假冒行为惩戒力度。.....探索加强对商业秘密、保密商务信息及其源代码等的有效保护。</p>
3)	《外商投资企业投诉工作办法》商务部令2020年第3号	<p>第二十三条 投诉工作机构应当建立健全内部管理制度，依法采取有效措施保护投诉处理过程中知悉的投诉人的商业秘密、保密商务信息和个人隐私。</p> <hr/> <p>第二十九条 投诉工作机构及其工作人员在处理外商投资企业投诉过程中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的，或者泄露、非法向他人提供投诉处理过程中知悉的商业秘密、保密商务信息和个人隐私的，依据《中华人民共和国外商投资法》第三十九条的规定处理。</p>
4)	司法部关于《关于强化行政许可过程中商业秘密和保密商务信息保护的指导意见（征求意见稿）》公开征求意见的通知	<p>一、准确界定保密范围</p> <p>1.依法确定商业秘密。行政许可申请人在向行政机关申请办理行政许可事项时，对按照反不正当竞争法等法律法规界定的商业秘密要予以明示，对需要保密的商务信息也要予以标明。</p>

序号	名称	有关两者关系的条文
5)	《中华人民共和国数据安全法》(2021)	第三十八条 国家机关为履行法定职责的需要收集、使用数据，应当在其履行法定职责的范围内依照法律、行政法规规定的条件和程序进行；对在履行职责中知悉的个人隐私、个人信息、商业秘密、保密商务信息等数据应当依法予以保密，不得泄露或者非法向他人提供。

除上述列举的条文以外，诸多其他法律法规或部委规章亦将“商业秘密”和“保密商务信息”二者置于并列的地位，以下仅列举该等法律法规或部委规章的名称：

- 药品生产监督管理办法（2020）
- 药品注册管理办法（2020）
- 食品生产许可管理办法（2020）
- 市场监督管理行政许可程序暂行规定（2022修订）

综观上述条文，“保密商务信息”的定义、范围、判断标准等并不清晰，仍有待通过立法或修法进行补充完善。但可以基本确定的是，“保密商务信息”也和“商业秘密”一样应具备“三性”。根据司法部《关于强化行政许可过程中商业秘密和保密商务信息保护的指导意见（征求意见稿）》的规定，“对可以通过公开渠道获知、不具有商业价值、未采取有效保密措施的商业信息，不得作为商业秘密和保密商务信息。”也即，一项信息必须同时具备秘密性、价值性、保密性，方可构成“保密商务信息”。

合规建议：

尽管上述涉及“保密商务信息”的条文仍有不尽完美之处，但毫无疑问的是，“保密商务信息”和“商业秘密”都属于市场主体依法享有的重要利益，事关其核心竞争力，因此建议企业在现阶段尽量按照保护商业秘密的标准来保护企业的保密商务信息。



高俊
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3575
gaojun@zhonglun.com

PART

II

内部
合规

INTERNAL
COMPLIANCE



商业秘密之客户信息保护的“时移世易”

1. 参见冯晓青，涂靖：《经营秘密的界定及其损害赔偿问题研究》，载《中州学刊》2020年第3期。

2. 2020年9月发布并施行的《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第一条第二款明确对“可商业秘密保护的”经营信息进行了说明和列举：“与经营活动有关的创意、管理、销售、财务、计划、样本、招标投标材料、客户信息、数据等信息，人民法院可以认定构成反不正当竞争法第九条第四款所称的经营信息。”

3. 2007年发布的《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》中并无对于经营秘密的说明或者列举，仅在第十三条规定了关于“客户名单”保护的条款。

4. 参见最高人民法院关于审理知识产权民事案件司法解释系列解读之一《〈最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定〉的理解与适用》，载《法律适用》2021年第4期。

在我国商业秘密保护法律规定中，技术秘密与经营秘密在法律条文中一直处于“并列”状态。但在商业和司法实践中，相比于直接用于生产，且通常有图纸、试验材料以及其他技术资料作为支撑的技术秘密，经营秘密的保护难度往往更高，经营秘密侵权的认定也往往更加复杂和困难¹，企业对于经营秘密内容、价值和保护方式的认知也略滞后于技术秘密。在2020年商业秘密的专门司法解释《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》²（以下简称“《商业秘密司法解释》”）发布以前，由于经营秘密的概念和内涵不甚清晰，企业对于经营秘密的保护往往较为乏力，对于自身持有的经营秘密以及经营秘密可能受到侵害的事实也存在一定的认识局限。

因此，在较长一段时间内，“客户名单”作为2007年《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“《不正当竞争司法解释》”）中唯一一项“有名有姓”的典型经营秘密³，与之相关的案例是侵害经营秘密纠纷案由下的高频案件，客户名单保护也是经营秘密保护下的重要议题。司法实践中，侵害经营秘密纠纷案由下的案件中涉及各行各业中形态各异的客户名单，既有教辅行业的学员点名册或联络册，也有工业企业的供货供应名单，其中不乏若干典型案例。但值得注意的是，在《商业秘密司法解释》中，“客户名单”这一表述已经被删除并修改为“客户信息”，与其相关的条款亦进行了实质调整。对于前述修改和调整的原因，最高人民法院在《〈最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定〉的理解与适用》中进行了说明，一方面，司法实践中关于“客户名单”构成商业秘密的认定存在较大争议，权利人往往通过主张该项商业秘密的方式变相垄断特定客户资源、不当限制竞争；另一方面，随着信息技术的发展和普及，客户信息的获取难度降低、收集和管理方式亦发生实质变化⁴，规范内容也有必要随之调整。除将“客户名单”这一表述删除之外，与客户信息保

护相关的其他司法解释内容也进行了相应修改和调整。

事实上，“客户名单”这一表述的语义与其实际意图保护的信息客体确实存在一定的差距，《商业秘密司法解释》对于相关规范修改不仅纠正了这一问题，也进一步以明文的形式总结了司法实践逐渐摸索和形成的认定标准，廓清了客户信息的保护意旨。但“客户信息”这一表述的内涵和外延相较于原有的表述似乎只增不减，这似乎又为该类型经营秘密的保护带来新的问题。

PART 001

客户信息保护司法解释规范内容的修改

要充分理解现有规范中客户信息的保护问题，需要回顾《商业秘密司法解释》对原有规范内容的修改。

2007年《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》	2020年《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的解释》
<p>第十三条第一款 商业秘密中的客户名单，一般是指客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公知信息的特殊客户信息，包括汇集众多客户的客户名册，以及保持长期稳定交易关系的特定客户。</p>	<p>第一条第二款 前款所称的客户信息，包括客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容等信息。 第二条第一款 当事人仅以与特定客户保持长期稳定交易关系为由，主张该特定客户属于商业秘密的，人民法院不予支持。</p>
<p>第十三条第二款 客户基于对职工个人的信赖而与职工所在单位进行市场交易，该职工离职后，能够证明客户自愿选择与自己或者其新单位进行市场交易的，应当认定没有采用不正当手段，但职工与原单位另有约定的除外。</p>	<p>第二条第二款 客户基于对员工个人的信赖而与该员工所在单位进行交易，该员工离职后，能够证明客户自愿选择与该员工或者该员工所在的新单位进行交易的，人民法院应当认定该员工没有采用不正当手段获取权利人的商业秘密。</p>

215

可以看到，在新旧条文中“客户名单”和“客户信息”可能包含的信息要素是一致的，均为“客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等”，该调整更多是措辞上的调整，并不涉及保护内容的实质变化。但新条文实质上“取消”了对于“汇集众多客户的客户名册”和“保持长期交易关系的特定客户”构成经营秘密的“稳定保护”，同时修改了个人信赖抗辩的有关规定。

这样的修改无疑是得宜的，虽然旧条文中以“区别于相关公知信息的特殊客户信息”作为认定构成经营秘密的前提条件，但是以信息

多寡、长期或者多次交易关系说明保护条件、甚至限定保护类型，无疑是不合适的，也可能引起相应的误解。而客户基于对员工个人信赖条款中删除了“约定除外”的内容，也避免了应属违约的行为受到侵权规范的不合理评价。

5.参见河南省高级人民法院（2016）豫民终347号民事判决书。

PART 002

从典型案例看客户信息保护的原则与边界

如前所述，无论是“客户名单”还是“客户信息”其保护内容和规范意旨是没有实质变化的，因此，关于客户名单保护的典型案例并未过时，不仅其中的认定规则和保护原则仍可适用，而且能够从相关案例实践中找到催生规范内容变化的现实考量。

（一）客户信息符合保护条件的典型案例

在“鹤壁市反光材料有限公司与宋X超等商业秘密纠纷案”中，涉及员工使用单位客户信息帮助其他主体达成交易这一较为常见的侵权场景，其中权利人主张的客户名单的信息主要来源于对交易信息和潜在交易信息的有效整理，“反光材料公司将获取的客户信息整理后输入电脑数据库以及将向东北地区客户出具的增值税发票、发货清单、与其客户资金往来的汇款凭证、要货通知单、包裹票、出差工作日程表及出差计划上载明的信息予以汇总、整理，最终形成了客户名单及相关载体上记录的信息，由此证明反光材料公司通过花费时间、金钱和劳动等代价才获得了相关客户的经营信息。反光材料公司所提供的交易记录及客户来往票据，其中‘品种’、‘规格’、‘数量’能够说明客户的独特需求，‘成交日期’能够反映客户要货的规律，‘单价’能够说明客户对价格的承受能力、价格成交的底线，‘备注’反映了客户的特殊信息，这些内容构成了反光材料公司经营信息的秘密点，体现了反光材料公司掌握的客户信息的特有，不能从公开的信息中获取。”⁵因前述信息属于权利人因交易获得的信息而具有非公知性，权利人对前述客户信息采取了保密措施并与该信息涉

6. 参见最高人民法院发布2017年中国法院10大知识产权案件之九：鹤壁市反光材料有限公司与宋俊超、鹤壁睿明科技有限公司、李建发侵害商业秘密纠纷案——“反光材料”商业秘密纠纷案。

及的客户形成稳定供货关系，因此获得了经济利益和竞争优势，亦符合商业秘密的构成条件。二审法院经审理确认侵权行为存在并对前述客户信息给予保护、支持权利人的诉讼请求。该案例为最高人民法院发布的2017年中国法院10大知识产权案例，虽案例公开的“典型意义”部分没有归纳案例中涉及的对客户信息给予保护的条件的内容和说明，但“案情摘要”部分对于认定案件涉及的客户信息为经营秘密的原因进行了清楚的说明⁶。该案件中存在具象的客户名单，权利人通过对原本零散的交易信息和潜在客户信息的汇总和整理以及对于信息的深度归纳，获得了较为确实的“客户名单”，且无论是按照新旧规则，该等包含了通过交易、洽谈获取基本信息并通过有序的整理、归纳形成“深度加工”的客户信息，均可以获得确定无疑的保护。

（二）“客户名单”作为商业秘密保护的内容和条件

最高人民法院在2020年发布的《最高人民法院知识产权案件年度报告（2019）摘要》中公开了一例与上一案例中的侵权场景和事实较为相似的典型案例，并冠以“客户名单作为商业秘密保护的内容和条件”这一标题。该案例中权利人主张保护的内容为43家客户名单和交易信息，并主张其能够反映不同客户的特殊产品需求和交易习惯，其提供的信息中也确实记载了包括“订单日期、单号、品名、货品规格、单位（桶或个）、销售订单数量、单价、未税本位币、联系人、电话、地址、特定时间段内客户的交易记录及联系人”等诸多信息，但最高人民法院再审认为“首先，在当前网络环境下，相关需方信息容易获得，且相关行业从业者根据其劳动技能容易知悉；其次，关于订单日期，单号，品名、货品规格，销售订单数量、单价、未税本位币等信息均为一般性罗列，并没有反映某客户的交易习惯、意向及区别于一般交易记录的其他内容。在没有涵盖相关客户的具体交易习惯、意向等深度信息的情况下，难以认定需方信息属于反不正当竞争法保护的商业秘密。”同时，最高人民法院在该案例中明确“如果在没有竞业限制义务亦不存在商业秘密的情况下，仅

因为某一企业曾经与另一市场主体有过多交易或稳定交易即禁止前员工与其进行市场竞争，实质上等于限制了该市场主体选择其他交易主体的机会，不仅禁锢交易双方的交易活动，限制了市场竞争，也不利于维护劳动者正当就业、创业的合法权益，有悖反不正当竞争法维护社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益之立法本意。”⁷该案件中的客户名单虽然收录了符合“汇集众多”以及“长期稳定交易”条件、且来自于交易的客户信息，似乎完美符合审理当时适用的《不正当竞争司法解释》给予保护的条件，但仍成为了确认客户名单保护条件的“反面教材”。究其原因，一方面在于从案件事实的整体上来看，不论是考虑案件背景行业的交易习惯与情况、还是考虑客户信息的公开程度、双方信息的比对结果、案涉客户出具的关于主动达成交易的证明以及案件中涉及的劳动者权益、经营者交易自由和“客户名单权益”之间的平衡，案件的结论应为不构成侵权，因此在商业秘密成立条件上也秉持了较为严格的认定标准；另一方面，笔者认为，更重要的原因在于，案涉客户信息存在固有缺陷，正如判决文书的阐释，权利人主张的客户信息的一部分可从公开途径获得、另一部分仅为机械的记录和叠加，属于“一般性罗列”而“没有涵盖深度信息”，难以认定属于反不正当竞争法保护的商业秘密。

7. 参见最高人民法院（2019）最高法民再268号民事判决书。

PART 003

客户信息管理和保护的“初级指南”

无论是从保护规范内容的变化，还是从典型案例的认定规则中，不难得出这样的结论：客户信息构成经营秘密的关窍并不在于将从交易和洽谈中获得的非公开信息进行机械积累和叠加，而是在于将浅表信息汇总后加工为深度信息。同时，根据《商业秘密司法解释》第六条第二款的规定“将为公众所知悉的信息进行整理、改进、加工后形成的新信息，符合本规定第三条规定的，应当认定该

8. 参见最高人民法院(2018)最高法民申1102号民事判决书。

9. 该案件中涉及的最终客户为马来西亚海关，PAT公司为海外代理商，案件涉及的交易信息指向与相同最终客户的交易机会，故表述为“单一客户”。

10. 参见孔祥俊著：《商业秘密司法保护实务》，2012年5月第1版，第142页。

新信息不为公众所知悉”，将从公开途径获得的与客户相关的信息汇总进客户信息档案中，使其与自有信息一并进行加工获得“新信息”的，亦可能由此获得权利。例如，通过将客户公开的采招信息、年报等材料中的采购和产量信息、交易文书中可能并不涉及的因口头议价、洽谈获取的零散信息整合成“交易意向”信息，将交易信息中隐藏的具有规律性的信息提炼为“交易习惯”信息等，既便于企业管理和使用客户信息，也可以提高企业因经营和交易获得的客户信息受到法律保护的可能性。

客户信息保护的重质不重量也在既往案例中有所体现，例如，在（2018）最高法民申1102号⁸中，最高人民法院认可原审法院在此问题上的认定：公司主张的其向马来西亚海关2009年销售产品的实际交易价格、具体设备参数，PAT公司的交易习惯，马来西亚海关的具体采购需求等信息构成该公司的商业秘密，将基于单一客户⁹的客户信息和交易信息认定为经营秘密，不仅是因为双方的交易具有长期、稳定的属性，也考虑到了因该等交易的达成、信息的流通均存在较高壁垒，使得该单一客户信息的商业价值更高。

商业秘密本就是“因权利人对有关信息的自我保护而产生的权利”¹⁰，对客户信息的主动保护和保密是其能够成为经营秘密的前提条件。对于信息的来源和载体更为多元、信息颗粒度更小的客户信息的管理方式，简单的罗列、汇集、归档并加以保密管理，在新的《商业秘密司法解释》之下可能并不是有效、充分的保护和管理措施。商业秘密权利人对于客户信息的保护和管理需要区分具体场景和管理目的，进行更多的考量和设计，使之更加贴近商业秘密概念本原，达到一定的“厚度”，才能以不变的有效管理方法，应对任何变化的规范和司法认定规则。



马东晓
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2099
madongxiao@zhonglun.com



技术成为竞争力核心， 科技型企业如何保护 商业秘密

作者：顾萍 伍波

1.公众号“中国审判”：《知识产权审判 | 涉商业秘密案件司法审判调研报告》，<https://mp.weixin.qq.com/s/W1NW20X-00mJLG-AQoBAXGw>

2021年2月26日，最高人民法院知识产权法庭宣判了我国法院当时史上判赔金额最高的侵害商业秘密案件（以下称“香兰素”案），赔偿金额为1.59亿元。该案是典型的因核心技术员工离职而引起的侵害商业秘密的案件，最高院判定傅某（为权利人嘉兴中华化工公司前员工）、王龙科技公司（傅某就职的新公司）及其法定代表人王某等共同实施了侵害商业秘密的行为，并承担连带责任。

本案对科技型企业具有重要的借鉴意义。对于科技型企业来说，核心技术是其重要的竞争力，也是企业赖以生存、保持竞争优势的关键。然而，随着技术人才的流动和技术合作的开展，企业的商业秘密不可避免地披露给其员工或合作对象，也因此存在被非法披露或使用的风险。

在实践中，尽管我国司法机关已经采取各种举措来解决商业秘密权利人维权难的问题，但是权利人败诉的案件仍明显大于胜诉的案件数量¹。胜诉率低的主要原因在于科技企业内部没有完善的商业秘密管理体系，对企业自身的研发资料和技术文档的管理不规范，与员工或技术合作方之间关于技术秘密的约定不清楚和技术材料交接的管理不规范。

本文将结合笔者在实际处理案件过程中的实务经验，针对科技型企业如何建立完善的商业秘密管理体系，如何在员工离职或入职时以及与他人进行技术合作时有效地保护商业秘密，提出以下建议，谨供参考。

PART 001

建立企业商业秘密管理体系

最高院《商业秘密司法解释》（法释〔2020〕7号）第六条²为企业提供了保密措施方面的实操指引，我们建议企业可以该司法解释为参考，对建立适合企业自身的管理体系。具体而言，企业可以采取以下方式：

一、制定商业秘密保护制度，确定商业秘密的范围和层级，并且指定商业秘密保密责任人。

1. 根据自身的实际情况，建立、完善企业内部保密管理制度，根据商业秘密的类型来选择保护途径，例如作为商业秘密保护或申请专利保护。

2. 明确企业商业秘密的范围，对不同程度的商业秘密进行分级，例如，分为绝密级、机密级、一般性、其他等。分级后，企业可以明确哪些员工可以接触哪一级商业秘密，将商业秘密保护工作落实到实处。

3. 成立商业秘密保护部门，落实岗位职责，做到责权明确，可以施行业务主管负责制，也就是说，谁需要用到商业秘密，谁就需要负责保密。

二、针对员工进行商业秘密保护培训。

企业往往更重视对员工职业能力的培养，因为这会为企业提供更直接的利润来源，但却忽略了商业秘密保护工作不完善可能会为企业带来的负面影响。企业需要重视商业秘密的培训，将其作为每位员工必知的工作内容，要让员工明确商业秘密的概念、侵犯商业秘密的法律后果，在思想上力争让员工杜绝其侵犯商业秘密的念头。企业员工专门的保密教育及其培训记录是被司法实践认可是一种有效的保密措施。

2. 《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第六条：具有下列情形之一，在正常情况下足以防止商业秘密泄露的，人民法院应当认定权利人采取了相应保密措施：（一）签订保密协议或者在合同中约定保密义务的；（二）通过章程、培训、规章制度、书面告知等方式，对能够接触、获取商业秘密的员工、前员工、供应商、客户、来访者等提出保密要求的；（三）对涉密的厂房、车间等生产经营场所限制来访者或者进行区分管理的；（四）以标记、分类、隔离、加密、封存、限制能够接触或者获取的人员范围等方式，对商业秘密及其载体进行区分和管理的；（五）对能够接触、获取商业秘密的计算机设备、电子设备、网络设备、存储设备、软件等，采取禁止或者限制使用、访问、存储、复制等措施的；（六）要求离职员工登记、返还、清除、销毁其接触或者获取的商业秘密及其载体，继续承担保密义务的；（七）采取其他合理保密措施的。

3.《劳动合同法》第二十三、二十四条,《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第六条。

三、与员工签署内容明确的保密协议、竞业限制协议。

这也可用以证明企业为保护自身商业秘密采取了一定的保密措施。具体建议将在下一部分中详细论述。

PART 002

涉及员工的商业秘密保护

本文所引用的“香兰素”案,是典型的因核心技术员工离职而引起的侵害商业秘密的案件。在我们处理的案件中,虽然大多数的企业都与员工签署有保密协议,或在劳动合同中设置了保密条款,但大多均为格式条款,通常规定得不及时、不具体、没有针对性,为在后期维权过程中留下较大隐患。企业应在员工入职或离职时注意以下方面的内容:

一、与员工签订保密协议以及竞业限制协议,约定员工相关义务的同时可辅助证明企业对商业秘密保护采取了一定的保密措施³

1.保密协议和竞业限制协议并非择一的关系,二者各有侧重而不能互相替代,前者主要约定员工的保密义务,后者主要约定或限制员工的再就业权利,该观点也已被(2017)最高法民申2964号判决认定。因此,我们建议企业与员工同时签订两个协议,从不同角度保护商业秘密。

我们建议企业在员工入职时就签订保密协议与竞业限制协议,以防员工申请离职后出于种种原因不愿意或拖延协议的签订,比如“香兰素”案件,权利人前员工傅某就在离职时拒绝签订保密协议。

2.虽然目前从法律规定到司法实践均认为不宜对保密措施提出过高的要求,但我们建议企业仍然需要针对企业所属行业的特点、商业秘密载体等具体内容与员工签订具有针对性的、范围具体的保密协议。例如,在(2015)穗云法知民初字第558号民事判决书中,法院认为原告仅以签订保密协议以及劳动合同中的保密条款的方式对相关人员进行约束,不足以认定其采取了与商业价值对应的

具体保密措施。

3.建议企业根据自身发展变化及时与员工更新签署保密协议与竞业限制协议。

在笔者处理的案件中，权利人是一家跨国企业A，员工甲在入职时就与A签订了保密协议与竞业限制协议。员工甲入职三年后，A被另外一家企业B全资收购，但企业B未及时与企业A的原员工签订新的保密协议以及竞业限制协议，导致企业B在追究员工甲离职后侵犯原企业A商业秘密的过程中有诸多不便。

因此，我们建议当企业自身发生重大变化，如公司名称变更、投融资、并购等，导致员工的劳动关系发生变动，或者当员工的工作内容、职称发生变化时，及时与员工重新签署相关协议，以防出现上述案例的情形造成后续维权的不便。

二、离职员工档案的交接管理

在离职员工引发的技术秘密侵权案件中，通常权利人发现侵权行为时，相关员工已离职多年。而企业并未完善地保存多年前员工的相关资料，这时再搜集相关员工在原单位接触、获悉商业秘密的资料时，就增加了很大难度。鉴于此，在员工离职时，企业要注意：

1.保留员工在职期间与企业商业秘密有关的接触记录，如工作记录、电脑、邮件等

最高人民法院作出的(2015)民申字第550号判决认为，商业秘密侵权判定原则即“接触+相似或实质性相似-合法来源”，因此证明离职员工在职期间“接触”商业秘密至关重要。所以我们建议在员工离职时，保留员工与商业秘密有关的文档或设备，如电脑硬盘，签字的会议纪要、对机密信息的文件访问记录、离职交接材料清单等。

如笔者曾经遇到的一个案件中，法院就以被告离职交接清单中载明的内容，认定被告能够接触到原公司的商业秘密，结合其他证据证明其将商业秘密提供给新用人单位，其行为侵犯了权利人的商业秘密，应当承担相应的侵权责任。

2.要求离职员工登记、返还、清除、销毁其接触或获取的商业

秘密及载体

企业在员工离职时，除一般的离职清单外，还应要求员工登记、返还、清除、销毁其接触或者获取的商业秘密及其载体，包括各种原复印件及备份件，并签署销毁承诺，以防止员工将商业秘密备份件给第三方。如“香兰素”案中，前员工傅某将存有商业秘密材料的U盘给到了被控侵权人。

PART 003

企业之间合作过程中商业秘密保护

商业秘密纠纷虽然多发于员工、前员工离职，但是，也有不少是源于企业之间的合作，包括合作开发或委托开发等。这种纠纷属于典型的“违约型”侵犯商业秘密纠纷，合作方往往是通过合法的方式知悉了企业的商业秘密，但是，后期由于商业利益的驱动，非法披露、使用或允许他人使用企业商业秘密。对于企业之间合作过程中如何保护企业自身的商业秘密，我们建议：

第一，通过合同的方式明确知识产权归属。一般而言，双方合作之前的知识产权权属不会有太大争议，而对于在合作过程中形成的商业秘密却很容易产生纠纷。在笔者处理的案件中，权利人委托被诉企业生产设备，被诉企业后续利用权利人的商业秘密与他人交易并获利，甚至在诉讼中主张该商业秘密归属于自己。权利人提供了其与被诉企业合作过程中签署的合作协议作为证据，其中对合作过程中产生的知识产权的归属明确约定属于权利人，最终，法院依据合作协议判定该商业秘密归属于权利人。

第二，在合作过程中，对相关图纸、数据、技术资料等原始材料及其交接记录进行妥善保存。在笔者代理的上述商业秘密案件中，虽然权利人对技术研发本身也投入了极大的人力物力，且在商业上取得了显著的成功，但是，权利人在初期未重视对相关技术研发资料的保存，导致研发资料和记录并不完善，在维权过程中增加了难度。虽然我们后期在诉讼中，提供了其他证明材料并进行了合

理解释，权利人最终赢得了案件。但是，这也提醒我们，企业在研发过程中，一定要做到相关原始资料的保管工作。

4.北京市高级人民法院知识产权庭课题组，《反不正当竞争法》修改后商业秘密司法审判调研报告

PART 004

侵犯商业秘密的法律后果

依据2019年修订的《反不正当竞争法》第二十七条之规定，经营者侵犯商业秘密的，应当承担民事责任、行政责任和刑事责任。

1、民事责任

《民法典》第一百七十九条规定了承担民事责任的方式，通常在商业秘密侵权案件中的民事责任包括停止侵害和赔偿损失等。

1) 停止侵害

停止侵害（禁令）、或行为保全等请求或措施是权利人或者被诉侵权人在商业秘密侵权案件中的核心关注点。停止侵害往往意味着权利人可以排除被诉侵权人对于涉案商业秘密的使用而重新拿回市场份额，而被诉侵权企业有可能会因为无法再继续使用商业秘密而永久退出市场。

2) 赔偿损失

据统计，自2013年至2017年判赔额最高为2014年的1100多万，最低为2016年的1000元。⁴随着国家对于法定赔偿数额的提升，商业秘密保护的力度也在不断加大，判赔金额呈上升趋势。最高人民法院在（2019）最高法知民终562号一案中作出首例惩罚性赔偿判决，判决中法院根据被诉侵权人的侵权恶意顶格五倍判赔3000万。

“香兰素”案更是作出了1.59亿的高额赔偿。值得一提的是，最高院在二审判决中提及，该涉案侵权行为本可适用惩罚性赔偿，但因涉及新旧法律适用衔接的问题，本判决并未适用惩罚性赔偿，但向权利人释明可另行寻求救济。

2、行政责任

《反不正当竞争法》第二十一条规定了侵犯商业秘密需要承担的行政责任：可由监督检查部门责令停止违法行为，没收违法所得，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。

3、刑事责任

最高人民法院、公安部发布的《关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》的通知(2020)，将侵犯商业秘密罪的入刑标准由原来的五十万元降低到三十万元；《刑法（2020）修正》第二百一十九条将侵犯商业秘密罪的法定最高刑提高到了十年。显然，立法体系不仅从民事上加大了对权利人的保护，而且在刑事责任上也进一步降低了入罪门槛、提高了刑期以期达到更强的刑法震慑目的。

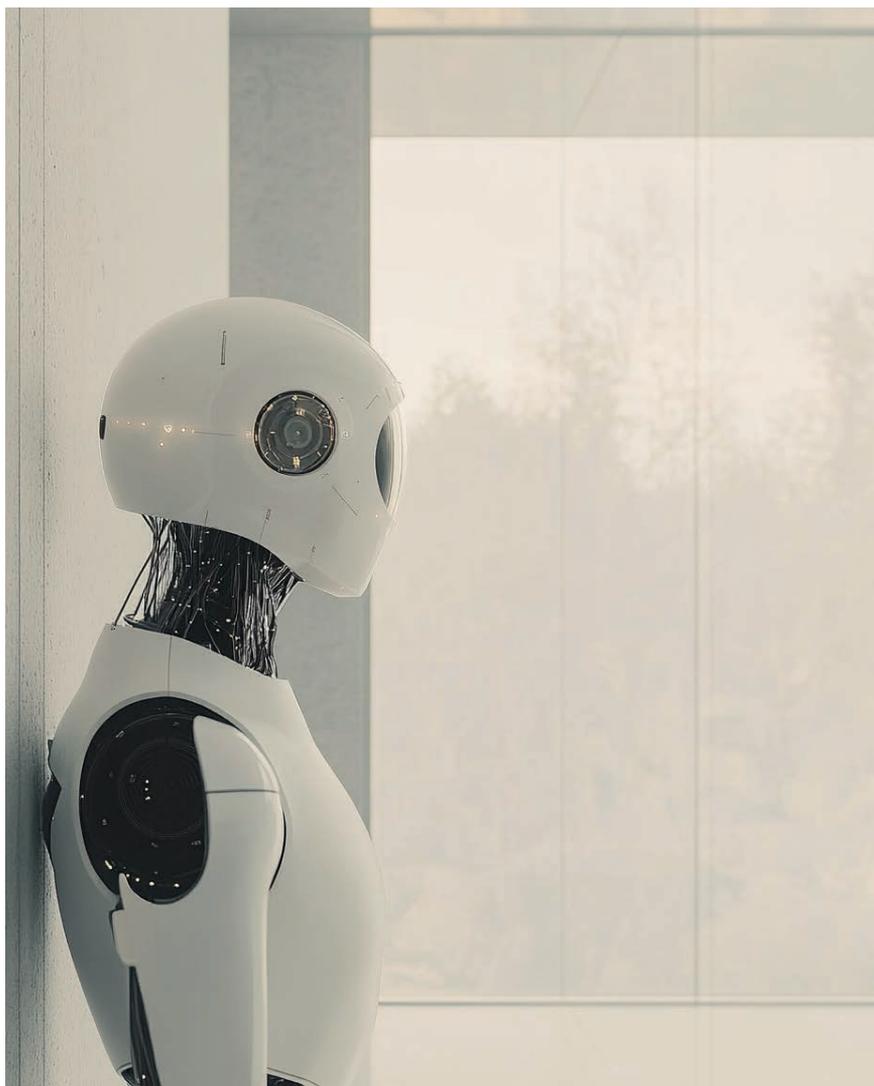
“香兰素”案二审法院在认定高额赔偿的同时，也表明将移送相关线索给公安机关处理。相信在民事已有生效判决的情况下，刑事责任也将很快明确。

“香兰素”案1.59亿元的高额判决，以及近期出台的相关法律法规，无不传达着国家鼓励创新、保护商业秘密、打击侵权行为的目标。虽然目前形势一片大好，但企业在商业秘密保护的前期管理或者维权诉讼中，仍有很多问题亟需解决。我们建议企业要注重完善知产管理制度，在商业秘密侵权案件中尽早委托律师介入，搭上当前知识产权保护的快车，更好地在前期准备阶段搜集到对己方有利的证据，更好地维护自己作为权利人或者被诉侵权人的合法权益。

（贾媛媛、崔晓霞对本文亦有贡献）



顾萍
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2089
guping@zhonglun.com



从技术类纠纷案件看 企业技术开发过程中的 知识产权合规应对

作者：何丹

近年来，知识产权保护日益强化，技术类案件频发，国家高度重视，2019年设置了“飞跃上诉制度”，技术类案件二审统一由最高人民法院知识产权法庭管辖。本文对笔者代理结案的若干技术类案件进行案例分析，结合拟上市高新技术企业监管应对的经验，从企业技术开发过程中知识产权合规管理的角度探讨企业的应对。企业加强技术开发过程中的知识产权合规，可以在很大程度上避免知识产权纠纷的发生，系统性的应对各种监管风险（例如企业IPO上市的核查、高新技术企业的认定及撤销等），为企业的健康发展打下良好的基础。

PART 001

关于知识产权合规

1. 季卫东. 为企业合规性投石问路[J]. 财经, 2008, 20

2. 杨力. 中国企业合规的风险点、变化曲线与挑战应对[J]. 政法论丛, 2017, (02)

3. 曹义孙. 加快全行业合规体系建设. https://www.sohu.com/a/454773982_180220, 2021-03-08

合规是目前企业治理的热点话题，从中国知网关于“企业合规”关键词的关注度指数分析看（图一），2020年达到了历史最高峰值。

关注度指数分析 （检索范围：源数据库，包括期刊库、博士论文库、硕士论文库、报纸库、会议库）



230

现代企业的“合规”界定包括三个层次：“国家颁布的法律和政令、企业自身制定的共同体规则和协定、自由市场所要求的一般性诚信伦理¹。”因此，**合规**不只是“符合一定的准则或规则”，而是比法律风险管理的内涵更宽泛，是企业为免受法律制裁、监管处罚、财务或声誉损失，从治理结构、内控机制、责任价值建立的“全面风控”意识、标准和取向，从行为预期上又突出强调对违规的“零容忍”²。要培育企业合规文化，搭建企业合规组织框架，完善企业合规运行制度和合规保障机制，将合规融入企业业务流程，防控企业在重点领域和关键环节的风险³。

目前来看，业内少有涉及知识产权合规的理论介绍，大多数都是从知识产权法律风险防范的角度考虑问题。但是，无论是监管机构对拟上市企业在IPO过程中（特别是科创板）的知识产权核查，还是高新技术企业认定及撤销，都给企业的知识产权合规工作带来严峻的挑战。本文介绍的各类技术类纠纷案件的发生，如果从合规的角度分析，属于典型的企业研发过程中的知识产权不合规所导致。本文从企业技术开发产生知识产权的源头入手，以知识产权合规管理的视角，

将企业的知识产权法律风险防范上升到企业知识产权合规的高度，以利于企业系统性地抵御各类风险。

PART 002

企业在技术开发过程中的知识产权合规应对

按照工作阶段划分，企业的技术开发包括立项、成果产出、布局、保护等环节。以下结合近年来办理技术类争议解决案件和拟上市高新技术企业技术开发监管应对的经验，对企业在技术开发过程不同阶段中的主要合规问题作简要分析。

（一）技术开发立项的合规

案例：

时间	事件
2012年12月	甲公司获批进行生产线项目建设。
2013年	甲公司与乙公司在行业内有一定的合作关系。甲公司邀请包括乙方公司在内的6家单位参加该公司生产线项目的“设计、制造、供货、安装、调试、试验及相关服务”的招标活动，包括乙公司在内的4家单位到场参加项目投标，经评选后乙公司未中标。
2015年	乙公司向国家知识产权局申请了两项发明和实用新型专利，后两专利均获得授权。
2017年	甲公司以案发明专利以及涉案新型专利抄袭了招标书中的技术方案为由，向武汉中院提起了专利权属争议，要求确认两专利归甲公司所有。在案件审理过程中，法院组织双方当事人对甲公司主张的技术方案和被控发明专利申请公开的权利要求进行对比，双方在确认发明专利申请中，权利要求的技术特征在甲公司提交的技术文件中均有披露，不同在于，发明专利权利要求中所提及的“输送带”等构件及其连接设置特征未在甲公司提供的招标文件中予以明确描述。两级人民法院均认为甲公司并未提交明确记载有“输送带”等构件及其连接设置特征在设备中公开运用的技术资料，也未证明其属于设备设置的常规方式。因此，甲公司主张两者方案的不同之处属于公知技术缺乏事实依据，人民法院不予支持。该案后经过最高院再审后发回重审，在重审阶段，甲乙双方达成和解，共有专利，并共享专利的收益，历经三年两个专利案件最终和解结案。

解读：

本案是一起专利权属纠纷案，案件一直到最高院再审，最后在湖北高院的调解下，双方握手言和，历时三年，于2020年结案。该案源起于招投标，为国内首例因招投标引发的专利权属纠纷，对于招标方如何做好技术信息的披露以及投标方如何使用获悉的技术信息提供了指引。从知识产权合规的角度来看，企业进行技术开发前应进行立项。如果需要依赖外部研发团队，则需要在签订保密条款的前提下以协议的方式明确约定双方之间的权利义务以及知识产权的归属。本案的发生，就是因为招标企业在招标过程中，没有对技术方案的保密范围及技术成果的归属做出约定，导致发生旷日持久的争议，给涉案双方都带来经济损失。

合规应对：

在立项工作启动前，应确定技术开发立项小组的人员范围，签署保密承诺书。立项小组在详尽摸清企业自身研发基础的情况下，了解该技术项目的国内外研发现状、水平和发展趋势，明确研究开发的目的和意义，对能够达到的技术水平及市场前景做出预判，确定研究开发的内容和目标。该目标应符合企业的总体发展目标，包括经营范围、利润来源、主要产品等。在此基础上组织企业内外部的技术人员、市场人员、法律人员召开立项工作会议，分别从技术、市场、法律各方面对项目是否能够立项进行研讨和论证。在初步确定可以立项的情况下，通过专利信息分析和侵权比对等方法，对项目的主要内容及关键技术、创新点进行FTO分析（不侵权分析），判断研发项目落地后是否可能侵犯第三人的专利权。如果产品将销往国外，还要针对目标国进行专利预警分析。如果存在可能侵权的情形，则提前做好专利规避方案；如果发现难以规避或者规避成本过高，可考虑放弃该立项。同时，在立项中还应进行商标（著作权）设计及查询检索，在避免侵犯第三人的在先权利（商标权、著作权、外观设计专利权等）的情况下，确保一旦立项通过后，可以快速完成商标的防御性注册和相关著作权的登记，避免被第三人抢注。

(二) 技术开发成果规划布局的合规

案例1:

时间	事件
2011年	甲方向国家知识产权局提出“一种光源座及包括该光源座的半导体混合光源弱视治疗仪”专利申请。
2012年	甲方获得授权。
2017年6月	甲方在市场上发现一款涉嫌侵犯上述专利权的弱视综合治疗仪，该产品的说明书上载有其由乙方生产、丙方全国总经销。
2017年6月	甲方进行公证购买取证，获得一台RS-200型弱视综合治疗仪，向武汉市科学技术局提出行政查处的请求。
2017年7月	乙方向国家知识产权局专利复审委员会提出对涉案专利的第一次无效宣告请求。
2017年8月	甲方向武汉市中级人民法院提起诉讼，请求判令两被告立即停止生产、销售、许诺销售侵犯原告专利权的产品，共同赔偿原告100万元。
2017年12月	国家知识产权局专利复审委员会做出对涉案专利的无效审查决定，维持涉案专利的权利要求全部有效。
2018年3月	武汉市中级人民法院公开开庭审理本案。经庭审比对，被控侵权产品完全落入涉案专利的权利要求保护范围，最终，法院按照最高法定赔偿数额判决乙方、丙方赔偿甲方经济损失100万元。在本案二审期间，乙方继续发起第二次专利无效请求并取得成功。
2018年	湖北省高级法院依据第二次无效决定，驳回甲方起诉。
2019年	甲方就该无效决定提起行政诉讼，北京知识产权法院一审维持了无效决定。
2021年1月	最高人民法院知识产权法庭二审维持了一审判决。

案例2

甲方为高压开关市场的主要占有者，自身拥有开关测量仪发明专利。

2018-2020年，甲方针对该专利向乙提起了专利侵权诉讼。

2019年11月20日，武汉市中级人民法院作出一审民事判决，认为被诉产品显现的技术特征有一项与甲方涉案专利权利要求中的保护特征不相同，也不等同，故认定该被诉产品未落入涉案专利权的保护范围。甲方向最高人民法院知识产权法庭上诉。在此诉讼程序中，乙方针对涉案专利先后发起三次专利无效，涉及15份三种不同语言的专利文献或非专利文献证据以及10种不同的证据组合方式。最终，三次专利无效程序中，均维持了涉案专利权利要求全部有效。最终，双方在最高院主持下以撤回起诉的方式达成和解。

案例3

甲为国有控股大型综合性工程公司，不仅承接如隧道等大型工程的施工任务，同时还生产隧道专用车等施工设备。

234

时间	事件
2016年-2019年	甲方向国家知识产权局提出了一系列有关隧道专用车的专利申请。
2020年5月之前	有12项相关的实用新型专利获得授权。
2019年	乙方来甲方处参观，并对甲方研发并生产的隧道专用车进行了拍照研究。
2020年初	甲方发现案外人使用的产品与其研发生产的隧道专用车高度近似，遂到广西、四川等地涉嫌侵权产品的施工现场进行了实地勘验，选定了7个专利，在成都中院对乙提起了专利侵权诉讼。
2020年9月	在法官的主持下，双方达成了和解协议，案件顺利结案：乙方不仅向甲方支付了100万元的赔偿金，还承诺今后在与甲方及其关联公司的交易中给予一定的优惠。

解读：

上述三个案例，前两个均为单个专利提起诉讼，前后均历时三年，最终一个虽然赢得了一审侵权诉讼但因专利无效而被驳回起诉，另一个虽然经过三次无效请求保住了专利，但并没有赢得侵权诉讼；而第三个以7件专利构成的专利组合作为权利基础的同时提起诉讼，给被控侵权人以较大困扰，不敢贸然发动无效攻击，从发现疑似侵权到达成和解结案仅仅5个月的时间，不仅快速制止了侵权，还获得了赔偿。企业发起侵权诉讼后，被控侵权方在应对侵权指控的同时，其中一个标准动作就是对涉案专利发起专利无效的攻击。当一次无效不成功后，一般会紧接着第二次、第三次……只要有一次无效成功，对于尚未结案的侵权诉讼，则法院一般都会判决驳回起诉。在司法实践中，一旦做出涉案专利无效的决定，在针对无效决定提起的行政诉讼程序中，原告胜诉的几率非常小。特别在2019年设立最高人民法院知识产权法庭集中审理二审技术类案件后，知识产权行政案件的审理时限大大缩短，改判的几率更是微乎其微。可见，用于诉讼的专利稳定性非常重要，如果稳定性不强，则不要轻易发起诉讼。而专利组合相对于单个专利来说，稳定性大大增强。

合规应对：

企业对技术开发的成果保护应该科学布局，从知识产权合规的角度做好成果保护。首先是对成果保护方式的选择：如果选择以商业秘密的形式保护技术方案，则应充分考虑商业秘密的法律特征，做好秘密点的确认及相关保密手段的运用；如果选择通过专利来保护，则应该围绕主要产品、核心技术做好基础专利或核心专利的布局，同时，围绕基础专利或核心专利做好外围专利布局；如果企业采用的是进攻型的知识产权战略，则应采用高价值专利布局策略，从诉讼角度考虑，在核心产品、关键技术领域布局严密的专利网，根据外观设计专利、实用新型专利和发明专利的不同特点，合理的构建专利组合，达到侵权识别容易，侵权认定清晰，侵权方无效涉案专利组合困难的法律效果；如果产品将出口国外，则应构建专利家族，在目标出口国进行专利布局。除了专利外，企业还应同时完

成商标、著作权的规划与布局，避免发生商标被他人抢注的情形，特别对于出口产品国，避免发生商标抢注或出口国语言商标被抢注等的情形。在侵权诉讼中，要注意使用具有高价值专利特征的专利组合作为诉讼专利，一旦被控侵权人发起无效攻击，工作重点要放在无效行政审查阶段，集中力量应对，最大限度的维持专利的有效性。

(三) 技术开发成果申报知识产权的合规

案例：

时间	事件
2006年	甲公司系设立于武汉的一家大型国有控股公司。乙系甲公司前员工，自2006年研究生毕业后即进入甲公司工作。
2019年4月1日	乙离职。
2019年4月18日	乙在北京成立丙公司，持股比例90%，担任经理、执行董事。
2019年8月6日 -8月20日	丙公司申请四件专利，发明人为乙。甲公司认为丙公司申请的专利系乙与甲公司劳动关系终止后一年内作出，且与乙在甲公司承担的本职工作和分配的工作任务有关，属于职务发明创造的一种情形，专利的申请权应归属原告所有。
2020年6月	双方协商未果，甲公司将乙和丙公司诉至北京知识产权法院。
2021年1月	法院一审判决：涉案专利系乙从甲公司离职后一年内作出的、与其在甲公司承担的本职工作有关的发明创造，申请权归甲公司所有。

解读：本案中，乙在甲公司担任的层级较高，基本上处于研发负责人的地位。当甲公司发现乙离职后设立丙公司与其开展商业竞争后，试图通过警告乙违反了反不正当竞争法律来保护自身的权利。但甲公司并未与乙签订保密协议及竞业禁止条款，乙对于甲公司的警告不予理会。本案通过收集大量的证据，证明丙公司申请的四件专利均属于职务发明，得到了法院的支持，但由于是权属纠

纷，法院并没有支持损失赔偿。如果甲公司在技术开发中做好了技术秘密的保护工作，则相关纠纷的处理可以有更多的选择路径，甚至可以得到高额的赔偿。例如，2021年2月26日，最高院知识产权法庭就宣判了“香兰素”侵害商业秘密案，判定离职员工、新公司及其法定代表人等共同实施了侵害权利人商业秘密的行为，判决连带赔偿1.59亿元赔偿金。

合规应对：

技术成果产生前后，应高度关注技术成果申报知识产权的合规问题。首先是知识产权种类的选择：如果作为商业秘密保护的，应做好保密工作。例如，要求参加研发各方签署保密协议，未经允许不得申请专利，不得公开商业秘密，并约定违约赔偿等。特别在涉商业秘密的产品需要外协加工时，应注意商业秘密的保护。同时，也要注意不得侵犯第三人商业秘密。其次是权属问题：如果是合作开发的，应在合作开发合同中明确约定知识产权的归属。例如，是一方单独所有，还是双方共有。要关注发明人的身份，是否有兼职或离职一年内的情况，避免出现职务发明的权属争议。同时，也要注意真实发明人的问题，不能随意更改发明人。最后，要重视申请质量，包括权利要求保护范围的确定和答复审查意见。高价值诉讼专利，既要有很好的权利稳定性，又要有较大的权利保护范围，这样才能经得起无效，打得赢诉讼。应注意撰写和答复质量，权利要求的保护范围不得随意扩大，也不得不当缩小。当然，申请、授权程序中，还要关注行政审查的程序性要求，在各项答复、缴费时限内完成相应的工作，避免出现非自身意愿的视为撤回情形。

237

PART 003

结语

除了上文提到的知识产权合规内容外，和技术开发知识产权合规管理相关的还包括技术成果奖励的合规、技术成果管理的合规、技术档案管理的合规等方方面面的问题，企业也要予以高度关注，避免出

现专利权因未缴年费而终止、职务发明创造奖励不到位、商业秘密泄露、权属证据灭失等情形。企业技术开发中的知识产权合规问题是知识产权管理系统工程中的一个关键环节，立足于企业自身的知识产权策略制定，不同的行业、不同的监管应对重点，相应的策略和具体实施也千变万化。企业知识产权管理策略应符合企业的整体战略定位，按照企业制定的知识产权战略总体实施。在此基础上，企业应建立健全完善的知识产权管理组织体系，制定符合企业个性化特点的知识产权管理制度，将知识产权管理贯穿于技术开发工作的全过程，做到知识产权管理合规，以应对企业的系统性风险。



何丹
合伙人
知识产权部
武汉办公室
+86 27 5942 5198
hedan@zhonglun.com

PART

III

宏观 保护

REGULATORY PROTECTION



中美经贸协议解读—— 商业秘密合规保护

1. 《协议》第一章知识产权，第一节一般义务。

2020年1月15日中美双方签订了《中华人民共和国和美利坚合众国政府经济贸易协议》（以下简称“《协议》”）。《协议》一共分为七章，分别涉及知识产权、技术转让、食品和农产品贸易、金融服务、宏观经济政策、汇率问题和透明度、扩大贸易以及双边评估和争端解决相关问题。从国家层面来看，《协议》是中美双方从国家层面对双方共同关注的部分问题达成的共识，是国家之间博弈的产物，是一个具体的结果。但从企业层面来看，《协议》其实是一个指引，反映的是趋势。从《协议》对中美贸易活动参与规则与实施内容的约定和/或要求中，企业可以看到下一阶段参与中美贸易的重点方向与行为标准，并以此指导接下来的生产经营活动。

就知识产权领域来看，知识产权一直是国家实力以及企业实力的重要体现，也是中美两国一段时间以来博弈的重点，而这种博弈具化到企业层面，就是中美两国企业之间关于知识产权保护的争议与纠纷。在稍早时期，这些争议与纠纷可能更多发生于美国企业对中国企业主张其知识产权的过程中。但近年来，中国正从重要知识产权消费国转变为重要知识产权生产国¹，中美企业之间关于知识产权的争议与纠纷类型逐渐多元化。

241

显然，《协议》也注意到了中美两国企业在参与经济贸易活动中对保护商业秘密的新需求。因此，《协议》第一章第二节单设一个部分从商业秘密和保密商务信息的含义、侵犯商业秘密责任人的范围、构成侵犯商业秘密的禁止行为的范围、民事程序中的举证责任转移、阻止适用商业秘密的临时措施、启动刑事执法的门槛、刑事程序和处罚以及保护商业秘密和保密商务信息免于政府机构未经授权的披露，共计7个部分进行了约定。下文，笔者将按照《协议》的思路为大家就《协议》中关于商业秘密和保密商务信息的内容进行介绍，并结合现行中国法下涉商业秘密的有关规定就如何合规构建商业秘密保护体系与应对涉商业秘密调查/诉讼与读者进行分享、交流。

《协议》有关商业秘密的相关规定

2. 《反不正当竞争新原理分论》，孔祥俊，第361页。

3. 《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》（1998年修正），第3条。

1. 商业秘密的定义

《协议》未就商业秘密进行明确的定义，我国目前也没有针对商业秘密的专门法律法规。现行中国法下，关于商业秘密的规定散见于《反不正当竞争法》《刑法》《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》等法律法规。根据上述及其他相关法律法规，在中国法下，商业秘密的构成要件主要有三：1) 不为公众所悉知；2) 商业价值性；3) 保密性（即商业秘密权利人应采取相应保密措施）。从构成要件来看，“我国反不正当竞争法和刑法规定的商业秘密构成要件是与《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）一致的，也与其他国家的通行认知是接轨的”²。

242

2. 侵犯商业秘密责任人的范围

《协议》第1.3条明确约定：“双方应确保自然人和法人均可承担侵犯商业秘密的法律责任”，以及“中国应将侵犯商业秘密的‘经营者’定义为包括所有自然人、组织和法人”。我们认为《协议》之所以专门强调侵犯商业秘密责任人的范围，主要原因在于员工侵犯商业秘密的案件在商业秘密案件中的占比较大。企业之间通过“挖人才”的方式侵犯商业秘密、员工在职期间或离职之后侵犯商业秘密与雇主或原雇主不正当竞争的情况近年来也屡见不鲜。

而根据现行中国法，侵犯商业秘密的责任人被定义为“经营者”，但法律法规并没有对经营者范围进行界定（虽然也没有明确排除“自然人”和/或员工不属于“经营者”的范围）。然而，根据《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》，“权利人的职工违反合同约定或者违反权利人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权利人的商业秘密”³被列为构成侵犯商业秘密的禁止行为。我们认为该条规定从侧面认可了“自然人”和/或员工属于“经营者”的范围。

3. 构成侵犯商业秘密的禁止行为范围

《协议》第1.4条约定：“侵犯商业秘密被追究责任的禁止行为，其范围完全涵盖窃取商业秘密的方式”。“中国应列出构成侵犯商业秘密的其他行为，尤其是：（一）电子入侵；（二）违反或诱导违反不披露秘密信息或意图保密的信息的义务；（三）对于在有义务保护商业秘密不被披露或有义务限制使用商业秘密的情况下获得的商业秘密，未经授权予以披露或使用”。

我们认为上述《协议》对构成侵犯商业秘密的禁止行为的约定，没有超出现行中国法下对侵犯商业秘密的禁止行为的规定。我国现行法律对于侵犯商业秘密的禁止行为采取的是列举式规定。对于构成侵犯商业秘密的禁止行为的认定主要强调的是行为正当性的问题。获取手段不正当、使用行为不正当以及明知行为不正当仍作为，均被视为构成侵犯商业秘密的禁止行为。同时，虽然我们国家采用了列举式的方法规定了构成侵犯商业秘密的禁止行为，但在关于不正当手段的规定上留了一个兜底，即“其他不正当手段”。因此，我们认为该条约定不会对现行中国法下对侵犯商业秘密禁止行为的认定产生实质影响。

243

4. 侵犯商业秘密案件民事程序中的举证责任转移

《协议》第1.5条规定了某些特殊情况下，若商业秘密权利人能够提供初步证据合理指向被告方侵犯商业秘密，则举证责任转移至被告方。（受限于篇幅，本文不就原文进行逐一引述，如有需要读者可以至商务部网站查阅。⁴⁾

我们认为，从现行中国法的视角来看，本条约定的实质是要求对侵犯商业秘密民事案件采取优势证据原则。所谓优势证据原则，一般来说宜理解为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“《民诉解释》”）第108条的规定。除《民诉解释》外，《反不正当竞争法》也对侵犯商业秘密民事案件的举证采用优势证据原则有所规定。有鉴于以上规定，我们认为《协议》第1.5条第一款的内容没有突破中国现行法律中优势证据原

则的范围。至于第1.5条第二款，该规定其实是对第1.5条第一款所确立的优势证据原则的具体运用与细化，而相关内容在《反不正当竞争法》第32条中也有所体现。

5. 阻止使用商业秘密的临时措施

《协议》第1.6条约定：“双方应规定及时、有效的临时措施，以阻止使用被侵犯的商业秘密。中国应将使用或试图使用所主张的商业秘密信息认定为‘紧急情况’，使得司法机关有权基于案件的特定事实和情形采取行为保全措施”。我们认为这里所谓的“临时措施”，在现行中国法下对应的就是行为保全措施，本条约定的问题其实是侵害商业秘密案件的行为保全问题。

关于侵害商业秘密案件下的行为保全，中国法下最值得关注的案件之一是“礼来案”。该案中“上海市第一中级人民法院审查认为，申请人提交的证据能够初步证明被申请人获取并掌握了申请人的商业秘密文件，由于被申请人未履行允许检查和删除上述文件的承诺，致使申请人所主张的商业秘密存在被披露、使用或者外泄的危险，可能对申请人造成无法弥补的损害，符合行为保全的条件。2013年7月31日，该院作出民事裁定，禁止被申请人黄孟炜披露、使用或允许他人使用申请人美国礼来公司、礼来中国公司主张作为商业秘密保护的21个文件”。该案之所以值得关注，一方面，这是我国《民事诉讼法》增加行为保全制度后，将该制度适用到民事案件中的领先尝试。另一方面，该案作为先驱案例体现了“涉及商业秘密案件的行为保全是否准许应当把握三个利益平衡，即申请人的胜诉可能性与是否存在难以弥补损害之间的平衡、权利人利益与被控侵权人利益的平衡、私人利益和公共利益之间的平衡”。

6. 启动刑事执法的门槛

《协议》第1.7条约定“双方应取消任何将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求”。作为过渡措施，中国应“澄清在相关法律的商业秘密条款中，作为刑事执法

5.《刑法》第219条，“有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：（一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；（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的；（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的...”。

门槛的‘重大损失’可以由补救成本充分证明，例如为减轻对商业运营或计划的损害或重新保障计算机或其他系统安全所产生的成本，并显著降低启动刑事执法的所有门槛”，作为后续措施，中国“应在可适用的所有措施中取消将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提”。

所谓“启动刑事执法的门槛”，在现行中国刑事法律体系下对应的是立案追诉标准的问题。《协议》第1.7条的约定，其实是希望降低侵犯商业秘密刑事案件的立案难度。针对这一点，2020年9月，最高人民检察院、公安部发布《关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》，对商业秘密刑事案件的立案追诉标准进行了调整。具体而言，将“给商业秘密权利人造成损失”的最低立案数额以及“侵犯商业秘密违法所得”的最低立案数额由五十万降低到三十万。此外，还规定了“商业秘密的权利人为减轻对商业运营、商业计划的损失或者重新恢复计算机信息系统安全、其他系统安全而支出的补救费用，应当计入给商业秘密的权利人造成的损失”。可见，在《协议》签署后中国相关部门已经制定出台了相关规定，实施《协议》第1.7条中规定的“过渡措施”。

而对于《协议》中此条提及的“后续措施”中“在可适用的所有措施中直接取消将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提”，由于侵犯商业秘密目前属于结果犯，如果采取这一措施可能会直接导致侵犯商业秘密的犯罪构成要件发生重大改变，该项“后续措施”之后会如何实施，还有待相关部门进一步出台具体的规定。

7. 刑事程序和处罚

《协议》第1.8条强调了通过盗窃、欺诈、实体或电子入侵的形式侵犯商业秘密的行为，以及未经授权或不当使用计算机系统的行为应当被包含在刑事程序和处罚中。我们认为本条规定可以被《刑法》第219条⁵的规定所吸收与涵盖，因此不另做展开。

8. 保护商业秘密和保护商务信息免于政府机构未经授权的披露

《协议》第1.9条要求“中国禁止政府工作人员或第三方专家或顾问未经授权，披露在中央或地方政府层面刑事、民事、行政或监管程序中提交的未披露信息、商业秘密或保密商务信息”。

其实，我国早已有意识地主动保护商业秘密和保密商务信息免于政府机构未经授权的披露，例如《法官法》第10条第五款和第46条第三款，《反不正当竞争法》第15条和第30条等。但需要注意的是，《协议》第1.9条还约定了“第三方专家或顾问”也需遵循保护商业秘密和保密商务信息免于政府机构未经授权的披露的义务。何谓“第三方专家或顾问”，《协议》没有明确，现行中国法律也暂时没有值得参考的内容。一般情况下，刑事和民事诉讼程序中的专家证人、翻译人员、鉴定人员属于诉讼案件中“第三方专家或顾问”，且目前现行法律中，由于此类人员属于诉讼参与者，因此依据2020年9月14日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》第6条⁶，以及2020年11月18日起施行的《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第26条⁷，他们作为诉讼参与者，对于案件中接触到的有关商业秘密或者其他需要保密的商业信息的证据、材料，应当负有保密义务。而对于除了诉讼参与者外，而针对不属于诉讼参与者，但是为诉讼参与者提供专业服务，且会在此过程中接触到商业秘密的专业机构，现行法律并没有对他们的保密义务有专门的规定。对于此问题，笔者认为，不论第三方专家或顾问的定义如何、身份如何，一般来说，只有经聘用后第三方专家或顾问才会开展工作。因此，企业只要在聘用协议中对其保密义务以《协议》内容为基本标准进行约定，即可在一定程度上满足《协议》对“第三方专家或顾问”的要求。针对这一点，2020年9月12日期施行的《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第六条也明确规定了，如果签署了保密协议或者在合同中约定保密义务的，且该等正常情况下足以防止商业秘密泄露的，人民法院应当认定权利人采取了相应的保密措施。当然，保密条款的具体

6. 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》第6条，“在刑事诉讼程序中，当事人、辩护人、诉讼代理人或者案外人书面申请对有关商业秘密或者其他需要保密的商业信息的证据、材料采取保密措施的，应当根据案件情况采取组织诉讼参与人签署保密承诺书等必要的保密措施。

违反前款有关保密措施的要求或者法律法规规定的保密义务的，依法承担相应责任。擅自披露、使用或者允许他人使用在刑事诉讼程序中接触、获取的商业秘密，符合刑法第二百一十九条规定的，依法追究刑事责任。

7. 《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第26条，“证据涉及商业秘密或者其他需要保密的商业信息的，人民法院应当在相关诉讼参与者接触该证据前，要求其签订保密协议、作出保密承诺，或者以裁定等法律文书责令其不得出于本案诉讼之外的任何目的披露、使用、允许他人使用在诉讼程序中接触到的秘密信息。

当事人申请对接触前款所称证据的人员范围作出限制，人民法院经审查认为确有必要的，应当准许。”

内容，以及是否有必要将保密条款扩展、转化为单独的保密协议等问题，需要根据不同的项目和/或案件情况具体分析。

9. 保密商务信息

保密商务信息这个概念其实出现在《协议》第1.2条。根据《协议》，保密商务信息是“涉及或与如下情况相关的信息：任何自然人或法人的商业秘密、流程、经营、作品风格或设备，或生产、商业交易，或物流、客户信息、库存，或收入、利润、损失或费用的金额或来源，或其他具备商业价值的信息，且披露上述信息可能对持有该信息的自然人或法人的竞争地位造成极大损害”。

根据上述规定及定义，我们认为保密商务信息既包括了商业秘密，也包括了对企业生产经营具有重要意义和/或价值的其他生产经营信息（以下简称“**重要生产经营信息**”），而中美双方应对该等重要生产经营信息提供有效法律保护。现行中国法中并没有保密商务信息的概念，对于重要生产经营信息的保护也暂时没有专门的和/或成系统的规定与保护，仅在重要生产经营信息构成重要数据、个人数据等特定的数据和/或信息类型时，才可能受到相关法律的保护。我们认为，对重要生产经营信息的保护对于企业来说是必要且具有积极意义的。但是，如何明晰重要生产经营信息与商业秘密的区别于联系，通过何种法律手段对重要生产经营信息提供保护，可能是接下来司法机关需要考量与斟酌的问题。尽管《协议》中对保密商务信息的约定具有积极意义，但从实践角度出发，笔者建议在有关保密商务信息和/或重要生产经营信息相关内容转化为国内法和/或出现司法实践案例之前，企业尽量以商业秘密的标准对企业重要生产经营信息采取保护措施。

《协议》下商业秘密合规保护的建议

通过上文介绍，我们可以知道《协议》非常重视商业秘密保护，并从若干方面入手对商业秘密保护进行了约定。总的来说，我们认为《协议》的内容基本没有超出现行中国法对商业秘密保护的规定内容。但是，受《协议》的影响，可以预见在接下来的涉商业秘密保护案件中，执法机关的执法效率将会显著提高、执法尺度也会趋严趋紧。今后，企业保护自身商业秘密不受侵犯的手段会更加多样，救济自身商业秘密不被侵犯的途径会更加丰富。进而言之，企业也将会更多地因为不注重保护自身商业秘密，和/或侵犯其它企业商业秘密的行为而受到惩戒，并承担相应的责任。

近年来我国涉外商业秘密侵权案件逐步增多，特别在中美贸易中，运营美国相关业务的中国企业也已经成为美国商业秘密法律诉讼打击的重点对象。和其他知识产权诉讼相比，美国企业对中国企业提起的商业秘密侵权“暗战”极有破坏力。笔者建议中国企业应提前做好准备，建立企业商业秘密合规保护体系，开展商业秘密侵权风险评估，首先做到对自身权利和义务的清晰认识，才能更好地更安全地拓宽业务范围。

(杨瑾煜舟、郑蓉对本文亦有贡献)



高俊
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3575
gaojun@zhonglun.com



数字经济背景下 企业商业秘密保护的 实践与探索

作者：何丹

习近平总书记在党的二十大报告中指出，“加快发展数字经济，促进数字经济和实体经济深度融合”，与十七大提出的两化融合、十八大的两化深度融合以及十九大的新一代信息技术和实体经济深度融合一脉相承。数字经济的发展离不开科学技术的创新。5G、物联网、大数据、区块链、人工智能、虚拟现实、元宇宙等前沿技术是传统产业数字化的基石，并促进了对新兴产业和产品的研发投入¹。数字化转型已经成为全球经济发展趋势，围绕数字技术、标准、规则、数据的国际竞争日趋激烈，成为决定国家未来发展潜力和国际竞争力的重要领域，数字经济已成为中国经济高质量发展的重要引擎。

1.刘华, WIPO: 知识产权为数字经济发展注入活力, 2023年4月11日 <https://finance.sina.com.cn/jjx-w/2023-04-11/doc-imy-pyyak7497442.shtml>

2.本文的部分内容为笔者2022年12月17日参加中国法学会知识产权法学研究会2022年年会的发言。

在数字化经济背景下，实体经济将无一避免的面临数字化转型，企业在享受数字化转型带来的巨大便利的同时，其面临的商业秘密侵权风险指数也随之飙升。本文将数字化企业商业秘密保护的特点为切入点，在完整梳理数字化企业商业秘密管理体系建设的基础上，结合笔者办理商业秘密民事和刑事诉讼案件的经验，探讨商业秘密案件民刑交叉实践的的制度框架及保护路径选择。²

PART 001

数字化企业商业秘密保护的特点

《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》”）第九条第四款规定：“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、经营信息等商业信息”。与版权的产生即授权、商标专利的审核授权不同，同为知识产权权利的商业秘密得以成立的基础却必须具备“三性”：秘密性（不为公众所知悉）、价值性（具有商业价值）以及保密性（采取相应的保密措施）。三性均源于企业自身的努力，但却只能在具备法律规定的条件下才会被司法认可和保护。数字经济的内核在于信息的数字化，企业的所有信息都可以电子数据、数字信息的形式存在，商业秘密也不例外。合同、图纸、源代码、配方、程序等商业秘密，均可能被统一“云”存储，即以代码的形式将商业秘密储存在云端服务器。在此背景下，数字化企业的商业秘密保护具有**侵权主体泛化、侵权手段特殊、侵权后果严重的特点**。

251

（一）侵权主体泛化

传统的商业秘密侵权主体主要是企业的技术高管、掌握核心机密的研发人员等企业内部员工，以及与这些内部员工相勾连的企业竞争对手等；而数字化企业的侵权主体呈现范围扩大至数字化领域的相关外部主体，例如为数字化企业提供云存储服务的提供商、其他使用同一云存储服务的用户，甚至与企业没有任何联系的黑客等。

（二）电子侵入成为重要的侵权手段

数字化企业的商业秘密具有数字化、云端存储的特点，其侵权手段扩大至电子侵入，如通过植入木马、远程控制、爬虫技术等手段非法获取企业存储在云端的商业秘密。

（三）侵权行为难以及时发现，侵权后果极为严重

主体的泛化、侵权手段的隐蔽，导致数字化企业在遭到电子侵入后难以及时发现，往往在遭受重大损失后才得知商业秘密已泄露。此时，侵权人已经有充足的时间完成痕迹格式化等技术手段，导致侵权认定困难。同时，侵权人获得商业秘密后还可以通过网络迅速转移、传播，给受害人造成极为严重的后果，甚至动摇数字化企业的根基。

PART 002

数字化企业的商业秘密管理体系建设

商业秘密日益成为企业发展的重要资产，相关信息数据的泄露对于企业的影响巨大，对于数字化企业来说，建立完善的商业秘密管理体系极为重要。

252

（一）企业的商业秘密管理体系建设的基本内容

- 1、做好法律风险尽职调查，识别企业商业秘密管理的风险点，划分企业商业秘密的等级和相应使用权限。
- 2、针对识别出的风险点，制定一整套制度、流程、协议等控制性文件。
- 3、确定专人、专岗实现控制性文件的贯彻实施，进行培训宣贯和执行督导。
- 4、在体系运行过程中，根据实施的效果持续改进。

（二）数字化企业的商业秘密管理体系建设的关注重点

- 1、建立防范电子入侵的商业秘密电子载体存储系统及相应的制度规范。
- 2、建立商业秘密电子载体分类识别、加密限制、使用权限控制系统及相应的制度规范。
- 3、建立商业秘密泄露预警和自动应对系统及相应的制度规范。

4、与内部员工系统的签订保密协议、竞业限制协议，加强企业员工的商业秘密保护意识。

5、加强外部合作机构的保密管理，特别是云存储服务提供商、软件服务提供商等能够接触到商业秘密的机构，与其签订含有保密条款的服务协议，约定相关违约责任。

（三）数字化企业应提高内部人员商业秘密保护意识

做好数字化企业商业秘密的保护，除了建立完善的规章制度和保密技术手段提升外，也要提高员工的商业秘密保护意识，在企业内部形成高度重视商业秘密保护的企业文化。企业可以定期聘请网络安全专家、商业秘密保护法律专家、数据合规专家等到企业开展讲座，进行网络安全技术、商业秘密保护、数据合规相关的宣传与案例学习，提高企业内部人员的网络安全意识、商业秘密保护意识、数据合规意识等。

253

PART 003

商业秘密保护制度及民刑交叉保护的途径选择

无论如何严密的商业秘密保护体系，都无法杜绝商业秘密的民事侵权和刑事犯罪的发生，熟练掌握和运用相关商业秘密保护的法律法规，制定科学合理的维权策略，是数字化企业面临的挑战。

（一）数字化企业商业秘密保护的制度性安排

近年来，随着数字经济的蓬勃发展，商业秘密保护制度日益完备，结合数字化企业商业秘密侵权的特点，我国对相关民事和刑事法律制度做了大量的修订和完善，回应了数字经济对商业秘密保护带来的新挑战。

1、修订和完善商业秘密的民事保护法律制度

首先，2019年对《反不正当竞争法》的修订扩大了商业秘密的范围，把“技术信息和经营信息”扩展到“等商业信息”，扩大了商业

秘密的外延，将非技术和经营信息的其他数据信息也纳入其中。其次，对侵犯商业秘密的主体和类别，新规也作了扩充。此前《反不正当竞争法》把主体界定为“经营者”，2019年的修改就把“经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织”也纳入了侵犯商业秘密责任主体的范围。第三，对侵犯商业秘密的行为也做出了拓展，把“电子侵入”这些手段明确地列入了打击范围。最后，极大的降低了商业秘密权利人的民事举证责任。《反不正当竞争法》第三十二条规定，涉嫌侵权人只要在权利人提供了初步的证据合理表明商业秘密被侵犯，就会发生民事举证责任的转移，这就给了企业进行商业秘密维权的民事诉讼提供了很多机会。

2、扩大商业秘密犯罪行为的打击范围，降低刑事立案门槛

2021年实施的《刑法修正案（十一）》将侵犯商业秘密从过去的以数额来定罪的“结果犯”改成了“情节犯”，情节严重就可以入罪。特别的，还加入了“电子侵入”不正当的手段。这方面的法条扩展给数字化企业通过刑事路径保护商业秘密提供了条件。

最高检和公安部《关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》对《刑法》第二百一十九条的侵犯商业秘密罪进行了立案追诉的扩大性解释，相应地降低了立案的门槛。同时，该决定对造成损失的数额或者违法所得数额也做出了扩展性规定，比如以不正当手段获取权利人商业秘密还尚未披露、使用或者允许他的使用的，损失数额可以根据该项商业秘密的合理许可使用费确定。对于其他的损失数额，可以根据侵权造成销售数额、销售利润的损失以及违反约定对销售利润造成的相应损失等确定。同时，决定还将商业秘密权利人恢复计算机信息系统安全或者其他系统安全支出的补救费用也计入侵犯商业秘密权利造成的损失中。上述修订降低了数字化企业通过刑事立案来追究商业秘密犯罪的门槛。

（二）数字化企业商业秘密诉讼的证据认定

1、商业秘密民事和刑事诉讼中证据认定的区别

从价值追求角度看，民事诉讼是私权的对抗，注重的是交易安

全和市场秩序，强调法律上的真实；而刑事诉讼属于公权，关注惩罚与教育，保障人权，更加强调客观真实，我们在做相应的证据转换、收集和处理时都要关注这一点。对制定标准来讲，民事证据只要形成相对的证据优势，法官就可以采信，对一些没有直接证据的案件事实，可以推定事实的存在；但是刑事证据一定要达到排除一切合理怀疑的标准才能够定罪，不能排除合理怀疑的证据不能成为定罪的根据，这是民事和刑事程序的重要区别。

2、商业秘密民事和刑事诉讼中调查取证责任的比较

民事诉讼中，举证原则遵循“谁主张，谁举证”，当事人没有义务提交对自己不利的证据。商业秘密诉讼中有专门的民事举证责任转移的制度安排。但是刑事诉讼中，举证责任在侦查和公诉机关，当事人和律师也可以收集和提交证据，但是没有义务自证其罪。侦查机关不仅要找有罪的证据，还要找量刑相关的证据，甚至是无罪的证据，侦查机关不能忽略对认定有罪不利的证据。在民事诉讼中，当事人在通常情况下没有提交对自己不利证据的义务，但是对刑事诉讼来讲所有的证据都要进行收集，不管是有罪的还是无罪的。故而，当事人应当注意民事和刑事程序在证据提交方面存在的区别。

255

3、商业秘密民事和刑事裁判的既判力

最高法《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》中明确了“对在侵犯商业秘密犯罪刑事诉讼程序中形成的证据，应当按照法定程序，全面、客观地审查。”最高法在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中也规定了人民法院已经发生法律效力裁判所确定的事实是无需举证证明的，当事人有相反证据足以推翻的除外。我国《民事诉讼法》对于在先判决的预决效力采取免证事实的机制，也就是说生效判决仅对于事实认定有预决效力，并且，在先的商业秘密刑事案件的判决证明力较民诉法的推定事实证明力更大。与在先刑事判决确认的事实民事诉讼程序中具有免证事实的证据效力不同，在刑事程序中，在先民事判决不具有免证事实的效力，只能作为一种刑事证据，仍需按照刑事诉讼

的证据规则予以审查。

(三) 数字化企业商业秘密民刑保护程序的选择

1、数字化企业的商业秘密刑事保护程序

商业秘密刑事诉讼的优势在于能够高效地获取证据，惩治犯罪的力度大。但是相对于商业秘密的民事案件，刑事案件的立案门槛相对较高。虽然近年来商业秘密的刑事保护做了大量的制度优化，但是刑事案件的成案依然非常少。商业秘密的私权属性，导致商业秘密的刑事保护天然存在借用公权力打击竞争对手的风险，侦查机关在办理此类案件时也极为谨慎。传统刑案侧重于犯罪构成要件，而商业秘密案件则要遵循权利确认、侵权比对的办理逻辑，在商业秘密刑事案件稀少的情况下，特别是涉及到数字化企业遭受电子入侵导致泄密的情况下，侦查机关的办案经验仍有待进一步提升。另外，与商业秘密案件相关的鉴定程序成本较高（商业秘密的天然属性决定了非公知性鉴定、同一性鉴定、损失鉴定等几乎成为了案件办理的标配），某些案件的鉴定费用可能会超过公司遭受的实际损失，这也成为办案机关在推进案件进展时不得不考虑的问题。

2、数字化企业的商业秘密民事保护程序

在商业秘密民事保护中，审理法院的层级是比较高的，相应审判人员的经验也很丰富，特别是《反不正当竞争法》2019年修改以后，建立了商业秘密举证责任转移制度，大大降低了权利人的举证难度和立案门槛，加强了商业秘密的民事保护力度，导致商业秘密民事案件数量明显攀升，审判人员的办案能力显著增强。但与此同时，由于数字化环境中的侵权证据在民事诉讼程序中极难取得，案件胜诉率相对不高。根据北京知识产权法院最近一年的统计，60%以上拿到判决的案件都是败诉。

3、数字化企业可借鉴民刑并举的商业秘密保护思路

根据既往的案例经验，数字化企业应采取民刑并举、双轨协调、整体推进的思路进行商业秘密保护。既要注重两种程序的整体关联性，又要注意相互独立性，依法保护商业秘密民事权利的同

时，防止恶意动用公权力，启动刑事诉讼程序侵犯人权的情形。这种思路的优势在于兼顾了商业秘密民事、刑事保护程序各自的优势，破解了民事取证难、刑事立案难的困境，同时也响应了知识产权民事、刑事、行政三审合一制度的纵深推进，在维护公平竞争秩序和保护公民合法权益之间建立平衡。在具体操作时，根据数字化企业的特点、具体的案情、诉讼程序进展情况，合理利用两种程序维护己方合法权益。例如，在某些通过非法侵入计算机信息系统获取商业秘密的案例中，犯罪嫌疑人采取电子侵入的方式获取了商业秘密。如前所述，以商业秘密犯罪立案可能存在一定困难：立案前首先要确定符合商业秘密的“三性”要求，在犯罪嫌疑人已经格式化电子证据，无法获取商业秘密侵权载体的情况下，可能陷入“蛋生鸡”还是“鸡生蛋”的困扰。在这类案件中，如果犯罪行为同时触犯《刑法》第二百八十五条的“非法获取计算机信息系统数据罪”，可以该罪名报案并很快固定相关犯罪事实。如果事实查明犯罪嫌疑人非法获取的计算机信息系统数据属于商业秘密，则罪名可以变更为侵犯商业秘密罪，商业秘密犯罪立案难的问题得以解决。



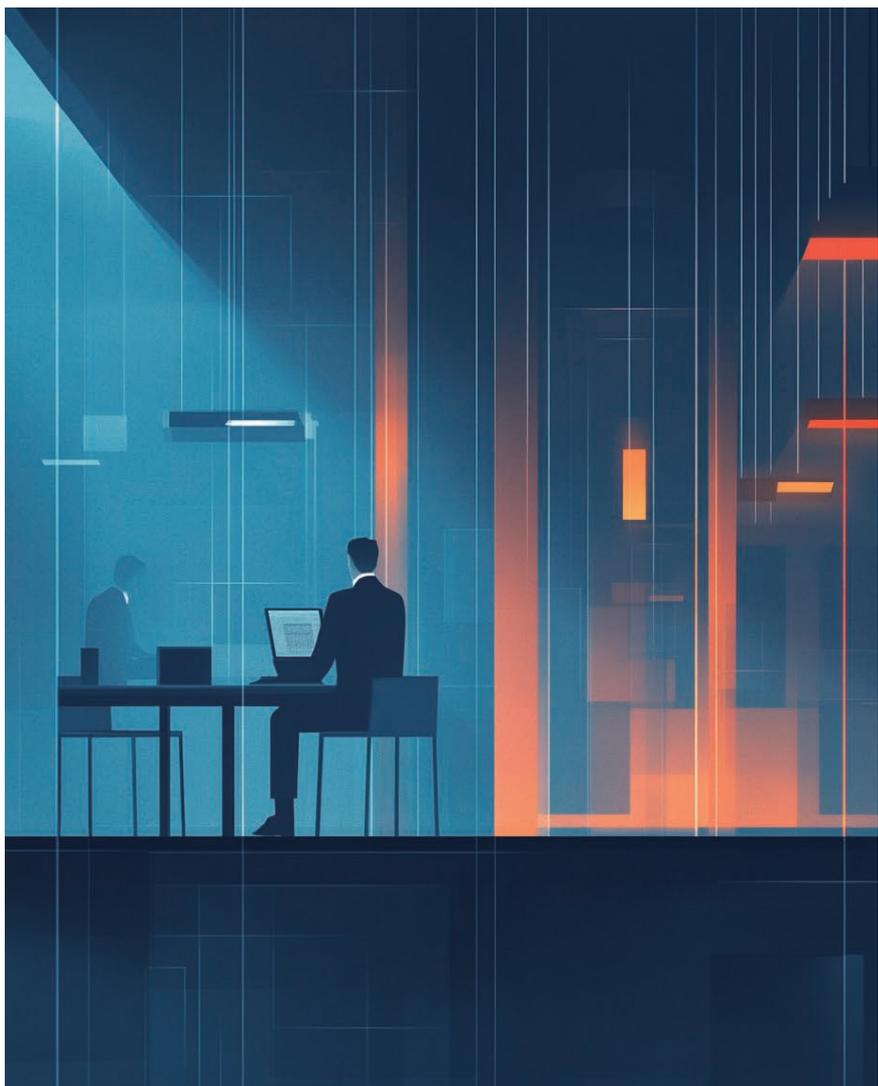
何丹
合伙人
知识产权部
武汉办公室
+86 27 5942 5198
hedan@zhonglun.com

07

案例
分析

258

CASE
ANALYSIS



基于司法个案视角 再议商业秘密保护中的 “相应程度”保密措施

作者：赵刚

商业秘密侵权事件对企业经营、行业发展和营商环境有着重要的影响。根据《最高人民法院知识产权法庭年度报告（2023）》数据，最高人民法院知识产权法庭受理的技术秘密纠纷实体案件逐年递增。构成商业秘密需要满足《反不正当竞争法》规定的“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”三个要件，司法实务中对于“采取相应保密措施”的认定较为严格且具有一定个案性，针对以市场流通产品为载体的技术秘密，更是需要着重判断其是否设置了合理的对外保密措施。本文将结合最高人民法院审理的一起典型技术秘密纠纷上诉案件对何为“采取相应程度保密措施”进行分析，为企业建立商业秘密保护体系提供借鉴。

PART 001

案件背景

原告研发、生产了某测试仪，该测试仪具有技术秘密，包含6项秘密点。被告是名称为“一种气体阻隔性检测设备实验腔的夹紧结构”实用新型专利的专利权人，曾在另案中申请法院对原告涉嫌侵害其实用新型专利权的行为采取证据保全措施。法院根据其申请，对案外人向原告购买的GTR-7001气体透过率测试仪采取了拆解、拍照的证据保全措施。原告主张被告利用证据保全程序，获取了该技术秘密，并运用在相同的智能模式检测仪器上，故向山东省济南市中级人民法院提起诉讼，请求判令被告停止侵害、销毁资料，并向原告公开赔礼道歉以消除影响。

济南中院判决驳回原告的诉讼请求。原告不服，向最高人民法院提起上诉，主张其对涉案技术秘密采取了“对内”“对外”两方面的合理保密措施。原告公司为证明其为涉案技术秘密采取了合理的保密措施，提交了《公司保密管理制度》《企业与员工保密协议》等，以及与案外人签订的《设备购销合同书》及产品上“私拆担保无效”“品质保证撕毁无效”的防拆标签。其中，《设备购销合同书》涉及技术秘密的条款内容为“需方有义务确保供方货物的技术机密信息安全”。最高人民法院于2020年12月14日作出判决驳回上诉，维持原判。

261

PART 002

商业秘密侵权纠纷案件法律要件与举证责任转移的规则

根据我国《反不正当竞争法》第九条第四款规定，包括技术秘密在内的商业秘密，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、经营信息等商业信息。最高人民法院在本案中再次重申了“不为公众所知悉”“具有商业价值”以及“相应保密措施”共同构成商业秘密成立的法律要件。

同时，最高人民法院通过本案进一步明确了我国《反不正当竞争法》第三十二条第一款的基本适用逻辑，即在侵害商业秘密民事案件中，商业秘密权利人应当首先提供初步证据证明其对主张保护的商业秘密采取了“相应保密措施”，以及被诉侵权人存在“侵权行为”，在此基础上，商业秘密权利人无需举证证明其主张保护的商业秘密“不为公众所知悉”，而转由被诉侵权人举证证明权利人主张保护的商业秘密不具备“不为公众所知悉”这一要件。清晰且准确的给出了举证规则的指引，尤其是对“不为公众知悉”举证责任的转移将大大降低权利人维权的难度。

PART 003

认定采取“相应保密措施”的考量因素

262

在商业秘密侵权案件中，权利人针对相关技术方案是否能够享有商业秘密保护，其是否采取了相应的保密措施系关键的判断因素。采取“相应保密措施”是权利人需要举证的核心要件内容。司法实务中法院对于保密措施的认定是严格且具体的，企业不能仅以简单的“签订了保密协议”等笼统内容来主张对技术秘密采取了有效保密措施，否则很容易面临有关技术防范因不满足“保密措施”要件而无法被认定为商业秘密的风险。

在司法实务中，法院判断权利人采取的保密措施是否达到了法定的“相应程度”，主要是依据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“《**商业秘密司法解释**》”）第五条第二款、第六条的规定。《商业秘密司法解释》规定，人民法院在认定权利人是否采取了“相应保密措施”时，应当考虑商业秘密及其载体的性质、商业秘密的商业价值、保密措施的可识别程度、保密措施与商业秘密的对应程度以及权利人的保密意愿等因素。第六条则对符合条件的“相应保密措施”进行了列举。

上述司法解释的规定虽然表明了判断“相应程度”时应当考虑的因素，但司法实务个案中针对“相应程度”的判断依旧存在巨大的

分歧和争议。在商业秘密纠纷案件中多数权利人因保密措施经不起“司法的考验”而导致败诉，保密措施的判断尤其是能否达到法定“相应程度”的判断，仍是商业秘密类案件的难点所在。

PART 004

司法个案视角下“相应保密措施”的具体判断

本案中最高人民法院结合法律规定及现有证据，认定原告对其主张保护的技术秘密未采取符合反不正当竞争法规定的“相应保密措施”，对“相应保密措施”的判断给出了清晰的指引，对于法律工作者以及企业具有一定的借鉴意义。

首先，保密措施应体现权利人的保密意愿。如果权利人主观上没有进行主动保密的意图，未采取《反不正当竞争法》规定的“相应保密措施”，就没有对该信息给予保护的法律基础。本案中原告虽在其GTR-7001气体透过率测试仪的特定位置贴有标签，但标签载明的“危险!私拆担保无效!”“品质保证撕毁无效”等内容，但这属于安全性提示与产品维修担保提示，未体现出原告的保密意愿，因此法院认为不构成以保密为目的的保密防范措施。

其次，保密措施应能够被识别。构成商业秘密要件的保密措施应能够为特定主体所识别，且该主体能够清楚地意识到其应对所述信息保密。本案中原告虽然在《设备购销合同》中约定了购买方承担确保测试仪产品技术机密信息安全以及不得将技术机密信息提供给任何第三方的合同义务，但是该约定不具有约束不特定第三人的效力。该设备购销合同并未限制购买方对该设备进行转让，亦未要求购买方对该设备采取防盗专人使用、产品废弃后的处理方式等专业的保密措施。故不特定第三人可通过市场流通取得该产品，其承载的技术即可轻易为人所获取。因此法院认定签署购销合同的措施不属于“相应保密措施”。

再次，保密措施应与商业秘密对应。保密措施不应是抽象、宽泛、可以脱离商业秘密及其载体而存在的，而应当是具体、特定、

与商业秘密及其载体存在对应性的保密措施。本案中原告采取与员工签署包含保密条款的《劳动合同》与《企业与员工保密协议》，制定并施行《公司保密管理制度》，对研发厂房、车间、机器等加设门锁，限制来访者进出、参观等措施，但由于这些“对内保密措施”脱离涉案技术秘密的载体，与主张保护的涉案技术秘密不具有对应性，因此法院认为不属于《反不正当竞争法》规定的“相应保密措施”。

最后，保密措施应考虑商业秘密及其载体的性质，进而采取适当且有针对性的保密措施。具体到本案而言，原告还需对涉案技术秘密的外部载体即GTR-7001气体透过率测试仪采取保密措施，应能对抗不特定第三人通过反向工程获取其技术秘密。此种对抗至少可依靠两种方式实现：一是根据技术秘密本身的性质，他人即使拆解了载有技术秘密的产品，亦无法通过分析获知该技术秘密；二是采取物理上的保密措施，以对抗他人的反向工程，如采取一体化结构，拆解将破坏技术秘密等。贴附在产品上的标签并不构成可对抗他人反向工程的物理保密措施，不属于“相应保密措施”。

264

PART 005

关注反向工程抗辩

在技术秘密侵权纠纷案件中，反向工程抗辩是常见抗辩事由。反向工程是指通过技术手段对从公开渠道取得的产品进行拆卸、测绘、分析等而获得该产品的有关技术信息。通过反向工程获得技术秘密信息的，不属于反不正当竞争法规制的侵犯商业秘密的行为。承认第三方实施反向工程的合法性，对于限制商业秘密权利人垄断、维护社会各方的利益，优化市场的公平竞争秩序具有重要的意义。

依据《商业秘密司法解释》规定，反向工程的实施主体不能是对涉案技术秘密负有保密义务的人，并且在实施反向工程之前或实施反向工程的整个过程中也不能接触过涉案技术秘密。被实施反向

工程的产品限于“从公开渠道取得的产品”。实施反向工程的方式包括通过技术手段对产品进行拆卸、测绘、分析等技术分析，通过反向工程所获得的技术信息应当与涉案技术信息相一致。

本案最高人民法院依据反向工程抗辩认定了被告在另案中申请保全不具有《反不正当竞争法》第三十二条第一款的“侵权行为”，属于反向工程。被告在另案中申请保全的行为具有合法性，为侵权比对产品内部结构，人民法院主持对涉案技术秘密的外部载体产品进行拆解并拍照、录像，未超出证据保全的目的与范围，具有合法性，取证过程具有合法性。法院最终认定被告对原告主张保护的技术秘密不存在“侵权行为”。

值得进一步关注的是，商业秘密案件中法院根据当事人申请进行证据保全所涉商业秘密外泄问题日益受到关注。本案是基于原告未能采取相对应保密措施角度对技术秘密予以否定进而驳回原告的诉求，如果原告对有关产品采取了防止反向工程的技术措施，保密措施构成，法院根据当事人申请进行证据保全通过拆解产品展示商业秘密点的行为是否仍然不属于“侵权行为”，是否仍可以采用反向工程抗辩规避侵犯商业秘密，我们认为就值得商榷了，起码被告附有更进一步的举证义务。

265

PART 006

基于司法个案视角对企业构建商业秘密保护之“保密措施”体系的建议

长期以来，商业秘密“相应程度”保密措施认定判断都是我国审理商业秘密案件实务中的重点难点所在。权利人采取的保密措施绝不是抽象的、宽泛的和脱离商业秘密载体的措施，一定是具体的、特定的、与主张的商业秘密及其载体相对应的保密措施，是在正常情况下足以防止商业秘密泄露的措施。

首先，我们认为，在市场流通的产品本身属于技术方案载体且易于通过产品的拆解了解有关技术方案的情况下，权利人可以考虑

合理选择专利和商业秘密作为交叉的技术信息保护手段，在较难应对反向工程进行技术性防御的情况下，企业更应考虑专利保护路径，从而有效保护自身知识产权不受侵犯。

其次，在具体保密措施实施层面，企业应当根据商业秘密点技术方案的内容设定切实有效的保密措施方案，比如，以实物为载体的信息建议采用物理性的保密措施，如对涉密的生产经营场所限制来访或区分管理；对电子形式的信息建议采用设置密码密钥，禁止或限制登陆、访问、存储、复制等技术措施进行保护；对于技术图纸、配方文档等信息建议采用签订保密协议等保密措施；对于市场流通产品载体而言，建议在其进入市场时就加以合理限制，通过约束转售、出租等权利将其控制在特定商业范围内流通，使获得产品的相关主体均与权利人之间存在保密条款。对于可以自由流通的产品，建议企业还需对外部性载体本身采取技术措施加以保护，以此对抗不特定第三人通过反向工程获取其技术秘密。

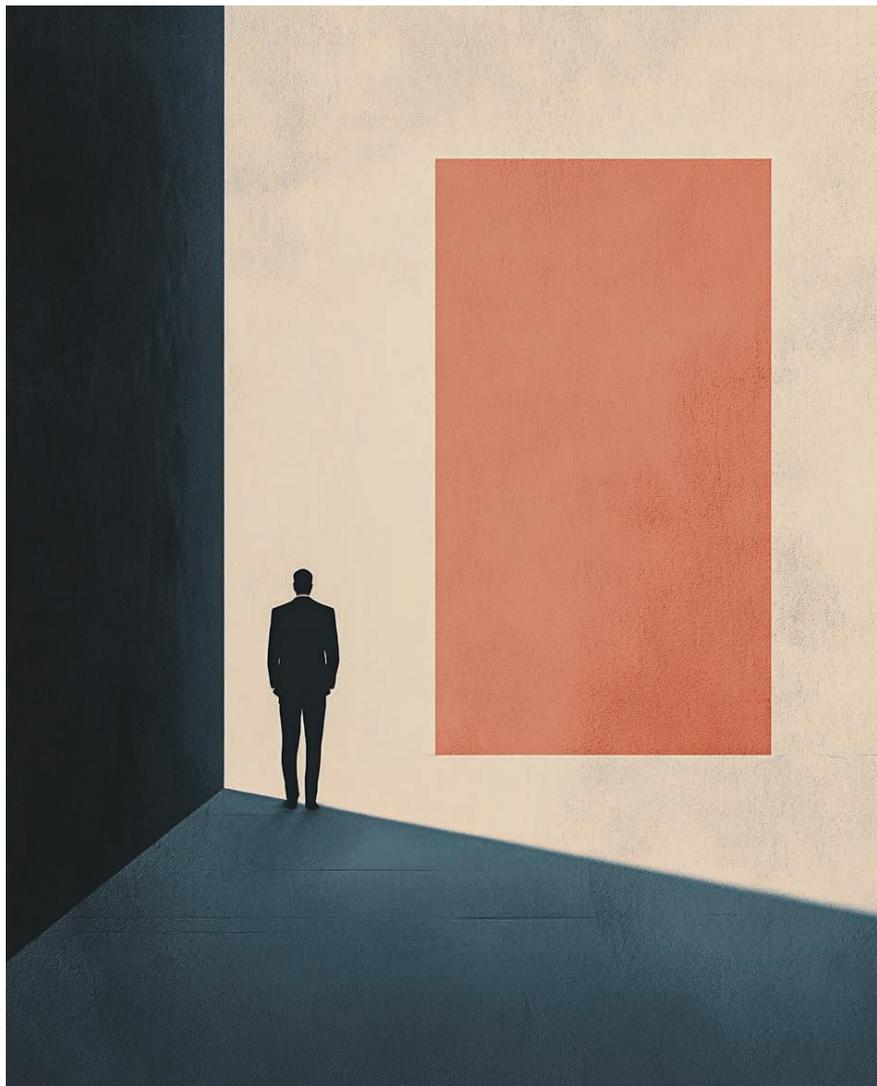
266

最后，我们认为多数情况下能够实施反向工程获取产品技术方案信息的，大部分是该技术秘密信息所属领域的相关专业人员，因此建议企业在对技术秘密的外部载体产品采取保密技术措施时，不仅需要防范产品本身的消费者即直接使用主体，所采取的保密技术措施还应当能够对抗技术秘密信息所属领域的相关专业人员，方能起到万无一失的效果。

(高敏对本文亦有贡献)



赵刚
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5087 2893
zhaogang@zhonglun.com



侵犯商业秘密罪 相关理论研究 及司法认定

作者：葛燕

近年来，随着经济快速发展，商业秘密在知识产权法律制度中的重要性不断提升。在许多行业尤其是高科技领域，商业秘密已然成为企业长久发展的“生命源泉”。商业秘密的刑事保护也一直是企业关注的热点。本文通过对已决案例进行分析，总结出实务中构成侵犯商业秘密罪的四个要件方面的证据认定。

PART 001

犯罪主体

侵犯商业秘密罪的主体是一般主体，任何年满16周岁、具有刑事责任能力的自然人或单位都可以构成本罪。根据对已决案例进行分析，侵犯商业秘密罪主体方面的证据主要包括以下几类：

1、自然人的身份证明文件、单位的工商登记文件，证实犯罪主体的身份。

2、若犯罪主体为企业员工，则通过员工与企业签订的《劳动合同》《保密协议》、企业内部岗位职责说明及其他人员关于行为人工作内容的证言，证实行为人属于商业秘密的知情人员。

PART 002

主观方面

成立侵犯商业秘密罪需要行为人明知侵害对象、侵害行为以及侵害结果。实务中关于主观故意的证据主要包括以下几个方面：

1、通过行为人的供述和辩解，包括犯罪的动机、目的以及对侵害对象的性质、功能等特征的认识等，直接证实行为人在明知是企业商业秘密的情形下仍实施了侵害行为。

2、通过其他间接证据印证或推定行为人的主观故意。如通过隐蔽手段获取商业秘密、与他人进行私下交易、借用他人名义经营同类企业以及具有侵权前科等客观事实，推定行为人主观上对侵犯商业秘密行为具有故意，从而符合侵犯商业秘密罪的主观要件。

PART 003

客观方面

1、侵害对象属于商业秘密的证据

实务中要认定侵犯商业秘密罪，需要存在客观的侵害对象，即

商业秘密。而在认定侵害对象属于商业秘密之前，首先要进行确权，即对侵害对象的权属进行认定，主张权利的当事人必须是合格的所有权人或使用权人，如通过自身开发或他人转让、继承而取得所有权的权利人，或经过所有权人授权获得使用权的权利人。使用权人一般是在所有权人不主张权利的情形下，才作为被害方主张权利。实务中证明商业秘密权属的主要证据有进行技术研发的基础资料、科技成果证书、技术转让合同以及许可使用合同等。

当确定侵害对象的权利归属后，则需认定侵害对象是否属于刑法所保护的商业秘密范畴，这也是实务中的认定难点之一。特别是技术信息，因为专业性很强，一般是由专门的知识产权鉴定中心出具专业的司法鉴定报告或司法意见书，证明涉案对象属于不为公众所知的商业秘密。除此之外，技术信息或经营信息上升为商业秘密，需要符合商业秘密的三个特性，实务中同时可以通过证明涉案对象符合这三个特性来对司法鉴定意见进行佐证，具体如下：

270

(1) 秘密性，即侵害对象是否不为公众所知悉。实务中对于该特性，一般采取反向推导的方法，即如果有证据证明侵害对象是可以从公开渠道直接获取的，那么应该属于公知信息，不属于商业秘密。证明侵害对象属于公知信息主要包括：第一，公开发行的出版物上发表过与侵害对象有关的内容；第二，侵害对象在行业内被广泛使用，或被公开展示、转让、销售的证据；第三，侵害对象由于其他原因如论坛演讲、报告发言或媒体报道等方式已经被公众了解知悉的证据。

(2) 价值性，即侵害对象具有商业价值。实务中证明侵害对象具有商业价值的证据主要包括被告人正在实际应用侵害对象生产的产品，以及与产品的生产、销售相关的财务报告等。相反，如果有证据证明涉案对象尚处于概念、意向阶段等，还不具有确定的可应用性，不能为权利人带来现实的或者潜在的经济利益或者竞争优势，则不属于商业秘密。

(3) 保密性，即权利人对该涉案对象采取了合理的保密措施。保密措施的证据主要包括：员工签署的《劳动合同》《竞业禁

止协议》中约定的保密条款或单独签订的《保密协议》；会议记录中记载的相关保密要求；企业内部针对涉密场所或涉密人员制定的保密制度；以及对商业秘密的载体加盖保密印章、加封条等。若有相反证据证明企业将涉案对象放置于公开场合或没有对行为人提出相应保密要求的，则不属于商业秘密。

2、实施侵犯商业秘密行为的证据

实务中，证明行为人实施了侵犯权利人商业秘密行为的证据主要包括：

(1) 与被侵犯商业秘密有关的图纸、计划方案、报告书等资料原件、复印件；

(2) 劳动合同中的保密条款、第三人与权利人签署的保密协议、企业内部的保密制度等；

(3) 证明存在劳务关系、业务合作关系、许可使用关系或授权关系等相关的书证和证人证言，以及由于上述关系知悉权利人商业秘密的人擅自与他人签订的技术使用、转让合同或出卖商业秘密协议的书证、物证；

(4) 获取权利人商业秘密的工具，如用电脑、手机、复印机、照相机、录音笔等通过拍照、复印、监听手段非法获取商业秘密；

(5) 侵权人给泄密人员许诺交付的财物、支付钱款的银行流水、许诺高薪的协议和工资支付凭证，以及相应的聊天记录、视听资料等；

(6) 与侵犯商业秘密行为有关的短信、微信、邮件等沟通记录以及知情人员的证人证言等；

(7) 在新闻媒体等平台公开进行披露的报道、采访；在会议、讲座等场合公开演讲的录音录像以及因此获悉商业秘密的第三人证人证言等。

若行为人有证据证明其披露、使用、允许他人使用的商业秘密是通过独立研发、反向工程等方式获得的，则不构成侵犯商业秘密。

3、侵犯商业秘密行为给权利人造成重大损失的证据

根据现行《刑法》，侵犯商业秘密罪属于结果犯，要求行为人给商业秘密权利人造成了重大损失。但是，在《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》颁布之前，对于“重大损失”的标准没有统一的计算方式。之前的司法实践中，“重大损失”主要存在以下认定方式：

(1) 商业秘密权利人实际遭受的损失数额。这指的是商业秘密权利人可计算的全部盈利损失，不仅包括在侵权期间内权利人丧失的收入，也包括在未来可预期的范围内丧失的收益。所以在收集证据证明权利人的损失数额时，需要综合考虑以下因素：第一，权利人取得商业秘密的成本，如开发、研制商业秘密的成本等；第二，权利人使用或保持商业秘密所产生的经济利益或竞争优势，如生产成本的降低、利润的增加等；第三，商业秘密新颖性的程度、商业秘密的生命周期及其所处阶段、市场竞争状况、供求情况和市场前景等因素；第四，权利人商业信誉的下降、竞争优势地位的丧失等。

(2) 以行为人因侵权行为非法获得的利益作为损失额。一般只有在无法计算权利人直接损失的情况下，才以这种方式计算权利人的损失额。主要包括以下几种情形：若行为人是将商业秘密出卖给他人，购买方还未使用商业秘密的，则以出卖价格作为损失额；若购买方已经使用的，则还需要加上购买方因使用商业秘密的非法获利数额；若行为人自己使用商业秘密经营同类企业的，则一般以生产经营所得利润作为非法获利数额。

综上，实务中关于造成“重大损失”的证据主要包括以下几个方面：

(1) 与权利人和行为人的产品销售量、销售价格、营业收入及利润等经营情况有关的财物报表、销售凭证、合同协议、银行流水、纳税凭证等；

(2) 与权利人及行为人的产品市场占有率、客户变化情况有关的市场调查情况、评估分析报告等；

(3) 与权利人研发涉案商业秘密的成本费用及保密费用等有

关的原始资料、财务数据等；

(4) 由专业资产评估机构、知识产权司法鉴定中心针对权利人研发成本或直接经济损失出具的《评估报告书》等。

PART 004

犯罪客体

实务中，对于侵犯商业秘密罪的客体，一般都是通过证明行为人实施了侵犯商业秘密行为，并且给权利人造成了重大损失后果，证实行为人的侵权行为损害了权利人的合法权益，并且侵害了国家商业秘密管理制度和正常有序的社会主义市场经济秩序。

PART 005

典型案例分析

273

下面将以实际案例对上述证据认定进行具体分析，在《最高人民法院刑事审判参考案例》中，有一个案例是伊特克斯惰性气体系统（北京）有限公司侵犯商业秘密罪¹。案件经过如下：被告人杜开宁原为上海米开罗那公司的设备厂经理。杜开宁在任职期间，利用职务便利窃取了公司汽车氙气灯生产设备图纸中的等离子火头及六通阀图纸等保密图纸。杜开宁在离开米开罗那公司后，向伊特克斯公司经营负责人郭书周提供了窃取的图纸，并受郭书周聘请主管生产技术指导。在此期间，伊特克斯公司、郭书周和杜开宁使用上述图纸生产与米开罗那公司同类的产品，并予销售。

在该案中，认定被告人郭书周、杜开宁及被告单位伊特克斯公司构成侵犯商业秘密罪的证据如下：

1、证明犯罪主体的证据

上海米开罗那公司提供了与被告人郭书周签署的《劳动合同》，证明郭书周曾在被害单位任职，并在《离职协议》中约定了

郭书周有义务对公司商业秘密承担永久的保密责任，也不得自行利用公司商业秘密从事同类经营活动。

同样，米开罗那公司提供了与杜开宁签订的《聘用备忘录》，证明被告人杜开宁的任职情况及承担的相应保密义务。

公开的工商登记信息提供了与被告单位伊特克斯公司成立时间、主要负责人、股东及出资比例有关的证据。

2、客观方面证据

(1) 涉案对象属于商业秘密的证据

本案中主要是通过科学技术部知识产权事务中心出具的鉴定报告，证明涉案图纸中所包含的米开罗那公司的脱羟炉、等离子火头、手套箱等设备的零部件的设计尺寸、公差配合、表面粗糙度、装配关系、材质以及具体技术要求的确切组合属于不为公众所知悉的技术信息，构成商业秘密。

(2) 被害企业采取合理保密措施的证据

本案中，被害企业米开罗那公司内部的《保密制度》对保密信息范围、保密人员范围、保密期限、保密义务及违反保密义务责任进行了规定。《关于图纸管理的规定》及《图纸管理规定》也对图纸的提供、发放、回收流程作了详细的规定。以上管理制度文件证明了米开罗那公司对涉案图纸采取了合理的保密措施。

(3) 被告人实施了侵犯商业秘密行为的证据

本案中，米开罗那公司提供的《资料交接登记表》显示杜开宁在图纸“接收人”一栏上有签字，表明杜开宁利用职务便利获取了企业商业秘密。专业鉴定机构针对杜开宁车上的纸件图纸及伊特克斯公司技术人员电脑内的光盘图纸出具了《技术鉴定报告书》，表明送检的纸件图纸及光盘图纸包含有和米开罗那公司相同的设备图纸。以上证据证明被告人擅自使用了权利人的商业秘密，实施了侵权行为。

(4) 权利人遭受重大损失的证据

本案中证明侵犯商业秘密行为给权利人造成重大损失的证据主

要包括：被告企业伊特克斯公司与其他主体签订的《销售合同》表明其共销售了7套侵权产品，以及上海公信中南会计师事务所出具的鉴定报告称，权利人米开罗那公司因商业秘密被侵犯，所受到的损失以查实的被侵权产品在市场上销售的总数乘以被侵权产品的合理利润所得之积计算，损失数额约为1155万元，达到了重大损失的标准。

在本案中，并没有直接证明主观故意和侵害客体两方面的证据。对于主观故意，主要是根据被告人的客观行为进行推定的。而对于侵害客体，则通常只要证明了被告人实施了侵权行为，并且给权利人造成了重大损失，则就认定侵害了侵犯商业秘密罪的保护客体。

(杨吕敏对本文亦有贡献)



葛燕
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2228
geyan@zhonglun.com

总编辑

龚乐凡

张炯

编委（按姓氏笔画排序）

于园园

马东晓

马远超

王璐

闫春辉

何丹

张根旺

陈际红

赵刚

段海燕

顾萍

高俊

葛燕

舒海

特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。



中伦研究院出品

www.zhonglun.com

