



# IPKey

CHINA



商业秘密调研：

活动索引号：3\_R1A0109 & 3\_R1A0701

最终报告

目录



Funded by the European Union  
受欧盟资助



Directed by the European Commission, IP Key is implemented by the European Union Intellectual Property Office (EUIPO).

IP Key由欧盟委员会指导，欧盟知识产权局（EUIPO）实施。

|                  |    |
|------------------|----|
| 执行概要.....        | 3  |
| 1. 调研方法.....     | 7  |
| 2. 调研的详细结果 ..... | 9  |
| 3. 结论.....       | 28 |
| 附录.....          | 33 |

## 执行概要

本项目是对 IP Key 2017 年基于欧盟《商业秘密指令》（第 2016/943 号指令）（“《商业秘密指令》”）所作比较研究的更新。本项目主要探讨在《反不正当竞争法》（“《反不正当竞争法》”）2019 年修订版本（“2019 年修订版”）实施之后，中国商业秘密制度当前的运行情况，以及可以考虑的改进之处等重点内容。

我们所做的工作分为以下三个部分：

1. 回顾自 2017 年起中国商业秘密法律和实践发生的变化
2. 分析这些变化在实践中如何发挥作用
3. 研究如何改善法律及其执行情况

如下文所述，商业秘密的保护和执行仍在持续变化。本项调研所述内容涉及截至 2020 年 10 月 1 日的情况。

### 1. 自 2017 年起中国商业秘密法律发生的变化

自 2017 年起，在商业秘密保护方面出现了若干独立的积极改进，利益相关方信心有所提升，但起点很低。

- **新的民事法律——《反不正当竞争法》、《民法典》和最高法商业秘密民事案件司法解释——总体而言具有积极意义。**商业秘密所有者及其顾问认同，民事法律的发展可喜，极大地提高了中国商业秘密的保护力度。我们分析认为，在利益相关方参与程序之后发布的最高法商业秘密民事案件司法解释，为人们增强对制度的信心提供了理由和更坚实的基础。
- **欣喜看到侵犯商业秘密的行为以及可能需要承担责任的行为人的范围扩大。**增加“电子侵入”是一项重大的进步，同样重大的还有，将“教唆、引诱、帮助他人”加入到主要侵权行为中。同样欣喜看到，将经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织规定为可能需要承担责任的行为人。
- **新的民事法律更好地平衡了原告和被告承担的举证责任。**过去，原告想要达到胜诉所需的充分证据标准的全部要求是非常困难的。但近年来，法院实践一直在改善，同时法律修订巩固了近期的发展成果，而且，当前的各项新进展，对于什么才构成原告保护商业秘密的合理保护措施，以及如何由原告和被告证明商业秘密有/没有被不法侵犯之间取得适当平衡等问题，共同提供了更好、更现实的观点。
- **法定赔偿数额的提高以及惩罚性赔偿的加入具有非常积极的意义。**这些进步与中国知识产权保护的整体提升步调一致，改善了侵犯商业秘密赔偿的可得救济，具有重要意义。

## 2. 这些变化在实践中如何发挥作用

大家对这部法律仍有大量疑虑。要使人们对整个制度产生广泛信心，仍需作出重大改进：

- **有关举证责任转移的规定意义重大，但需要更加细化才能充分发挥作用。**考虑到商业秘密作为受保护对象的性质以及考虑侵犯行为的性质，这些是在原告和被告之间取得权利平衡的关键规定。这些改进令人欣喜，但仍需对转移的具体机制进行更为细致的规定。
- **是否提供初步禁令仍是重大问题。**初步禁令是一项重要手段。商业秘密一旦为人们所知悉并成为人们的隐性知识，之后就非常难以控制。早期控制措施非常重要。
- **没有侵权产品的概念。**商业秘密所有者对于嵌入其商业秘密的产品，无法采取与专利发明一样的措施。这限制了法律有效性程度，特别是涉及技术秘密的情形。
- **在评估赔偿时，原告的研发成本应予以考虑。**研发成本应始终纳入考虑范围，而不只是针对商业秘密已为公众所知悉的情形。
- **刑事金额门槛仍然过高。**虽然将刑事起诉的金额门槛从五十万元降低到三十万元值得肯定，但与其他知识产权犯罪相比，仍然较高。

最高法商业秘密民事案件司法解释今后应该会有利于提高统一性，但迄今为止，在适用中仍存在不统一的情况，对此应予以监测。

- **对“不为公众所知悉”含义的不同解读。**2019年修订版之后司法解释有变更，对原告而言具有不确定性，特别是信息的某些方面为公众所知悉，但该信息又被处理、改进或添加的情形。
- **对合理保护措施的不同解读。**劳动合同、标准保密协议及员工手册等一般保密措施是否充分，或者要求与特定商业秘密相关的具体措施是否未被采用。
- **商业秘密所有者和员工之间的平衡可能不利于商业秘密所有者。**最高法2019年公布的典型案例所释放的信息令人迷惑，这可能意味着新的最高法商业秘密民事案件司法解释的规定继续会被下级法院作出不同解释。
- **不同区域间的解读不同。**与国内其他地方相比，广东法院对法律的解读明显更为狭隘和保守，特别是对于什么构成商业秘密以及何时转移举证责任的问题。

- **对执行的信心不及法律本身可以看到的改善。**从商业秘密所有者及其顾问较低的信心水平上可以看出，中国立法机关改善整体商业秘密制度的意图尚未在法律的适用和执行上得到充分体现，适用和执行仍然较弱。

### 3. 如何改善法律及其执行情况

提出了三项高水平建议：

1. **支持中国制定单独的商业秘密法典。**通过不正当竞争法保护商业秘密，意味着保护形式的不完整。《民法典》明确承认了商业秘密是一种构成权利人财产权利的单独形式的知识财产，这表明理解和保护的成熟。随着中国进一步走向知识和创新经济，有必要充分、全面和有力地理解和保护商业秘密。这点应该反映在单独的商业秘密法典上，体现出商业秘密与其他知识产权并驾齐驱的地位，并在基础立法中提供全面保护，促进法律适用的成熟度和统一性。
2. **扩大知识产权法院/知识产权法庭审理的案件范围，允许所有商业秘密案件由知识产权法院/知识产权法庭审理。**目前，只有技术性商业秘密案件才属于专门的知识产权法院和知识产权法庭管辖权限；经营/商业性案件则被排除在外。由于商业秘密自身属性，商业秘密案件较为复杂。案件无论是否与技术性商业秘密有关，都应该由专门的法院审理，以提供质量和统一性。
3. **应作进一步调研（不早于 2022 年），回顾法律的适用情况。**2019 年修订版本本身是新的。已经发布的司法解释也特别新。法律和实践都需要时间沉淀。我们建议在 2019 年修订版实施三年以及至少在司法解释发布 18 个月之后，即 2022 年下半年的时候，作进一步回顾。

若干详细建议如下：

1. **需要进一步细化及指导举证责任转移的适用。** 最高法及高级人民法院应发布举证责任转移方面的司法指引和指导案例，推动适用的统一性，确保商业秘密所有者充分获益。其中应包括对转移举证责任所需的初步证据的解读作出明确指引。
2. **法院在发布初步禁令方面应提供更大的透明度和指引。** 最高法和高级人民法院应发布更加明确和透明的初步禁令申请和授予数量的相关数据。另外也迫切需要对应授予初步禁令的情形提供更加细化的指引，其中应广泛考虑商业秘密所有者可能遭受的损害，以及商业秘密窃取者从商业秘密盗窃中获得的不正当优势。
3. **应修订法律，将侵权产品的概念引入商业秘密侵权领域。** 除非可以将含有被侵犯的商业秘密的产品撤出市场，否则商业秘密所有者，特别是技术秘密所有者，不会获得法律的充分保护并从中受益。应该与其他知识产权已有的规定保持一致。
4. **法院应提供指引并发布指导案例，允许评估赔偿金额时考虑研发成本。** 商业秘密，一旦泄露，非常难以控制。商业秘密所有者由于泄密导致的竞争优势丧失，应通过将商业秘密的研发成本作为原告损失的一部分纳入赔偿评估予以体现。
5. **法院应提供更多指引并发布与“不为公众所知悉”解释相关的指导案例。** 如果商业秘密所有者已投入资金加工、开发、提升或以其他方式改进那些在某些方面属公众可得的信息，那么对什么构成商业秘密的解释的统一性是提振他们信心的关键所在。
6. **法院应提供更多指引并发布与“合理保护措施”解释相关的指导案例。** 对合理保护措施解释的统一性本身很重要，但也要说明具体的日常保护做法——商业秘密所有者只有实施了这些做法，才能享受保护。
7. **最高法应发布更多的指导案例，推动全国范围内解释的统一性。** 从法律中充分获益，不应取决于侵权行为地或审理有关事项的法院。需要高层领导来推动统一性建设。
8. **最高法应发布更多的指导案例，推动商业秘密所有者和员工之间平衡的解释。** 考虑到 2019 年修订版令人困惑的信息，需要发布更多的最高法指导案例，确保在商业秘密所有者及员工之间平衡的问题上，可以真实、统一地适用新的最高法商业秘密民事案件司法解释。
9. **应进一步降低刑事门槛。** 相较其他知识产权犯罪而言，30 万元的刑事起诉门槛仍然较高。应该降低到跟其他知识产权犯罪一样。

10. 最高法和公安部应该发布指引和指导案例，说明如何评估刑事案件门槛的“重大损失”。指引应明确，在评定“重大损失”时，不仅需要考虑到直接或实际损失，还应该考虑到研发成本、侵权者的预期非法收入以及合理的特许使用费等。

## 1. 调研方法

### 1.1. 调研方法

本次调研的步骤如下：

- (i) 中国调研和分析
- (ii) 欧洲调研和分析

### 1.2. 中国调研和分析

中国调研的目的是探索 and 了解，在《反不正当竞争法》修订版实施之后，中国商业秘密制度当前的运行状况的关键问题。其中包括案头调研以及市场调研。

#### 案头调研

其中涵盖三个领域：

- (i) 中国可得案例法的调研和分析

罗思（Rouse）创建运行中国知识产权诉讼分析服务 CIELA（见 [www.ciela.cn](http://www.ciela.cn)），提供了 60,000 份民事和行政知识产权判决，包括《反不正当竞争法》案件。通过 CIELA，我们取得了 2019 年 4 月 23 日（《反不正当竞争法》修订版生效之日）以来中国法院发布的全部商业秘密判决。调研实施时间是 2020 年 7 月 1 日。考虑到中国法院的发布习惯，在同一时期内有可能作出了其他商业秘密判决，但在更晚的日期才发布。

在该时期内，我们发现总共有 111 份判决，并分析了这些判决。

- (ii) 法律、可得官方解释和指引的研究分析

我们分析了修订内容、高级别法院作出的司法解释和其他指引。

- (iii) 现有文献的研究分析

我们进行了全面的文献回顾，以评估和分析任何现有的材料，包括《反不正当竞争法》修订之前及之后可得的学术分析。

## 市场调研

我们进行市场调研，甄别出重点主题：

- (i) 2019 年修订版前中国的利益相关方最关注的主题，以确定这些主题在多大范围内还存在；和
- (ii) 2019 年修订版中解决的主题，以确定 2019 年修订版的影响如何。

为此，我们对关键利益相关方进行了调查。我们：

- (i) 制作了一份调查问卷并发放给 200 余名关键利益相关方。发放方式是电子邮件和微信。调查问卷本身可以通过网络界面和微信小程序完成。调查问卷有两种版本：一种针对企业受访者；一种针对中国从业人员。利益相关方来自：
  - 罗思欧洲和其他跨国公司客户的重要客户和联系人数据库，特别是公司内部的中国知识产权律师。
  - 路盛律师事务所的全体律师，该所是罗思的网络事务所，本身也是一家备受推崇的中国知识产权律师事务所，在北京、上海和广州拥有超过 60 名中国知识产权律师。
- (ii) 采访了我们自己联系的 15 名来自欧洲和其他多个行业跨国公司的内部知识产权律师。我们感到这些联系人极度不愿意接受采访。根据收到的回复，我们认为，对于许多潜在受访者而言：i) 商业秘密不是他们的核心专业领域，让他们认为没有资格回答较为详细的问题；和/或 ii) 他们不愿意透露自己公司内部商业秘密安排或问题的详细信息（尽管确保采访保密/匿名）。总共只有一次采访成功完成。
- (iii) 探索了对在中国工作的欧洲主要知识产权专员进行采访的可能性。不幸的是，许多关键联系人（如德国、荷兰、英国）刚刚抵达中国，尚未有机会了解他们国家的公司的详细关注问题，也未有机会对中国的商业秘密制度及其运作积累亲身经验。最终，他们都无法参与本次调研。
- (iv) 查看了欧洲商会（EUCCC）发布的《建议书 2019/2020》和《建议书 2020/2021》，总结出欧洲企业关注的商业秘密相关问题。

我们整理了所有中国调研并进行了分析，了解在《反不正当竞争法》修订版实施之后，目前中国的商业秘密制度的运行情况，以及仍然存在的问题。

### 1.1. 欧洲调研

通过采取下文所述方式，我们尝试发现：(i) 成员国为发现的问题提供改进或解决方案所实施的规定；和 (ii) 用于比较分析的示范性判决案件。

经欧盟委员会贸易总司（DG TRADE）建议，我们欧洲调研的重点是与欧盟委员会成长总司（DG GROW）工业产权和打击假冒部门副主管 Harrie Temmink 和法律及政策



主任 Davide Follador 接触和交流，因为他们负责监督成员国实施《商业秘密指令》的情况。从这个角度看，在那些已经实施的可以替代、改进或解决在中国发现的持续性问题规定的规定上，成长总司能够为我们提供指引。

## 2. 调研的详细结果

我们将调研的详细结果分为三个部分：

1. 回顾自 2017 年起中国商业秘密法律和实践发生的变化
2. 分析这些变化在实践中如何发挥作用
3. 研究如何改善法律及其执行情况

### 2.1. 自 2017 年起中国商业秘密法律发生的变化

中国现行法律制度下商业秘密保护主要依赖《反不正当竞争法》及相关司法解释。民事和行政保护规定在《反不正当竞争法》中，而与商业秘密有关的刑事保护规定在《刑法》中。

自 2017 年起，中国的商业秘密保护有以下重大变化：

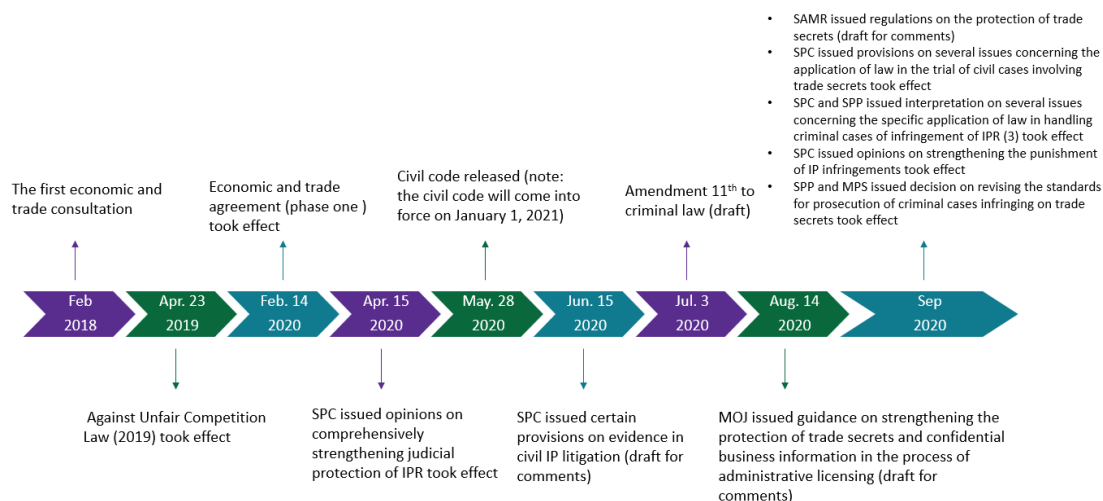
- 2019 年 4 月 23 日，通过和实施《反不正当竞争法》2019 年修订版<sup>1</sup>
- 《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》<sup>2</sup>（“**最高法商业秘密民事案件司法解释**”）发布
- 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》<sup>3</sup>发布（“**最高法/最高检知产刑事司法解释**”）

下图请见以上和其他相关进展的时间线。

<sup>1</sup>全国人民代表大会常务委员会：中华人民共和国反不正当竞争法，2019 年 4 月 23 日生效

<sup>2</sup>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 年 9 月 12 日生效

<sup>3</sup>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），2020 年 9 月 14 日生效



## 2.2. 《反不正当竞争法》的2019年修订版

2019年4月23日，《反不正当竞争法》2019年修订版开始实施。本报告只讨论对《反不正当竞争法》整体的第二次修订，只关注对商业秘密规定的修订部分。变更内容以及与上一版《反不正当竞争法》的对比，请见附录一。

修订主要涉及以下问题，下文将对这些问题作进一步探讨。

- 商业秘密定义扩大到“...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...等商业信息”（第9条）
- 侵犯行为的范围扩大到：
  - 通过“电子侵入”获取商业秘密（第9条），和
  - 通过“教唆、引诱、帮助他人”获取商业秘密（第9条）
- 潜在责任人明确扩大到“自然人、法人和非法人组织”（第9条）
- “恶意”实施或“情节严重”的，处以惩罚性赔偿（第17条），和
- 在以下特定情况中，举证责任转移给被告：
  - 相关商业秘密是否属于本法规定的商业秘密（第32条）
  - 是否存在侵犯商业秘密的行为（第32条）

## 2.3. 《民法典》

2020年5月28日，首部《民法典》通过并将于2021年1月1日实施<sup>4</sup>。《民法典》中最重要的进步是明确承认商业秘密是独立的知识产权类型，构成权利人的专有权利（第123条）。

《民法典》尚未开始实施，因此还没有反映到任何司法判决或其他文书中，但对于商业秘密而言，这是一个显著进步，因为它被提升到与著作权、专利和商标等其他知识

<sup>4</sup>全国人民代表大会：中华人民共和国民法典，2021年1月1日生效

产权同等的地位。在本次调研中，我们没有对此做进一步分析，但请注意，这反映了中国政府对商业秘密的严肃性和未来对商业秘密的重视程度。

## 2.4. 《刑法》（修正案草案）

全国人大在 2020 年 10 月公布了《刑法》修正案（草案）审议稿<sup>5</sup>。截至本报告之日，全国人大仍在审议之中，尚未通过。但对修正案作简要审查，有助于理解商业秘密处理的总体方向。

修正案有两个方面值得注意。

第一，第 219 条加了一款，特别涵盖了为境外主体非法提供商业秘密的情形。本条项下的监禁规定，比惠及国内主体的商业秘密盗窃的监禁规定更重。学术观点<sup>6</sup>认为，中国颁布本项修订的动机似乎不是国际私法问题。按修订的措辞，该条款针对的是公司和个人，而不是外国政府，所以最可能是它会对外国人在中国的某些商业行为产生寒蝉效应，例如，与中国同行投资或合作的外国公司现在可能会发现，在解除中外合作协议或类似协议时，盗窃商业秘密的指控更加常见。

第二，草案规定商业秘密盗窃可以通过欺诈及电子侵入方式，而不只是现行法律中规定的“盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段”。这点与《反不正当竞争法》2019 年修订版一致，确保将黑客等类似行为明确纳入。

## 2.5. 最高法商业秘密民事案件司法解释

最高法商业秘密民事案件司法解释在 2020 年 9 月 11 日发布<sup>7</sup>。考虑到近期才发布，我们还没有看到本司法解释的任何明确适用，但其中的关键规定值得注意，再次指明了中国商业秘密保护的方向。

其范围非常全面，解决了提起侵犯商业秘密民事索赔有关的许多问题。具体涵盖：

- 第 1 条——商业秘密的定义，包括技术信息、经营信息和客户信息的含义。
- 第 2 条——客户信息保护的限制
- 第 3 条和第 4 条——解释“不为公众所知悉”和“为公众所知悉”
- 第 5 条和第 6 条——澄清什么才构成充分的保密措施
- 第 7 条——解释“商业价值”
- 第 8 条——解释“不正当手段”
- 第 9 条——解释“使用商业秘密”

<sup>5</sup>全国人大常委会：《刑法修正案（十一）（草案二次审议稿）》

<sup>6</sup> <https://chinaipr.com/2020/07/13/proposed-amendments-to-the-criminal-code-on-trade-secrets/>

<sup>7</sup>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 年 9 月 12 日生效

- 第 10 条——解释“保密义务”
- 第 11 条——解释“员工”和“前员工”
- 第 12 条——解释“有渠道或者机会获取权利人的商业秘密”
- 第 13 条——解释“实质上相同”
- 第 14 条——将自行开发研制和反向工程排除在侵犯商业秘密行为之外
- 第 15 条——可以授予初步禁令（保全措施）的情形
- 第 16 条——经营者以外人士的责任
- 第 17 条——最终禁令的持续时间
- 第 18 条——返还或者销毁商业秘密载体
- 第 19 条、第 20 条和第 23 条——指导以下事项的赔偿数额的计算：商业秘密的商业价值；名义许可使用费；和刑事裁判认定的损失或者违法所得
- 第 20 条——指导在评估赔偿时如何确定名义许可使用费
- 第 21 条——诉讼活动中材料的保密
- 第 22 条——刑事诉讼程序中形成的证据在民事诉讼程序中的使用
- 第 24 条——有关赔偿计算的举证责任
- 第 25 条——相关刑事案件审结前民事案件的中止
- 第 26 条——商业秘密被许可人提起诉讼的资格
- 第 27 条——商业秘密权利人披露所主张的商业秘密具体内容的义务
- 第 28 条——与被诉侵权行为发生时间有关的法律适用问题

最高法商业秘密民事案件司法解释对于其涵盖的问题范围非常重要。它重申了 2007 年以来最高法不正当竞争司法解释之前所确立的商业秘密案件的相关原则，也加入了新的原则，这些新原则很多是从较先进法院的判决中演变而来。汇集所有新旧重要司法原则的做法很有价值。

具体条款规定将在下文分析中作进一步讨论，并列出了值得关注的其他评论。

- 司法解释有助于提高重要术语的定义和含义的清晰度。
- 信息“为公众所知悉”和商业秘密“充分保护措施”以对商业秘密所有者有利的方式解释。如果得到下级法院的统一适用，这些解释将有助于提升保护。
- 对赔偿计算的指导很有帮助，可能促成更高赔偿金额的判决。
- 与刑事案件联系方面的指导，特别是可以使用刑事案件证据的规定，也应该有利于商业秘密所有者。

## 2.6. 最高法/最高检知产刑事司法解释

最高法/最高检知产刑事司法解释在 2020 年 9 月 13 日发布<sup>8</sup>。涵盖的问题包括商业秘密窃取等知识产权问题的刑事起诉。考虑到近期才发布，我们还没有看到该司法解释的任何明确适用，但其中的关键规定值得注意，再次指明了中国商业秘密保护的方向。

其中涉及商业秘密的问题包括：

- 第 3 条——解释“盗窃”包括未经授权使用计算机信息系统，解释“其他不正当手段”
- 第 4 条——解释商业秘密所有者的“重大损失”及“造成特别严重后果”
- 第 5 条——确定商业秘密盗窃行为造成的损失数额或者违法所得数额
- 第 6 条——刑事诉讼程序中商业秘密的保密问题
- 第 8 条和第 9 条——侵犯商业秘密（等知识产权犯罪）的从重和从轻处罚情形
- 第 10 条——刑事罚金数额的确定

尽管《刑法》修订案仍在起草过程中，我们欢迎最高法/最高检知产刑事司法解释的发布，这为法律解释提供了进一步指引和更清晰的解读。

其中一项重大进展是降低了刑事起诉的金钱门槛，目前设定为三十万元，之前是五十万元。司法解释还就计算商业秘密所有者损失的不同方法提供了有价值的详细指引，而且重要的是，它明确指出，为减轻损失或重新恢复计算机系统安全、其他系统安全而采取的“补救措施”的费用可包括在商业秘密所有者所遭受的损失中。所有这些规定应当使刑事执法更简单，也更容易获得，但与其他类型的知识产权犯罪相比，门槛仍然很高。

## 2.7. 这些变化在实践中如何发挥作用

在本节中，将首先回顾企业及其顾问对调查问卷的回复以及与企业法务的访谈结果，了解这些主要利益相关方对法律变更影响的想法和感觉。我们也突出了欧洲企业通过近期的《中国欧盟商会建议书》提出的疑虑。

然后将这些疑虑与案例法分析的结果进行比较，了解新规则在实践中具体如何应用。

### 2.7.1 企业调查问卷及访谈结果

企业调查问卷的结果全文请见附录二。总共收到 12 家企业的回复，其中高管或法务填写的占 75%，其他人员填写的占 25%。

对于管理其业务中的商业秘密方面所采取的措施：

- 几乎全部采用了物理（83%）和/或技术/IT（92%）安全安排。

<sup>8</sup>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），2020 年 9 月 14 日生效

- 同样的，83%采用了员工入职和离职程序，但只有17%落实了特殊的雇用安排
- 50%保有商业秘密登记簿，只有25%运行商业秘密管理软件
- 67%与企业供应商订立了特殊合同安排，75%与制造或研发场所的来访人员签订了保密协议

对于他们在商业秘密侵犯和执行方面的经验：

- 一半的受访者企业遭遇过员工离职时商业秘密泄露
- 一半遭遇过其他情形的商业秘密泄露
- 42%发送了禁止警告信（C&D letter）防止盗用或滥用商业秘密
- 17%提出过行政诉讼
- 25%提出过民事诉讼
- 25%提出过刑事投诉

本次调查的所有回复都是在最高法院商业秘密民事案件司法解释和最高法/最高检知产刑事司法解释通过之前进行的。

总体而言，尽管对中国商业秘密法各个方面的信心明显提升，但50%的受访者仍然对商业秘密盗窃案中法律提供的保护存在疑虑，只有17%有信心，全部受访者都不是非常有信心。确实，对于有关修订后的《反不正当竞争法》的问题，全部受访者都不是非常有信心，最多有35%对某个特定方面有信心。这显示大多数人——超过80%的企业——认为法律及其适用仍需进一步完善，以提振商业秘密所有者对其所受到保护的信心。与从业人员相比（具体见下文），商业秘密所有者对修订内容更为怀疑或谨慎。我们认为，企业对法律的评估通常更多地来自经验而不是技术分析。由于修订时间如此之短，可能需要一段时间之后，商业秘密所有者才能取得改变他们看法的经验。

然而，同样地，在基本的商业秘密保护和管理措施到位的情况下，似乎企业内部可以做更多的事情，保护自己不受侵犯，和/或者在法律方面为侵犯发生作更好的准备。

在具体问题上，《反不正当竞争法》实施前后的观点比较如下：

- 关于**商业秘密定义范围**的看法有所提升，但只有33%当前有信心，全部都不是非常有信心；67%持中立或疑虑态度。
- 关于**构成侵权行为**的看法有重大提升，但只有25%当前有信心，全部都不是非常有信心，75%持中立或疑虑态度。
- 关于**可能承担责任人员**的看法有轻微提升，但只有25%当前有信心，全部都不是非常有信心，75%持中立或疑虑态度。
- 关于**证明信息属于商业秘密的举证责任**的看法有重大提升，但只有33%当前有信心，全部都不是非常有信心，66%持中立或疑虑态度。
- 关于**证明商业秘密遭侵犯的举证责任**的看法有所提升，但42%对本问题仍有疑虑，使其成为商业秘密所有者仍然面临的最敏感的问题。
- 关于**充分及有效救济**可得性的看法有重大提升，但33%仍有疑虑，只有33%目前有信心。

- 关于**初步救济**可得性的看法有重大提升，但起点很低。在 2019 年修订前，大家对可得性都没有信心，67%有疑虑或非常疑虑，使其成为商业秘密所有者历史上最敏感的问题。当前，25%仍有疑虑，但 33%现在有信心。

除了《反不正当竞争法》本身：

- 所有受访者对他们企业与**现有员工**之间的法律关系为商业秘密侵犯提供足够的补救措施的问题都没有信心，尽管大部分（75%）保持中立。
- 只有 8%对他们企业与**离职员工**之间的法律关系为商业秘密侵犯提供足够的补救措施的问题有信心，尽管大部分（67%）保持中立。

### 2.7.2 从业人员问卷结果

从业人员调查问卷的结果全文请见附录三。总共有 35 名从业人员回复，大部分（69%）拥有十年以上知识产权法律经验，80%主要代表在中国的外国企业。

从业人员提供过法律服务的最常见商业秘密管理措施都涉及对外关系事务，63%为与访客签订保密协议提供过法律服务，63%为与供应商订立特殊合同安排提供过法律服务。就内部事务而言，提供过法律服务的最常见措施是员工入职和离职程序（51%）、商业秘密登记（43%）和物理及技术安全安排（各 29%）。

就他们在商业秘密侵犯和执行方面的法律服务提供经验而言：

- 57%为员工离职时商业秘密泄露问题提供过法律服务
- 49%为其他情形的商业秘密泄露提供过法律服务
- 54%发送过禁止警告信（C&D letter）防止侵犯或滥用商业秘密
- 25%提出过行政诉讼
- 46%提出过民事诉讼
- 34%提出过刑事投诉

本次调查的所有回复都是在最高法商业秘密民事案件司法解释和最高法/最高检知产刑事司法解释通过之前进行的。

总体而言，尽管对中国商业秘密法各个方面的信心明显提高，但对于商业秘密盗窃案中法律提供的保护，9%的从业人员仍然非常疑虑、37%仍有疑虑；29%现在有信心。与商业秘密所有者相比，我们注意到从业人员的看法更积极。我们认为，这可能出于对改进内容的技术分析，而不是我们认为企业所持有的体会看法。尽管前景略显乐观，但值得注意的是，极少从业人员对修改后的《反不正当竞争法》的任何个别方面非常有信心，而且没有人对总体非常有信心。因此，这表明超过 75%的从业人员认为法律及其适用仍需进一步完善，提振商业秘密所有者及其顾问对其所受到保护的信心。

在具体问题上，《反不正当竞争法》实施前后的观点比较如下：

- 关于**商业秘密定义范围**的看法有重大提升，60%当前信心或非常有信心，尽管有 17%仍有疑虑或非常疑虑。

- 关于**构成侵权行为**的看法有重大提升，57%当前有信心，尽管有 31%仍有疑虑或非常疑虑。
- 关于**可能承担责任人员**的看法有重大提升，63%当前有信心或非常有信心，尽管有 29%仍有疑虑或非常疑虑。
- 关于**证明信息属于商业秘密的举证责任**的看法有重大提升，51%当前有信心或非常有信心，尽管有 24%仍有疑虑或非常疑虑。
- 关于**证明商业秘密遭侵犯的举证责任**的看法有重大提升，43%当前有信心或非常有信心，尽管有 26%仍有疑虑或非常疑虑。
- 关于**充分及有效救济可得性**的看法有重大提升，49%当前有信心，尽管有 34%仍有疑虑或非常疑虑。
- 关于**初步救济可得性**的看法有所提升，但起点很低。在 2019 年修订前，只有 14%对可得性有信心，77%有疑虑或非常疑虑，使其成为从业人员历史上最敏感的问题。当前，49%仍有疑虑或非常疑虑，34%现在有信心。

除了《反不正当竞争法》本身：

- 从业人员整体上（85%）对他们企业与**现有员工**之间的法律关系为商业秘密侵犯提供足够的补救措施的问题没有信心；只有 15%有信心。
- 31%的从业人员对他们企业与**离职员工**之间的法律关系为商业秘密侵犯提供足够的补救措施的问题有信心，但有 40%有疑虑或非常疑虑。

### 2.7.3 企业访谈

除调查问卷之外，一位公司代表愿意就这些问题进行深入访谈。该代表是一家美国跨国软件企业的法务，该公司为建筑、工程、施工、制造、媒体、教育和娱乐行业开发软件。

访谈的记录请见附录四。

其中的关键点如下：

- 商业秘密是业务的核心，被用于保护核心技术（源代码）。
- 泄漏会给公司造成巨大损失，因此，强有力的禁令救济至关重要，但目前的证据门槛很高
- 刑事权力是重要的威慑力量，但量刑仍不够重
- 2019 年的修订内容具有积极意义，特别是在明确纳入电子入侵、举证责任转移以及将法定损害赔偿金增加到人民币 500 万元等方面。

但大家仍有疑虑：初步禁令的可得性；在举证责任转移方面需要更详细的信息；刑事量刑的影响。

### 2.7.4 中国欧盟商会《建议书》



通过对近期《建议书》的审查，我们也发现大家对《反不正当竞争法》修订相关进步的认可，这在前述修订生效时的《建议书 2019/2020》和《建议书 2020/2021》中均有体现，被称为“积极进展”。

其中包括对商业秘密的刑事执法提出的明确疑虑，以及对修订后的《反不正当竞争法》的早期疑虑。这些疑虑及相关建议具体如下：

- 有人担心，由于缺乏严格的刑事责任，导致对侵权者的威慑作用不足，从而阻碍了创新并产生了不诚信的职业道德。对此提出的建议是，应该启动年度特别行动计划，打击侵犯商业秘密的犯罪，并将更多的商业秘密侵权指控分配到公安机关来处理，尤其是涉及前员工的情形
- 有人担心，由于将“重大损失”——启动刑事执法的门槛——的解释限制在商业秘密所有者遭受的直接实际损失，所以对于被盗窃的生产专有技术已被用于制造尚未上市产品的情形，所有者要求对商业秘密盗窃进行刑事调查或进一步起诉是极具挑战性的。对此提出的建议是，最高检和公安部应发布指引，为损失的评估提供更多选择，且最高检和公安部应发布指导案例，说明如何根据所有者投入的开发成本、侵权人预期的非法收入数额和合理的许可使用费来计算刑事案件的损失。
- 有人担心，为将举证责任转移给被告而要求原告在商业秘密侵权民事诉讼中呈交“初步证据”的标准比较模糊，提高了原告的举证责任、阻碍了创新。对此提出的建议是，最高法或其他高级人民法院应发布司法指引，发布典型或指导案例，予以明确。

### 2.7.5 案例法审查

取得了中国法院在 2019 年 4 月 23 日（《反不正当竞争法》修订版生效之日）至 2020 年 7 月 1 日期间发布的全部商业秘密判决。考虑到中国法院的发布习惯，在同一时期内有可能作出了其他商业秘密判决，但在更晚的日期才发布。

我们发现在该时期内总共作出了 111 份判决。其中包括 93 份完整公布案情的判决。另外作出的 18 份判决没有全文公布。下文为这些判决的明细信息。

| 作出的判决总数         |                 |                 |       |
|-----------------|-----------------|-----------------|-------|
| 111             |                 |                 |       |
| 全文公布            |                 |                 | 未全文公布 |
| 93              |                 |                 | 18    |
| 适用法律            |                 |                 |       |
| 1993 年《反不正当竞争法》 | 2017 年《反不正当竞争法》 | 2019 年《反不正当竞争法》 |       |
| 25              | 51              | 17              |       |

↓

| 根据 2019 年《反不正当竞争法》作出的判决总数 |      |      |      |
|---------------------------|------|------|------|
| 17                        |      |      |      |
| 一审                        |      | 二审   |      |
| 14                        |      | 3    |      |
| 原告胜诉                      | 被告胜诉 | 原告胜诉 | 被告胜诉 |
| 5                         | 9    | 1    | 2    |

#### 对公布案件数量的评述

如上文所见，这些案件数量较少，特别是与专利、商标和著作权案件相比。《反不正当竞争法》不只涵盖商业秘密，还有仿冒/商业外观侵权及非法广告等不正当竞争行为。无法轻易获得与欧盟类似的商业秘密诉讼数据。

| 一审的知识产权案件   |        |        |         |                                      |
|---|--------|--------|---------|--------------------------------------|
|   | 专利     | 商标     | 著作权     | 不正当竞争                                |
| 2019 年结案的全部案件，公布和未公布的（2019 年最高法白皮书）   | 22,272 | 65,209 | 293,066 | 4128<br>（包括商业秘密案件）                   |
| 2019 年 4 月 23 日至 2020 年 6 月 30 日公布的全部知识产权案件（本报告的分析期间）（ <i>CIELA</i> 及商业数据库） | 3,272  | 14,755 | 42,708  | 2427<br>（非商业秘密案件）<br>111<br>（商业秘密案件） |

应当指出，只公布了部分结案案件。鼓励法院公开但法院无义务公开所有案件，而且全国各地的公开做法也不尽相同。

这些数字反映了两个关键点。首先，在过去十年中，民事知识产权案件总体上有非常快速的增长，但是这种趋势与商业秘密案件的增长方式不同，商业秘密案件虽有增长，但程度不一样。从 2015 年到 2019 年，著作权案件数量增长 339%，商标案件增长 170%，专利案件增长 92%。包括商业秘密案件在内的不正当竞争案件总体增长了 89%，但其中绝大多数是其他形式的不正当竞争案件。其次，根据我们的经验，考虑到这些挑战，尤其是与商业秘密侵权民事诉讼请求证据相关的挑战，商业秘密所有者要么出于执行机关的取证能力而倾向于追求刑事执行，有时要么决定根本不提起民事诉讼。

#### 案件分析

对根据 2019 年《反不正当竞争法》作出的全部 17 份公开判决进行了分析。此外，最高法 2019 年的典型案例有三个涉及商业秘密；其中一个是在前述 17 份公开判决中的一项；另外两个是较早的判决，所以总共分析了 19 个案例。

这些案件的完整清单请见附录五。

在 19 个案件中，我们采用了定性方法进行分析。下面，我们重点介绍认定原告胜诉的三个判决，我们认为这些判决是法律和实践取得积极发展的例证，然后我们重点介绍认定原告败诉的四个判决，这些例子表明法律或实践仍需要进一步发展的地方。

这七个判决的英文翻译请见附录六。

在采用定性方法时，我们强调以下几点：

- 虽然 19 个案件中有 18 个是根据 2019 年《反不正当竞争法》作出判决，但它们并不全部适用 2019 年修订版引入的规定；因此，有些案件并未阐明 2019 年修订版的影响。2019 年 4 月以来发布的所有三个最高法典型案例都是如此。
- 有些判决（特别是经验不足的法院或资历较浅的法官作出的判决）比较简短，很少或没有分析和推理。这些判决能提供的见解极其有限。
- 如果在若干案件中存在相同要点，并且适用了非常相似的推理，那么我们会关注最高级别、资深或有影响力的法院所作的判决。
- 我们还重点介绍了表明我们认为实践中普遍出现的积极发展的案件，而无论是否与 2019 年修订版中修订的具体规定有直接关系。
- 所有案件均为国内案件；不涉及外国原告。
- 所有案件均涉及被指控侵犯其前雇主商业秘密的前员工。
- 大多数案件涉及的是商业秘密中的经营信息，特别是客户名单；很少涉及技术信息。

## 胜诉案件

这些胜诉案例表明，法院有效地实施了 2019 年修订版，或者在其他方面推进或加强了中国的商业秘密保护进程。

- **案件 3: 北京洪威先创科技股份有限公司等; 北京市石景山区人民法院:** 本案与客户信息有关。对于适用《反不正当竞争法》新第 32 条规定将举证责任转移给被告的两种情况，该判决具有非常积极的意义。

首先，对相关信息是商业秘密的举证责任，法院适用了第 32 条第 1 款的规定。原告提供证据证明其已采取措施保密客户信息，并提供证据证明客户信息被侵犯。在达到上述两个要求后，客户信息被视为第 9 条含义中的商业秘密，法院随即将举证责任转移到被告，要求其作相反证明。被告成功证明部分客户信息公开可得，但无法证明全部都公开可得，因此没有履行举证责任，客户信息被视为商业秘密。

其次，法院进一步适用了第 32 条第 2(1)款中的“可获取及实质上相同”的规则，亦即，原告仅需证明被告可获取原告的信息，且被告所使用的信息相同或实质上相同，而无需证明被告“通过不正当的手段”取得原告的客户信息。原告证明了这两个必要要素，因此法院认为，证明所使用的客户信息具有合法来源是被告的责任。被告无法证明，因此法院判决原告胜诉，认定侵权并判处赔偿 390,000 元。

- **案件 1: 上海豪中化学试剂有限公司等; 上海杨浦区人民法院:** 该案还是与客户信息有关，考虑的事项目前由最高法商业秘密民事案件司法解释第 2 条所涵盖。该案是法院如何在保护前雇主的商业秘密与员工在新工作中使用自身在此前工作中获得的知识之间取得良好平衡的一个很好的例子。我们特别强调这个案件，是因为案件的推理和方法反映在了最高法商业秘密民事案件司法解释中。

在本案中，被告从前雇主/原告辞职，并利用在该雇主工作期间从原告获得的客户资料，接触并以较低的价格成功赢得了 42 名客户中的 41 名客户的业务。被告辩称，如最高法商业秘密民事案件司法解释第 2 条第 2 款所规定的，这些客户是基于他们与该等客户建立的个人信任，而自愿与他们进行交易的，所以并没有使用不正当手段获取商业秘密。但是，法院基于两个重要问题判决被告败诉。

第一，法院认为，被告与这些客户的联系是由原告指定和指示的，而不是由被告个人的贡献和投入产生的，亦即，这些关系不是基于被告的个人信任。

第二，被告没有证明原告客户与被告之间的业务关系是由客户发起的。

因此，法院判决原告胜诉，并判处赔偿 600,000 元。

- **案件 11: 杭州杭诚专利事务所有限公司等; 杭州市中级人民法院:** 本案还是有关原告的客户信息，原告主张其客户信息属于商业秘密，被告侵犯其商业秘密。

一审法院使用了旧法（1997 年版本），驳回了原告的诉讼请求，因为法院认为客户信息不在商业秘密的定义之内，亦即，缺少 2007 年最高法不正当竞争司法解释所要求的“特定和深层次信息内容”。

在二审中，值得注意的是，法院使用了新法，认定原告的客户信息在商业秘密定义范围内，因为这些信息与公开信息不同。这种推理更符合近期刚发布的最高法商业秘密民事案件司法解释第 3 条中的相关规定。

因此，法院判决被告侵犯的是有权受到保护的商业秘密，并判决原告胜诉，命令被告停止侵权并支付赔偿。

该案的重要意义在于法院采用新法的意愿。通常，判定一个行为时，根据的是行为发生时的现行法律。在本案中，法院明确采纳了以下观点：尽管行为在过去发生，但商业秘密相关的新理解和原则更适合在今天适用，以更好地反映情况的公正性。

### 败诉案件

我们重点介绍这些败诉案件，主要是因为我们看到它们代表了商业秘密保护方面持续存在的一个问题：法律适用不统一。这些案件表明，法院有时是如何以相当严格和狭窄的方式适用法律，或者在某些情况下，法院是如何没有正确地适用新法规定的举证责任转移规则。值得注意的是，广东的案件在法律适用上明显更加严格，明显背离修订版的精神和国内其他地方的做法。广东工业基础庞大，该地法院与全国其他地区步调不一致的情况也让人尤为关注。

- **案件 12：沈阳美盈教育信息咨询有限公司等；沈阳市中级人民法院：**这又是一个涉及原告客户信息的案件。法院驳回了原告的诉讼请求，其中一个主要原因是法院认为原告未能证明被告“以不正当手段”获取客户信息。在本案中，法院没有采用既定做法——现在已在最高法商业秘密民事案件司法解释中明确规定的——证明被告的“不正当手段”，并非原告必须证明的事情。

相反，一旦原告合理地证明商业秘密已被侵犯，被告已接触该商业秘密且被告使用的信息与该商业秘密实质上相同，则法院应将举证责任转移到被告，由被告证明他没有非法盗用该商业秘密。这个问题现在规定在最高法商业秘密民事案件司法解释第 32 条第 2(1)款中（即上文案件 3 中适用的规定）。

- **案件 9：广州草柔柔旅行社有限公司等；广州市天河区人民法院：**在本案中，法院驳回了原告提出的侵犯其客户信息的商业秘密的诉讼请求。其中一个主要的原因是法院认为原告未能证明客户信息不为公众所知。

本案体现的问题和限制是对法律的狭义/过时适用：法院没有采用既定惯例——目前已经明确规定在最高法商业秘密民事案件司法解释中——即原告只需证明已采取保护措施，而且商业秘密已被侵犯，举证责任即转移给被告。然后，被告必须证明

原告的信息不符合商业秘密的条件，例如，因为该信息是公开可得的。这个问题现在规定在最高法商业秘密民事案件司法解释第 32 条第 1 款中（即上文案件 3 中适用的规定）。

- **案件 18：麦达可尔（天津）科技有限公司等；最高人民法院：**本案的事实发生在旧法（1997 年版本）适用之时，并按照旧法进行判决。下文会解释该案对今天的意义。

原告在天津的法院取得一审、二审胜诉，法院认定原告的客户信息应被视为商业秘密，受到被告侵犯。但原告在最高法院再审时败诉。

该案的根本问题是，员工在换工作时和在新工作中使用以前工作中的知识和经验的自由与雇主控制自身业务中开发出的宝贵商业信息的能力之间的平衡。在本案中，最高法在适用法律时非常严格，可以说过分地强调了员工选择新工作的自由（在判决书的法院推理部分做了强调）。虽然可能不宜说法院“有错”，但该判决非常引人注目，因为与其他法院确立的更好做法背道而驰（如上文案件 1 中的上海法院），而这些更好的做法如今规定在最高法商业秘密民事案件司法解释中。

被告使用了原告 43 位客户的信息。在分析客户信息时，法院认为其中大部分——但至关重要并非全部——是公开可得的，因此无权受到保护。这种推理是非常严格的，因为根据其他法院的现行做法，即使只有部分信息不是公开可得，信息也应该受到保护（就如上文案件 3 中北京法院的推理）。

如前所述，该案适用旧法；不清楚如果该案适用新法的话，最高法是否会做出不同的判决。但是，该案令人困惑，因为它入选 2019 年最高法典型案例。尽管不具有约束力，但令人担忧的是，它仍然可能对当地法院产生负面影响，即使其他法院已经有了更好的做法。

这个判决目前也直接与最高法商业秘密民事案件司法解释相悖，第 4 条第 2 款明确，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，法院应当认定该新信息“不为公众所知悉”。

- **案件 6：广东科捷龙机器人有限公司等；广东省中山市第一人民法院。**本案是法院在适用新法（具体来说是在认定原告为保护其商业秘密所采取的“合理保护措施”方面）时非常严格的另一个例子。

法院适用了 2019 年的新《反不正当竞争法》，也使用了 2007 年最高法不正当竞争司法解释第 14 条——在当时是对这些问题的最新司法解释。但是，近年来，许多其他法院已确立惯例，认为保密协议、不披露协议、公司关于保密要求的规则等足以证明原告采取了合理措施（如案件 10，杭州法院）。但是，在本案中（以及其他案件中，如案件 2、案件 5 和案件 12），法院认为标准协议、保密协议及公司关于保密的规则并不足够，反而要求与案件所涉信息相关的具体措施。

这个判决现在与最高法商业秘密民事案件司法解释第 6 条相悖，该条明确，任何此类措施（即保密协议、不披露协议、标准员工保密要求等）足以构成“合理保密措施”。

另外值得一提的是，在分析的 19 个案件中，广东（包括广州和深圳）法院全部六个判决都是原告败诉的案件，表明广东的法院在适用法律时通常更消极（或更严格），因此与中国的现行惯例并不相符。

## 2.8. 如何改善法律

### 整体观点

通过对法律的修订、发布的司法解释、调查结果、访谈和判例法的反思，我们可以看到，对商业秘密制度的认知有了显著改善，并且，在某些情况下，即使是在 2019 年《反不正当竞争法》生效之后的短时间内，该制度在实践中的执行也得到了显著改善。简言之，从业人员和法务知产律师都对该制度可以保护这些重要的商业资产更加有信心。

但是，这种改善始于非常低的起点，在修法之前，商业秘密所有者和从业人员对商业秘密制度都持非常严重的保留意见。目前确实存在的信心也还远远不够。在各调查领域中，大家都没有很强的信心；总体而言，75-80%受访者充其量持中立态度，而其中很大比例的人仍然非常疑虑。因此，在某些领域，法律和实践仍然明显不完善、不完整或适用不统一。

下面，我们详细介绍调研和分析得出的每个关键点。

### 2.8.1 司法执行程序中的商业秘密保护

#### 商业秘密的定义

随着定义的扩大，纳入了更多的商业信息和技术信息，定义本身有了明显的改进。但是定义的解释和适用仍然面临挑战。这反映在利益相关方之间仍然存在的疑虑上。

尽管在分析时，公布的根据新法判决的案件样本相对较少，但自从适用新法律以来，在大多数案件中，原告都败诉，而最常见的败诉原因是法院不同意存在可保护的商业秘密。很多案件涉及客户信息。

特别是，法院对至少在某种程度上可以公开获得的信息采取的做法不统一。某些客户信息通常处于公共领域，本身并非秘密。尽管企业需要付出巨大努力来开发丰富、完整和有价值的客户信息集，但一些法院还是将这种明显的公开可得性视为诉讼请求中

的致命缺陷。其他法院则要求原告证明所涉及的是深层次或特殊的信息，或者他们已经处理或分析过该信息，以将其与一般公开可得的信息区分开。

新发布的最高法商业秘密民事案件司法解释澄清了此问题，特别是第 3 条和第 4 条。司法解释明确，公开可得本身并不是问题，如果信息不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得，或者原告为提高价值做出了巨大的努力，例如通过编辑和整理信息。

希望司法解释将提高法律的明确性，从而提升中国法院在法律适用方面的统一性。

#### *构成侵犯商业秘密的行为和可能需要承担责任的人士的界定*

新规定理论上看起来不错——扩大了构成侵权行为的行为和可能需要承担责任的人士（包括前员工和第三方）的范围。但是，人们仍然担忧证明侵权的挑战——这更多地是证据问题，下文将对此进行讨论。

#### *法律先决条件和采用的保密措施*

再次，法院对所需采取的措施的要求不统一。一些法院认为与员工签有不披露协议或保密协议足矣；而其他法院要求原告证明需要采取了必要的具体措施，例如特定的受密码保护的文件。

希望最高法商业秘密民事案件司法解释所提供的指引将提高法律的明确性，从而提升中国法院在法律适用方面的统一性。

#### *证明信息属于商业秘密且被侵犯的法律先决条件和举证责任*

对于证明商业秘密被侵犯的举证责任，比表明商业秘密符合要求并因此可受保护而言，仍然更加令人感到担忧。考虑到后者原则上在原告的控制范围内，这不足为奇。

但是，在举证责任是否可以从原告转移到被告方面，各法院的处理并不统一，无论是关于符合可保护商业秘密的资格条件的证据，还是侵权的证据。这也反映在欧洲企业的反馈中，见中国欧盟商会《建议书 2020/2021》。

关于前者，我们已经看到被告主张信息是公开可得的（如上所述，特别是客户名单）。但是，一旦原告证明了从表面上看，该信息并非公开可得，法院不一定会将举证责任转移给被告，由被告证明确实是公开可得的，而是自行得出结论认为不符合要求的标准，或认定原告没有达到要求的标准。

在侵犯方面，我们同样看到举证责任适用的不统一。在证明存在以不正当手段侵犯信息时通常会遇到挑战，特别是，例如，信息可能通过手机拍摄，而不是在 IT 系统中复制（从而可能留下痕迹）的情形。在某些案件中，即使信息存在客观上的相似性和侵犯机会，这意味着适宜转移举证责任，但法院仍会以高标准要求原告证明该信息被不正当侵犯，而不会将举证责任转移到被告。



针对这两个问题，新的最高法商业秘密民事案件司法解释应该有积极的影响。2007年最高法不正当竞争司法解释要求原告证明被告采取了不正当措施获取商业秘密。大家已经认识到这一要求不合理或不切实际，从那时起，法院的实践有所改善，不再作此要求。现在，新的最高法商业秘密民事案件司法解释已正式取代了该要求。

希望最高法商业秘密民事案件司法解释将提升中国国内公正适用法律的统一性。但是，人们仍然疑虑的是，这些条款还需要更多详细解释，因为它们可以成为使原告在民事诉讼中胜诉的非常有力的武器。

### 充分有效的民事救济

尽管企业和从业人员信心有所提升，利益相关方对这方面仍有重大疑虑。在大部分案件中，赔偿数额仍然很低。法院一直在提高赔偿数额，但速度缓慢。赔偿数额似乎并不能弥补原告遭受的竞争优势的丧失，对被告似乎也没有威慑力。

对赔偿数额不足的担忧，部分是因为在大多数情况下，原告的研发成本——体现在商业秘密的商业价值中——没有被考虑在内。新的最高法商业秘密民事案件司法解释涉及了这个问题，但只解决了一部分。第19条规定，因侵权行为导致商业秘密为公众所知悉的，在确定赔偿数额时，可以考虑商业秘密的商业价值。但这一规定的适用情况过于狭窄。通常发生的情况并不是为公众所知悉，而是只为被告所知悉，而被告恰恰可能是关键的竞争对象，从而使商业秘密价值大幅减损。因此，在所有案件中考虑赔偿时都应该考虑这些费用。

执行禁令时的挑战加剧了赔偿数额不足的问题。虽然通常会授予最终禁令——并且在我们分析的所有胜诉案件中，都授予了最终禁令——但令人担心的是，被告仍可能会使用部分或全部信息（尤其是客户信息），而原告很难证明被告仍在使用相关信息。

最后，与专利、商标及著作权等其他知识产权不同，商业秘密中没有“侵权产品”的概念。因此，如果商业秘密被嵌入产品中，商业秘密所有者对被告手中仍持有的产品无法获得任何救济（例如销毁），对这些产品之后的交易也不享有任何救济，例如阻止经销商交易相关商品。因此这在法律上和实践中都是问题。

### 初步禁令

我们分析的自修订版之后判决的案件显然都没有涉及初步禁令。但同知识产权案件中通常可得的初步禁令一样，商业秘密案件初步禁令的可得性仍属于大家非常关注的问题。被告了解和使用案涉商业秘密的时间越长，法院就越难通过要求被告“忘却”这些信息来补救局面：即使授予了最终禁令，其价值也会因为被告的吸收而在某种程度上被稀释。

新的最高法商业秘密民事案件司法解释在这方面没有作出新的规定。第15条规定，法院在以下情形中可授予初步禁令：“不采取【初步禁令】措施会使判决难以执行或者造

成当事人其他损害，或者将会使权利人的合法权益受到难以弥补的损害的”。这个范围是对历史上只允许在会造成不可弥补损害的情况下授予初步禁令的一种改进。2007 年最高法不正当竞争司法解释作了扩大，2019 年新的《民事诉讼法》再次扩大了一点。新的司法解释反映了《民事诉讼法》对此规定的范围。

### 2.8.2 刑事起诉的要求

刑事起诉的要求不是本次调研的重点，因为本次调研的主要目的是更新 2019 年《反不正当竞争法》修订版之后的观点。

在本报告出具之日，《刑法》修正案仍在起草过程中，但是最高法/最高检知产刑事司法解释涵盖了有关商业秘密盗窃刑事起诉的重要问题。考虑到其最近才发布，我们还没有看到本司法解释的任何明确适用，但经过我们的分析和从利益相关方得到的反馈，让我们看到了积极的进展和仍然存在的担忧。

虽然将刑事起诉的金额门槛从五十万元降低到三十万元值得肯定，但与其他知识产权犯罪相比，仍然较高。游说进一步降低金额门槛乃有价值之举。如果可以加入减轻损失或者还原系统的补救措施的成本，这将有助于使金额门槛值更容易达到，但是更低的门槛值仍然是更可取的方案。

商业秘密的非专有性质（尽管在新《民法典》中有所提及）意味着一旦泄露或被盗，它们可能会失去全部价值。这与其他专有知识产权形成对比。因此，需要强大的民事和刑事执法力量来保护商业秘密所有者，并在市场中形成真正的威慑力。

### 2.8.3 雇佣关系中商业秘密的保护与权利冲突

*与其他权利的冲突：雇主/商业秘密所有者与员工之间的平衡*

从判例中可以看出，在（1）雇主和商业秘密所有者保持对使自身具有竞争优势的信息的控制和（2）即将离职的员工以及他们为另一个雇主使用自己的隐性知识和经验的自由，这两种冲突利益之间并非总是可以取得适当平衡。2019 年公布的最高法典型案例（上文提到的案件 18）似乎没有帮助，并引发大家的疑虑，即从商业秘密所有者的角度看，限制性推理可能仍然适用，尽管新的最高法商业秘密民事案件司法解释有其他规定。

## 2.9. 可以向欧洲借鉴的地方

### 2.9.1. 司法执行程序中的商业秘密保护

商业秘密的定义（《商业秘密指令》（第 2016/943 号指令）第 2 条）

《指令》第 2 条规定了“商业秘密”（以及“商业秘密持有人”、“侵权人”和“侵权产品”）的定义。

由于《商业秘密指令》是最低的统一措施，各成员国可以扩大这些定义的范围，只要“商业秘密”的定义排除不重要的信息、员工在正常工作过程中获得的经验和技能，并排除通常处理此类相关信息的业内人士普遍知悉或容易获得的信息”<sup>[1]</sup>。

直接适用《商业秘密指令》的新案例法（如转化后的国内法）仍比较有限。

例如，在《商业秘密指令》生效之前，比利时就已经在商法案件中适用定义范围更广的“商业秘密”。当法院需要判定竞争对手盗用和使用保密信息是否构成《经济法典》第26章第VI.104条所指的不正当交易作法时，范围更广的定义包括（例如）客户名单、保密电子邮件、价目表。

在德国，Rhineland-Palatinate 144 地区劳动法院将“商业秘密”定义为范围最广的技术细节（technicalities），其中包括（例如）财务信息（如营业额）、内部账簿、客户名单、供应来源、市场策略、资信文件、计算文件、专利申请（提交前）以及对公司业务有重大影响的其他开发和研究项目。

通过审查欧洲的法律，我们可以看到对排除在商业秘密定义之外的事物进行定义的价值。欧洲的做法很有帮助，因为它提供了否定性定义，可以补充中国法律中的肯定性定义。

另外，通过明确排除“员工在正常工作过程中获得的经验和技能”，这一定义还有助于界定边界，从而在雇主作为商业秘密（所有者）可控事项和不可控事项之间取得平衡，因为前述经验和技能构成了员工的隐性知识。

#### 法律先决条件和采用的保密措施

在欧洲，与采用的保密措施有关的条款（即，合法控制信息的人士所采取的维持保密的合理措施）规定在《商业秘密指令》第2.1(c)条中。

《商业秘密指令》要求合法控制信息的人士采取相关情形下合理的措施来维持保密。法院对“合理措施”的解释，无疑将对该部法律在整个欧盟的适用方式产生重大影响，因为《商业秘密指令》本身并没有阐明什么构成符合要求的“合理措施”。

考虑到成员国近期才开始转化适用，解释“合理措施”的新案例法非常有限。但是，国家法院已经在《商业秘密指令》生效前解决了这个要求。举例而言，下面两个国家层面的案例，是在《商业秘密指令》生效前作出，可为读者提供若干指引。

- 奥地利最高法院在2016年10月25日的第4 Ob 165/16t号判决中认定，根据国内法律，商业秘密持有人已充分证明维持有关信息保密的意图。实现该意图的具体方式是，维护一个使用用户名和密码的登陆记录系统，以及确保只有有限数量的确定人员知悉该信息（在其推理中，法院参考了《商业秘密指令》）。

- 2016年12月19日西班牙马德里省法院民事判决案例第441/2016号（Section 28, Rec 11/2015）。法院判决，要被视作充分及合理，需要在外部和内部均采取避免披露的措施。外部措施应防止第三方访问信息，内部措施应将访问权限限制在知悉或处理信息的“员工和合作方”。

最终，何谓合理，将在很大程度上取决于具体情况的性质（包括商业秘密的内容、形式、有权访问人、使用方式和访问方式等），因此难以提供指导。但西班牙案例更具启发性，其中介绍需要采取的内部和外部措施的观点很有帮助，可以引入中国。

*证明信息属于商业秘密且被侵犯的法律先决条件和举证责任*

《商业秘密指令》并没有涉及举证责任转移。

有关证据的一般规定是第11.1条，其中提及了初步禁令，但也可以被视为对事实作出认定的一般规定。基本先决条件是原告必须提供——可合理视为可得的——证据，以便充分地证明：

1. 商业秘密存在；
2. 申请人是商业秘密持有人；和
3. 已经（或即将）被不法获取/披露/使用。

对有关国家做法的分析可揭示能够分析这些要求的适用的具体情形。

*充分有效的民事救济*

禁令和赔偿令的执行不在《商业秘密指令》的适用范围之内。

*初步禁令*

尽管《商业秘密指令》也对临时和预防性措施规定了最低的统一规则（第10-11条），但在实际可得性或时限方面，各国做法可能有差异。

举例而言，在荷兰，临时禁令可能会被授予，而且通常很快就授予（14天）。

收集整个欧洲初步禁令实际授予的数据，然后与中国的数据进行对比，是一项很有挑战的工作，因为很多成员国并没有这些现成的数据。

## 3. 结论

我们的结论可总结如下。

### 3.1. 在商业秘密保护方面出现了若干独立的积极改进，利益相关方信心有所提升，但起点很低。

- **新的民事法律——《反不正当竞争法》、《民法典》和最高法商业秘密民事案件司法解释——总体而言具有积极意义。**商业秘密所有者及其顾问认同，民事法律的发展可喜，极大地提高了中国商业秘密的保护力度。我们分析认为，在利益相关方参与程序之后发布的最高法商业秘密民事案件司法解释，为人们增强对制度信心的增强提供了理由和更坚实的基础。
- **欣喜看到侵犯商业秘密的行为以及可能需要承担责任的行为人的范围扩大。**增加“电子侵入”是一项重大的进步，同样重大的还有，将“教唆、引诱、帮助他人”加入到主要侵权行为中。同样欣喜看到，将经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织规定为可能需要承担责任的行为人。
- **新的民事法律更好地平衡了原告和被告承担的举证责任。**过去，原告想要达到胜诉所需的充分证据标准的全部要求是非常困难的。但近年来，法院实践一直在改善，同时法律修订巩固了近期的发展成果，而且，当前的各项新进展，对于什么才构成原告保护商业秘密的合理保护措施，以及如何在由原告和被告证明商业秘密有/没有被不法侵犯之间取得适当平衡等问题，共同提供了更好、更现实的观点。
- **法定赔偿数额的提高以及惩罚性赔偿的加入具有非常积极的意义。**这些进步与中国知识产权保护的整体提升步调一致，改善了侵犯商业秘密赔偿的可得救济，具有重要意义。

### 3.2. 大家对这部法律仍有大量疑虑。要使人们对整个制度产生广泛信心，仍需作出重大改进

- **有关举证责任转移的规定意义重大，但需要更加细化才能充分发挥作用。**考虑到商业秘密作为受保护对象的性质以及考虑侵权行为的性质，这些是在原告和被告之间取得权利平衡的关键规定。这些改进令人欣喜，但仍需对转移的具体机制进行更为细致的规定。
- **是否提供初步禁令仍是重大问题。**初步禁令是一项重要手段。商业秘密一旦为人们所知悉并成为人们的隐性知识，之后就非常难以控制。早期控制措施非常重要。
- **没有侵权产品的概念。**商业秘密所有者对于嵌入其商业秘密的产品，无法采取与专利发明一样的措施。这限制了法律有效性程度，特别是涉及技术秘密的情形。
- **在评估赔偿时，原告的研发成本应予以考虑。**研发成本应始终纳入考虑范围，而不只是针对商业秘密已为公众所知悉的情形。

- **刑事金额门槛仍然过高。**虽然将刑事起诉的金额门槛从五十万元降低到三十万元值得肯定，但与其他知识产权犯罪相比，仍然较高。

### 3.3. 法律适用不统一

最高法商业秘密民事案件司法解释今后应该会有利于提高统一性，但迄今为止，在适用中仍存在不统一的情况，对此应予以监测。

- **对“不为公众所知悉”含义的不同解读。**2019年修订版之后司法解释有变更，对原告而言具有不确定性，特别是信息的某些方面为公众所知悉，但该信息又被处理、改进或添加的情形。
- **对合理保护措施的不同解读。**劳动合同、标准保密协议及员工手册等一般保密措施是否充分，或者要求与特定商业秘密相关的具体措施是否未被采用。
- **商业秘密所有者和员工之间的平衡可能不利于商业秘密所有者。**最高法2019年公布的典型案例所释放的信息令人迷惑，这可能意味着新的最高法商业秘密民事案件司法解释的规定继续会被下级法院作出不同解释。
- **不同区域间的解读不同。**与国内其他地方相比，广东法院对法律的解读明显更为狭隘和保守，特别是对于什么构成商业秘密以及何时转移举证责任的问题。
- **对执行的信心不及法律本身可以看到的改善。**从商业秘密所有者及其顾问较低的信心水平上可以看出，中国立法机关改善整体商业秘密制度的意图尚未在法律的适用和执行上得到充分体现，适用和执行仍然较弱。

### 3.4. 建议

提出了三项高水平建议。

1. **支持中国制定单独的商业秘密法典。**通过不正当竞争法保护商业秘密，意味着保护形式的不完整。《民法典》明确承认了商业秘密是一种构成权利人财产权利的单独形式的知识财产，这表明理解和保护的成熟。随着中国进一步走向知识和创新经济，有必要充分、全面和有力地理解和保护商业秘密。这点应该反映在单独的商业秘密法典上，体现出商业秘密与其他知识产权并驾齐驱的地位，并在基础立法中提供全面保护，促进法律适用的成熟度和统一性。
2. **扩大知识产权法院/知识产权法庭审理的案件范围，允许所有商业秘密案件由知识产权法院/知识产权法庭审理。**目前，只有技术性商业秘密案件才属于专门的知识产权法院和知识产权法庭管辖权限；经营/商业性案件则被排除在外。由于商业秘密自身属性，商业秘密案件较为复杂。案件无论是否与技术性商业秘密有关，都应该由专门的法院审理，以提供质量和统一性。

3. **应作进一步调研（不早于 2022 年），回顾法律的适用情况。**2019 年修订版本本身是新的。已经发布的司法解释也特别新。法律和实践都需要时间沉淀。我们建议在 2019 年修订版实施三年以及至少在司法解释发布 18 个月之后，即 2022 年下半年的时候，作进一步回顾。

若干详细建议如下：

1. **需要进一步细化及指导举证责任转移的适用。**最高法及高级人民法院应发布举证责任转移方面的司法指引和指导案例，推动适用的统一性，确保商业秘密所有者充分获益。其中应包括对转移举证责任所需的初步证据的解读作出明确指引。
2. **法院在发布初步禁令方面应提供更大的透明度和指引。**最高法和高级人民法院应发布更加明确和透明的初步禁令申请和授予数量的相关数据。另外也迫切需要对授予初步禁令的情形提供更加细化的指引，其中应广泛考虑商业秘密所有者可能遭受的损害，以及商业秘密所有者从商业秘密盗窃中获得的不正当优势。
3. **应修订法律，将侵权产品的概念引入商业秘密侵权领域。**除非可以将含有被侵犯的商业秘密的产品撤出市场，否则商业秘密所有者，特别是技术秘密所有者，不会获得法律的充分保护并从中受益。应该与其他知识产权已有的规定保持一致。
4. **法院应提供指引并发布指导案例，允许评估赔偿金额时考虑研发成本。**商业秘密，一旦泄露，非常难以控制。商业秘密所有者由于泄密导致的竞争优势丧失，应通过将商业秘密的研发成本作为原告损失的一部分纳入赔偿评估予以体现。
5. **法院应提供更多指引并发布与“不为公众所知悉”解释相关的指导案例。**如果商业秘密所有者已投入资金加工、开发、提升或以其他方式改进那些在某些方面属公众可得的信息，那么对什么构成商业秘密的解释的统一性是提振他们信心的关键所在。
6. **法院应提供更多指引并发布与“合理保护措施”解释相关的指导案例。**对合理保护措施解释的统一性本身很重要，但也要说明具体的日常保护做法——商业秘密所有者只有实施了这些做法，才能享受保护。
7. **最高法应发布更多的指导案例，推动全国范围内解释的统一性。**从法律中充分获益，不应取决于侵权行为地或审理有关事项的法院。需要高层领导来推动统一性建设。
8. **最高法应发布更多的指导案例，推动商业秘密所有者和员工之间平衡的解释。**考虑到 2019 年修订版令人困惑的信息，需要发布更多的最高法指导案例，确保

在商业秘密所有者及员工之间平衡的问题上，可以真实、统一地适用新的最高法商业秘密民事案件司法解释。

9. **应进一步降低刑事门槛。**相较其他知识产权犯罪而言，30 万元的刑事起诉门槛仍然较高。应该降低到跟其他知识产权犯罪一样。
10. **最高法和公安部应该发布指引和指导案例，说明如何评估刑事案件门槛的“重大损失”。**指引应明确，在评定“重大损失”时，不仅需要考虑直接或实际损失，还应该考虑研发成本、侵权者的预期非法收入以及合理的特许使用费等。



## 附录

附录一：《反不正当竞争法》修订内容

附录二：企业/商业秘密所有者调查问卷结果

附录三：从业人员调查问卷结果

附录四：企业访谈

附录五：分析的 19 个案例之详细情况

附录六：七个重点案例的翻译