

ANJIE

安杰律师事务所

从企业维权、合规视角实务解读 商业秘密系列新规

夏锋(Jerry Xia)

2020/10/27

专业，所以杰出

DEDICATED
TO EXCELLENCE

ANJIELW.COM

【内所】2019年起担任安杰律师事务所高级顾问（一级合伙人），负责上海办公室的知识产权团队

【外企】2007年至2018担任美国霍尼韦尔（Honeywell）公司亚太区副总法律顾问兼首席知识产权官，负责公司在大中华及亚太区所有的企业知识产权法律事务

【外所】2004年至2007年在美国贝克麦坚时国际律师事务所(Baker & McKenzie LLP)香港办公室担任中国知识产权法律顾问

【国企】2003年至2004年，在北京大唐移动通信设备有限公司担任法务经理，负责3G通信标准TD-SCDMA相关的知识产权法律事务，期间同时担任TD产业技术创新战略联盟知识产权小组副组长

【内所】2002年底-2003年初，在上海锦天城律师事务所，处理中国知识产权和商事纠纷

【海外】2001年至2002年，在荷兰中欧技术转移中心 (SETTC) 担任知识产权顾问及项目经理

索赔高达21亿元 吉利汽车起诉威马汽车侵害商业秘密



CNMO手机中国

发布时间: 09-01 07:51 | 北京沃德斯玛特网络科技有限责任公司

【智车派新闻】往年的九月份，都是智能手机的主战场，然而，今年的九月，在汽车圈内则上演了一宗大案，那就是近期被传的沸沸扬扬的浙江吉利控股集团、吉利汽车研究院以侵害商业秘密为由，起诉造车新势力威马汽车的四家公司。被起诉的公司内包括威马汽车科技集团、威马智慧出行科技、威马汽车制造温州公司、威马新能源汽车销售公司。

作者最新文章

用手机记录下圣诞节美景与人：
这几款拍照旗舰看一下

苹果公司前员工窃取商业秘密案的警示！

2018-07-18 11:09

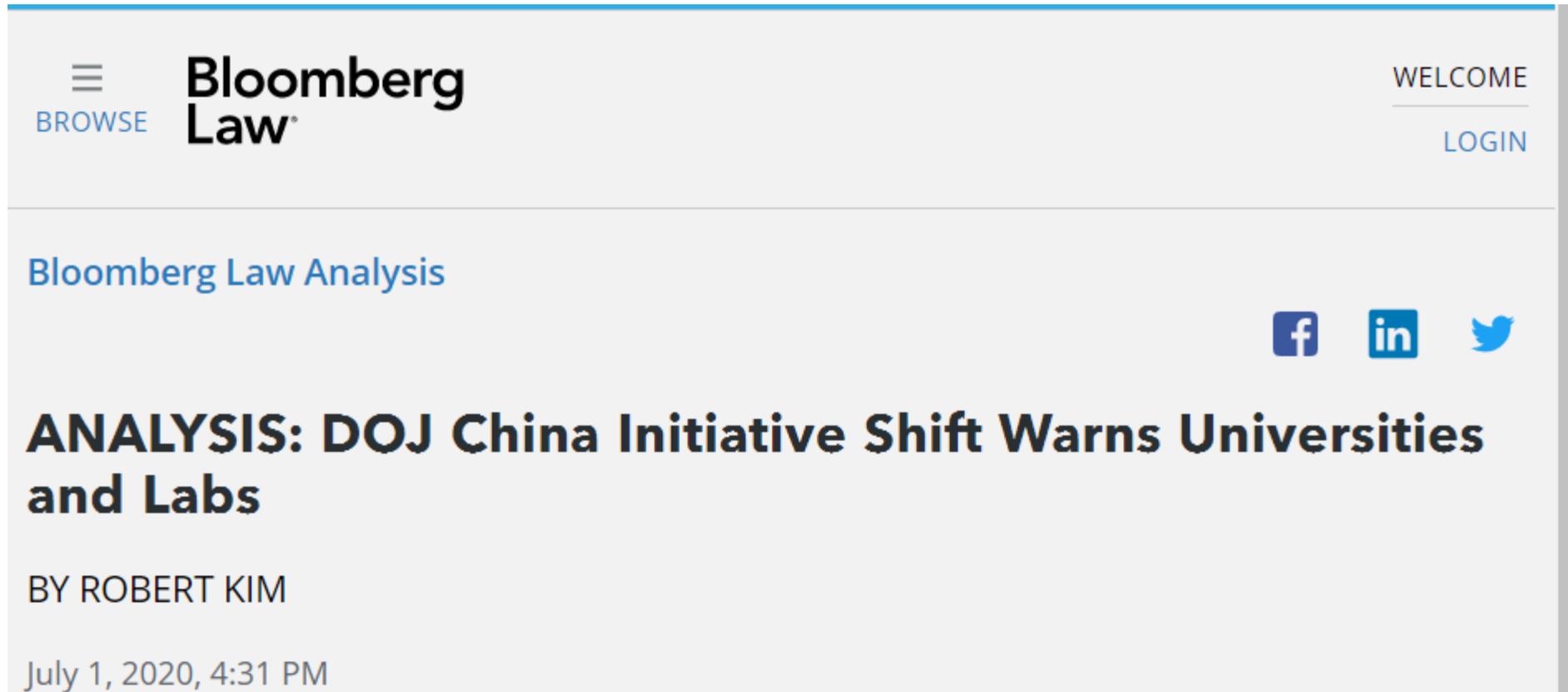
公司 / 汽车 / 苹果

上周，苹果前工程师张晓浪被指控为中国创业公司小鹏汽车窃取苹果的无人驾驶汽车商业秘密。本周一，在圣何塞联邦法院的听证中，张晓浪通过律师进行了辩护，声称自己无罪。



据国际金融报指出，张小浪于2015年12月加入苹果公司，并在研发自动驾驶汽车的“泰坦计划”中担任硬件工程师。苹果公司一直将这一研究和开发作为机密，苹果公司表示，张小浪有权限访问“泰坦计划”的大量机密内部数据库。

美国司法部“中国行动计划”将商业秘密保护重点转向大学和实验室



☰ BROWSE **Bloomberg Law** WELCOME LOGIN

Bloomberg Law Analysis

f in t

ANALYSIS: DOJ China Initiative Shift Warns Universities and Labs

BY ROBERT KIM

July 1, 2020, 4:31 PM

中美贸易战升级？出口管制法最终落地，备受外媒关注

每天十点快报 2020.10.21

一点号

我要分享 ▼

【编辑/作者 每天十点快报 INU】

导语：早在2018年，美国就向中国打响了贸易第一枪，美国总统特朗普宣布将对从中国进口600亿美元商品增加关税，之后又宣布对中国科技企业以及航空企业等征收关税。随后中国对美国做出反击，中方拟定对从美国进口水果等100个商品征收关税，这意味着中国与美国之间的贸易战正式开战。

• 目录

1. 最新 • 立法解读
2. 最近 • 案例数据及案例分享
3. 最后 • 实务防守策略

1. 最新·立法解读

最新立法包括:

- 《中华人民共和国民法典》（2020年5月28日颁布，2021年1月1日起实施）
- 《中美贸易协议（第一阶段）》（2020年1月16日）
- 《反不正当竞争法》（2019年4月23日）
- 《中华人民共和国刑法修正案（十一）（草案）》（2020年7月，2020年11月）
- 最高人民法院《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》（2020年9月12日）
- 《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）
- 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）》（2020年8月14日）
- 市场监管总局关于《商业秘密保护规定（征求意见稿）》（2020年9月4日）
-

《中华人民共和国民法典》 (2020年)

- ✓ **【五百零一条】** 当事人对合同磋商与订立过程知悉的**商业秘密**应予保护，不论合同最后是否订立，违反的应承担缔约过失赔偿责任或侵权责任。（先合同义务）
- ✓ **【五百零九条第二款】** 当事人在合同履行过程中应保守**商业秘密**，违反的，应承担违约责任或侵权责任。（合同义务）
- ✓ **【五百五十八条】** 当事人在合同终止后，仍然负有保守**商业秘密**的义务，侵犯商业秘密的应承担违约责任或侵权责任。（后合同义务）

《中美贸易协议（第一阶段）》 (2020年1月)

Section B: Trade Secrets and Confidential Business Information (Article 1.3-Article 1.9, 共7条)

条款	主要内容
1.3 侵犯商业秘密责任人的范围	扩大主体“经营者”范围
1.4 构成侵犯商业秘密的禁止行为范围	“电子侵入”、“违反约定”
1.5 民事程序中的举证责任转移	商业秘密权利人提供初步证据，证明其已对主张的商业秘密采取保密措施，或合理指向被告方侵犯商业秘密，则 举证责任 转移至被告方。
1.6 阻止使用商业秘密的临时措施	
1.7 启动刑事执法的门槛	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。 <ul style="list-style-type: none"> ➤ 过渡：补救成本作为商业秘密权利人的损失 ➤ 长远：取消商业秘密刑事立案的损失金额门槛
1.8 刑事程序和处罚	
1.9 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	

《反不正当竞争法》 (2019年4月23日)

- ✓ **【第九条】** 增加了视为侵犯商业秘密的手段（电子入侵）以及扩大了侵权主体（非经营者）
- ✓ **【第十七条】** 增加了**惩罚性赔偿条款**
 - （第三款）因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。**经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。**赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。
 - （第四款）经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人**五百万元以下（前：三百万元以下）**的赔偿。
- ✓ **【第二十一条】** 增加了行政处罚的力度（10万-100万；情节严重：50万到500万；加：没收违法所得）
- ✓ **【第三十二条】** 降低了权利人的举证负担，初步举证后**举证责任倒置**

《反不正当竞争法》 (2019年4月23日)

✓ 【第三十二条】 降低了权利人的举证负担，初步举证后**举证责任倒置**

第三十二条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。**

商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，且提供以下证据之一的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为：

- (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。

协议 V. 反法 举证责任倒置条款对比

协议	反不正当竞争法（2019年修正）
<p>第1.5条 民事程序中的举证责任转移</p> <p>一、 双方应规定，在侵犯商业秘密的民事司法程序中，如商业秘密权利人已提供包括间接证据在内的初步证据，合理指向被告方侵犯商业秘密，则举证责任或提供证据的责任（在各自法律体系下使用适当的用词）转移至被告方。</p> <p>二、 中国应规定：（一）当商业秘密权利人提供以下证据，未侵犯商业秘密的举证责任或提供证据的责任（在各自法律体系下使用适当的用词）转移至被告方： 1.被告方曾有渠道或机会获取商业秘密的证据，且被告方使用的信息在实质上与该商业秘密相同； 2.商业秘密已被或存在遭被告方披露或使用的风险的证据； 或3.商业秘密遭到被告方侵犯的其他证据；以及（二）在权利人提供初步证据，证明其已对其主张的商业秘密采取保密措施的情形下，举证责任或提供证据的责任（在各自法律体系下使用适当的用词）转移至被告方，以证明权利人确认的商业秘密为通常处理所涉信息范围内的人所普遍知道或容易获得，因而不是商业秘密。</p> <p>三、 美国确认，美国现行措施给予与本条款规定内容同等的待遇。</p>	<p>第三十二条：在侵犯商业秘密的民事审判程序中，商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。</p> <p>商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，且提供以下证据之一的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为：</p> <p>（一）有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且其使用的信息与该商业秘密实质上相同；</p> <p>（二）有证据表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险；</p> <p>（三）有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。</p>

《民事司法解释》草案第八条中进行了规定，但在正式稿中删除了。

《民事司法解释》第八条 权利人提交初步证据证明，对所主张的商业秘密采取了相应保密措施，且被诉侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，**侵犯商业秘密的可能性较大的**，被诉侵权人对该商业秘密已为公众所知悉或者其不存在侵犯商业秘密的行为承担举证责任。被诉侵权人主张其通过研发、受让、许可、反向工程、承继等方式获得被诉侵权信息的，应当举证证明。

《刑法修正案（十一）（草案）》

注：是草案，还未正式生效。2020年7月发布，2020年10月21日发布二次审议稿，但商业秘密部分没有变化。

十七、将刑法第二百一十九条修改为：

有下列侵犯商业秘密行为之一，**情节严重的**（前：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；**情节特别严重的**（前：造成特别严重后果的），处三年以上**十年**（前：七年）以下有期徒刑，并处罚金：

- (一)以盗窃、利诱、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；
- (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**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。

明知或者应知前款所列行为，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。
本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。

十八、在刑法第二百一十九条后增加一条，作为第二百一十九条之一：

为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的，处五年以下有期徒刑或者拘役，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。

最高人民法院《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》（2020年9月12日）

【第一条】 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。

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**，**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。

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。

我的思考：

- ✓ 司法解释在征求意见稿的基础上进一步增加了**样品**、**植物新品种繁殖材料**两种类型的技术信息。
- ✓ **算法和数据**（特别是用户数据）是大数据、人工智能时代企业的核心竞争力，而过去的案例中多是以程序源代码为商业秘密，鲜有主张算法和数据的案例。
- ✓ 行业内窃取**植物新品种繁殖材料**的现象比较普遍，商业秘密显然要比植物新品种权的保护力度更大，甚至可以通过刑事途径对育种者予以保护。
- ✓ 司法解释删除了征求意见稿中关于整理、加工后形成的客户信息构成商业秘密的规定，而是仅仅吸收了07年解释第十三条第一款对客户信息的定义

民事司法解释

【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。

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。

【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

我的思考：

- ✓ 司法解释明确排除了当事人仅依据与特定客户保持长期稳定交易关系为由主张商业秘密，这是自由市场竞争的应有之义，也表明作为商业秘密的客户信息必须是权利人付出**一定的代价**获得的。同《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第十三条第二款。
- ✓ 司法解释明确了判断主张的商业秘密是否不为公众所知悉的时间点为侵权行为发生时，这与司法实践是一致的。
- ✓ **载体和保密措施**
- ✓ **可能倒置**

民事司法解释

【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：

- （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。

我的思考：

- ✓ 司法解释对为公众所知悉的情形的列举与07年解释相比，少了“该信息无需付出一定的代价而容易获得”这一兜底条款，其立法意图有待明确，也许是考虑该兜底条款与第三条不为公众所知悉的“容易获得”这一条件重复。笔者比较担心的是兜底条款的删除可能会使法院在实践中将为公众知悉的情形拘泥于司法解释列举的五种情形。例如，除产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合外，通过对上市产品的反向工程比较容易获得的其他信息是否还能构成商业秘密，可能会产生争议。
- ✓ 司法解释确认对为公众所知悉的信息进行整理、改进、加工后形成的新信息只要符合条件，也可以具有非公知性。这与司法实践是一致的。

民事司法解释

【第十二条】 人民法院认定员工、前员工是否有渠道或者机会获取权利人的商业秘密，可以考虑与其有关的下列因素：

- (一) 职务、职责、权限；
- (二) 承担的本职工作或者单位分配的任务；
- (三) 参与和商业秘密有关的生产经营活动的具体情形；
- (四) 是否保管、**使用**、存储、复制、控制或者以其他方式接触、获取商业秘密及其载体；
- (五) 需要考虑的其他因素。

我的思考：

- ✓ 司法解释明确了员工或前员工“**接触**”的判断标准，与司法实践一致。

民事司法解释

【第十五条】 被申请人试图或者已经以不正当手段获取、披露、使用或者允许他人使用权利人所主张的商业秘密，不采取行为保全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，人民法院可以依法裁定采取行为保全措施。

前款规定的情形属于民事诉讼法第一百条、第一百零一条所称情况紧急的，人民法院应当在四十八小时内作出裁定。

我的思考：

- ✓ 最高人民法院《关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第六条列举的“情况紧急”的情形包括“申请人的商业秘密即将被非法披露”，而本条款则扩展到“试图或者已经以不正当手段获取、披露、使用、允许他人使用”商业秘密，大大扩大了行为保全的适用范围。例如，即使已经被披露给他人，只要商业秘密并没有为公众所知悉，仍可申请行为保全阻止进一步被披露、使用或允许他人使用。

民事司法解释

【第二十条】 权利人请求参照商业秘密许可使用费确定因被侵权所受到的实际损失的，人民法院可以根据许可的性质、内容、实际履行情况以及侵权行为的性质、情节、后果等因素确定。

人民法院依照反不正当竞争法第十七条第四款确定赔偿数额的，可以考虑商业秘密的性质、商业价值、研究开发成本、创新程度、能带来的竞争优势以及侵权人的主观过错、侵权行为的性质、情节、后果等因素。

我的思考：

- ✓ 侵犯商业秘密的损害赔偿可参照专利法的规则。第二十条细化了根据许可费确定侵权实际损失时法院应当考虑的因素，以及在酌定赔偿数额的情况下应当考虑的因素。
- ✓ 值得注意的是，征求意见稿曾参照专利法司法解释提出了根据信息的“贡献率”合理确定侵权赔偿数额，但司法解释却并未写入。

民事司法解释

【第二十七条】 权利人应当在一审法庭辩论结束前明确所主张的商业秘密具体内容。仅能明确部分的，**人民法院对该明确的部分进行审理。**

权利人在第二审程序中另行主张其在一审中未明确的商业秘密具体内容的，**第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就与该商业秘密具体内容有关的诉讼请求进行调解；调解不成的，告知当事人另行起诉。**双方当事人均同意由第二审人民法院一并审理的，第二审人民法院可以一并裁判。

我的思考：

- ✓ 该条款将明确所主张的商业秘密具体内容（即秘密点）的时间点规定为一审法庭辩论终结前。
- ✓ 特别是对于技术信息侵权案件，**该条款可能对被告侵权人非常不利。**被告侵权人的任何抗辩都是以知晓权利人主张的秘点为前提，且需要花费大量时间提前准备（如现有技术检索等），权利人若临时明确秘点无疑会严重削弱被告侵权人的抗辩能力。
- ✓ 至于权利人二审程序另行主张其在一审中未明确的秘点的规定，似乎并无必要。对方当事人显然不大可能同意二审法院就未明确的一并审理，而且这种做法也会造成审级利益的损失。

《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）

要点：

1. 降低侵犯商业秘密罪的入罪金额，**细化“重大损失”的认定标准**；（第4、5条）
2. 对侵犯商业秘密罪中的“不正当手段”进行了细化；（第3条）
3. 明确诉讼参与人的保密义务，防止二次泄密对权利人造成进一步的损失；（第6条）
4. 对于知识产权犯罪的量刑情节进行了细化规定；（第8、9条）
5. 《解释》删除了征求意见稿中知识产权罪犯竞业禁止的措施。（意见第14条）

刑事司法解释（三）

1. 损失认定的标准细化

【第四条】 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（v. 过去的50w）；
- （二）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**；
- （三）造成商业秘密的权利人**其他重大损失的**。

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”。

我的思考：

- ✓ 降低了商业秘密刑事犯罪的刑事入罪门槛，加大了对商业秘密权利人的保护。

刑事司法解释（三）

【第五条】 实施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，可以按照下列方式认定：

（一）以不正当手段获取权利人的商业秘密，尚未披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据该项商业秘密的合理许可使用费确定；**【青岛云路公司案】**

（二）以不正当手段获取权利人的商业秘密后，披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定，该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的，根据合理许可使用费确定；**【ZTE案件】**

（三）违反约定、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，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定；

（四）明知商业秘密是不正当手段获取或者是违反约定、权利人有关保守商业秘密的要求披露、使用、允许使用，仍获取、使用或者披露的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定；

（五）因侵犯商业秘密行为导致商业秘密已为公众所知悉或者灭失的，损失数额可以根据该项商业秘密的商业价值确定。商业秘密的商业价值，可以根据该项商业秘密的研究开发成本、实施该项商业秘密的收益综合确定；**【没有提合理许可费！】**

（六）因披露或者允许他人使用商业秘密获得的**财物或者其他财产性利益**，应当认定为违法所得。

前款第二项、第三项、第四项规定的权利人因被侵权造成销售利润的损失，可以根据权利人因被侵权造成销售量减少的总数乘以权利人每件产品的合理利润确定；销售量减少的总数无法确定的，可以根据侵权产品销售量乘以权利人每件产品的合理利润确定；权利人因被侵权造成销售量减少的总数和每件产品的合理利润均无法确定的，可以根据侵权产品销售量乘以每件侵权产品的合理利润确定。商业秘密系用于服务等其他经营活动的，损失数额可以根据权利人因被侵权而减少的合理利润确定。

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。**【明阳案件-补救成本应做扩大解释】**

刑事司法解释（三）

我的思考：

- ✓ 鉴于**盗窃等不正当手段获取商业秘密的行为刑事可责性更大**、社会危害性更大，因此对此类行为可以按照**商业秘密的合理许可使用费**确定权利人的损失，不再要求将商业秘密用于生产经营造成实际损失。
- ✓ 鉴于**违约型侵犯商业秘密**的行为，其行为人对商业秘密的“第一次占有”是合法的或者“来源”于合法途径，**相对非法获取行为危害性小，因此在定罪标准上有所区别**，损失数额应当按照使用商业秘密造成权利人**销售利润**的损失计算（**也可能是合理许可费!**）。
- ✓ 明确了经营信息秘密的损失认定标准
- ✓ 引入了关于经营信息秘密的补救成本的具体内容

刑事司法解释（三）

2. “不正当手段”进行了细化

【第三条】 采取非法复制、未经授权或者超越授权使用计算机信息系统等方式窃取商业秘密的，应当认定为刑法第二百一十九条第一款第一项规定的“盗窃”。

以贿赂、欺诈、电子侵入等方式获取权利人的商业秘密的，应当认定为刑法第二百一十九条第一款第一项规定的“其他不正当手段”。

我的思考：

- ✓ 明确将“未经授权或者超越授权使用计算机系统等方式获取商业秘密的”手段定义为属于“盗窃”手段，而非“违约”情形，也非“其他不正当手段”，加大了对商业秘密权利人的保护，也将尤其对企业员工“未经授权或超越授权”获取公司商业秘密的违法行为的产生极大的刑事威慑。
- ✓ 对于企业的启示在于，在企业商业秘密管理制度中应明确员工进入计算机信息系统的权限，以及确定未授权人员获取涉密信息、授权人员超范围获取涉密信息的非法性。这样在维权过程中能够较好的固化“不正当手段获取”的证据。

刑事司法解释（三）

3. 明确诉讼参与人的保密义务，防止二次泄密

【第六条】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。

我的思考：

- ✓ 因商业秘密犯罪案件一般会不公开审理，这导致法院大多数情况下不会额外要求相关诉讼参与人签署保密承诺书，本条**明确提出可采取诉讼参与人签署保密承诺书这一措施**，且**明确违反保密义务可能会被以侵犯商业秘密罪入刑**，对于预防二次泄密有积极作用。
- ✓ 司法部的新规（草案）

刑事司法解释（三）

4. 量刑情节进行了细化

【第八条】 具有下列情形之一的，可以酌情从重处罚，一般不适用缓刑：

- （一）主要以侵犯知识产权为业的；
- （二）因侵犯知识产权被行政处罚后再次侵犯知识产权构成犯罪的；
- （三）在重大自然灾害、事故灾难、公共卫生事件期间，假冒抢险救灾、防疫物资等商品的注册商标的；
- （四）拒不交出违法所得的。

【第九条】 具有下列情形之一的，可以酌情从轻处罚：

- （一）认罪认罚的；
- （二）取得权利人谅解的；
- （三）具有悔罪表现的；
- （四）以不正当手段获取权利人的商业秘密后尚未披露、使用或者允许他人使用的。

我的思考：

- ✓ 对具体量刑做出了明确规定，包括可以酌情从重处罚、一般不适用缓刑、可以酌情从轻处罚，体现了宽严相济的刑事政策。一方面防止缓刑被滥用，另一方面可以减少社会对抗、节省司法资源、降低权利人维权成本。
- ✓ 本来说“向境外披露商业秘密不予缓刑”，后来删除了☺

刑事司法解释（三）

5. 删除了知识产权罪犯竞业禁止的措施

以下对征求意见稿的修改，体现了对商业秘密严格保护的立法趋势：

- ✓ 删除了征求意见稿中的“将权利人的商业秘密申请为专利、集成电路布图设计、植物新品种、商标等，相关知识产权已经归属权利人的”这一“一般应当从轻处罚”的情节。
- ✓ 删除了“可以依法不起诉或者免于刑事处罚的情节”。
- ✓ 删除了“从业禁止令”的条款，我们对这一条的删除略表失望。尤其是对于刑事可责性的商业秘密犯罪行为，通过刑事判决，禁止被告在一定期限内不得从事某种特定职业，可以降低商业秘密可能会被继续以更隐蔽的方式使用的风险，同时加大了刑法威慑力效果，可以起到良好的社会教育效果。

其他规章

- ✓ 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）》（2020年）
- ✓ 市场监管总局关于《商业秘密保护规定（征求意见稿）》（2020年）



2. 最近·案例数据 及案例分享

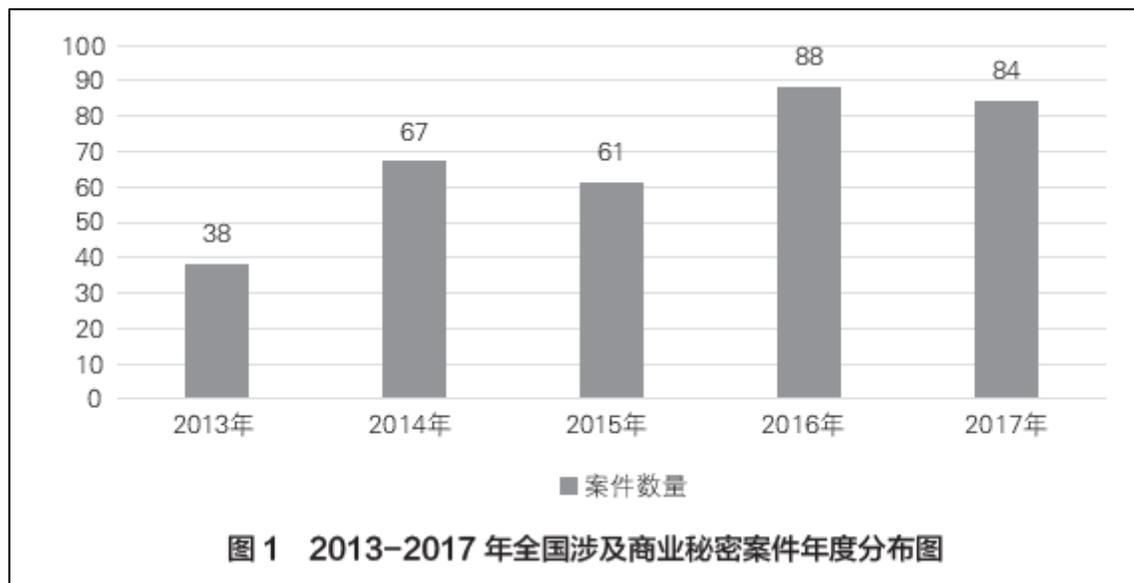
2.1 案例数据

【民事】根据2018年北京市高级人民法院知识产权课题组：《反不正当竞争法》修改后商业秘密司法审判调研报告》（载于《电子知识产权》2019年第11期）

2013-2017年期间全国涉及商业秘密的民事案件共**338**件。

1. 与同期全国知识纠纷案件的总量来说，比例非常低。（根据《中国法院知识产权司法保护状况（2017年）》，2017年全国法院共审结知识产权民事一审案件**192938**件）
2. 构成商业秘密侵权的仅**113**件（胜率**35%**）
3. 不构成商业秘密的案件有**140**件；（缺乏秘密性/未采取合理的保密措施）

注：由于涉商业秘密案件的敏感性和不公开性，数据可能不是十分精确。



补充：Alpha案例数据库

2018-至今：全国商业秘密民事判决案件为**227**件；知识产权类（不包括商业秘密）民事判决案件为**172602**件。

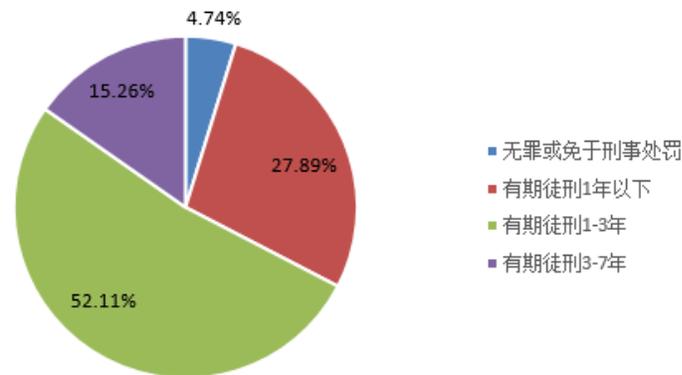
（数据来源：Alpha案例数据库，以案由进行区分的简单检索）

2.1 案例数据

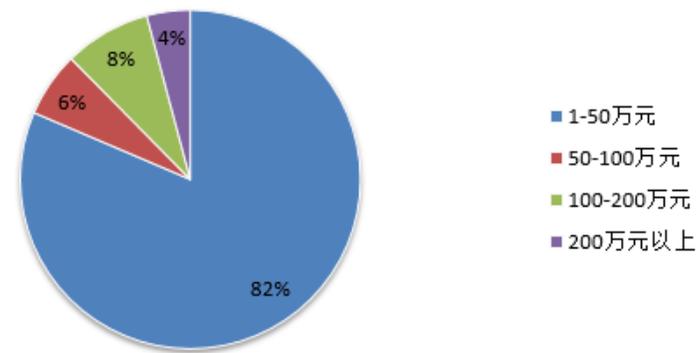
【刑事】

1. 自2017年《刑法》设立侵犯商业秘密罪以来，通过公开渠道可以查询到的能够被认定为构成侵犯商业秘密罪的案件共有**95**起。（根据网络检索信息）
2. “2019年地方各级人民法院共审结侵犯知识产权刑事一审案件**5075**件；其中侵犯商业秘密刑事案件**39**件，与去年持平”。（2020年4月21日最高人民法院公布的《中国法院知识产权司法保护状况（2019）》<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-226501.html>）
3. **15%**的被告人被判处3年以上7年以下有期徒刑；超过**80%**的自然人被判处的罚金数额在**50万元**以下，在已公开案例中仅有**2**起案件单位被处罚金超过1000万元，其余均被处罚金**500万元以下**。（数据来源：商业秘密刑事保护现状及强化打击趋势——由《反不正当竞争法》再修订说起<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b139cbb5-0b45-484c-b15b-c6c76d2d2750>）
4. 很多案件止步于公安、检察院阶段，并没有被公开，公众能查看到的案件数量有限。

侵犯商业秘密罪判处有期徒刑情况



侵犯商业秘密罪罚金刑统计



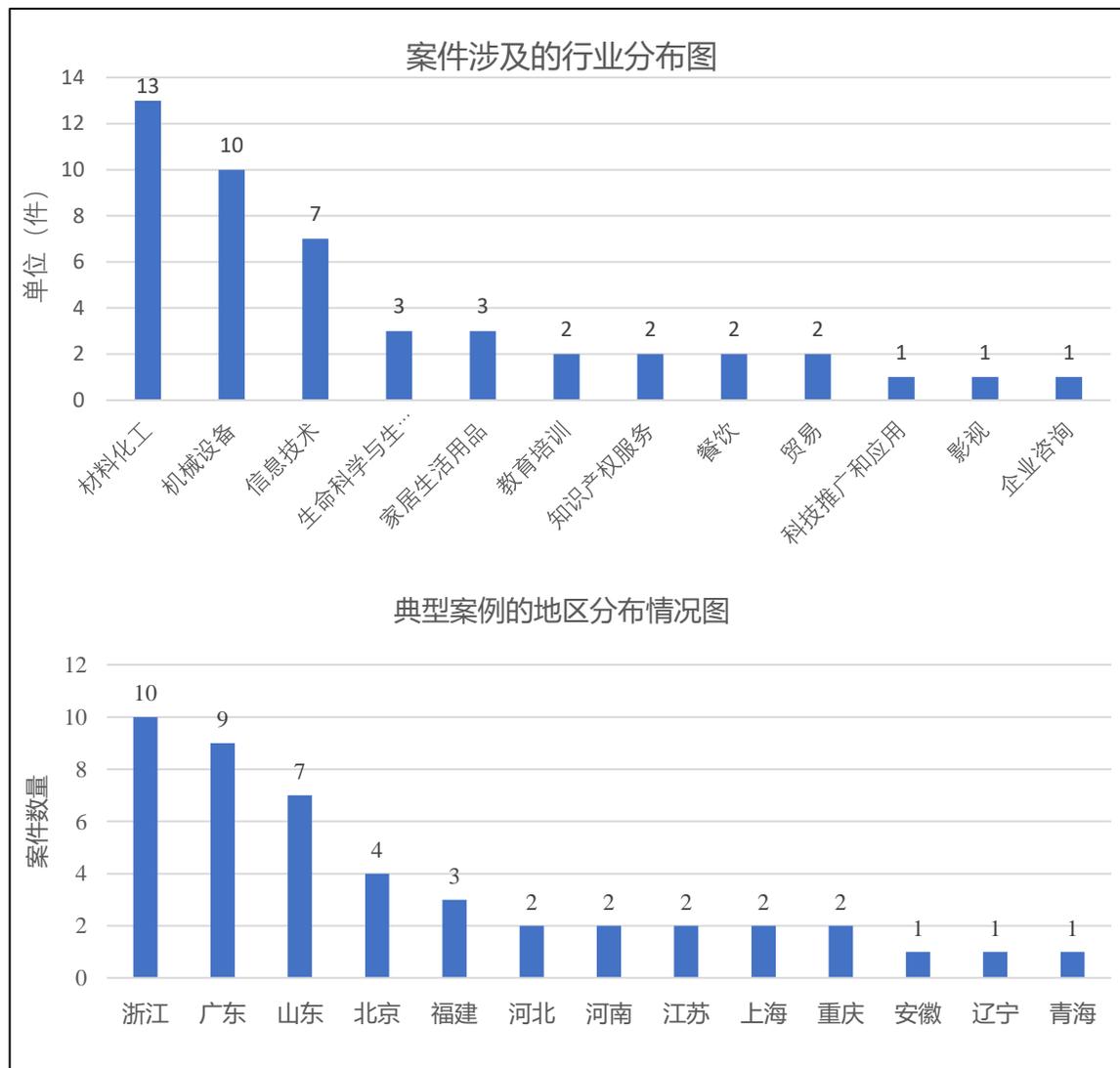
参考来源：商业秘密刑事保护现状及强化打击趋势——由《反不正当竞争法》再修订说起<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b139cbb5-0b45-484c-b15b-c6c76d2d2750>

2.1 案例数据

【典型案例】在2020年4月26日期间，全国各法院、检察机关、市场监督管理部门公布的典型案例中（600+），商业秘密典型案例共有47件。

1. 民事案件23件，刑事案件16件，行政案件8件；
2. 26件涉及技术信息，25件涉及经营信息，4件两者均涉及；
3. 涉及的Top3的行业分别是：材料/化学13件，机械10件，IT7件；
4. 案件数量Top3的省份分别是：浙江省10件，广东省9件，山东省7件。

注：由于统计的不完全性，以上数据仅供参考。



2.2 案例分享（刑-损失认定）

【 ZTE商业秘密案—国内首宗涉5G侵犯知识产权刑案（深圳市南山区人民法院，2019年度广东检察机关依法办理打击侵犯知识产权犯罪案件典型案例）】



案情介绍：

被告人黄某瑜和王某在中兴公司就职期间擅自接受外部研究所的技术外包项目，获利350万左右。两人向该外部研究所最终提交的技术文档，被认定构成中兴公司的商业秘密，该技术文档的评估价值约为人民币430万元。最终法院根据案情，认定中兴公司因两被告侵犯商业秘密行为所受的损失为430万元，判决两被告人构成侵犯商业秘密罪，均判处有期徒刑三年、缓刑四年，并处罚金人民币15万元。

《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）》

第五条 实施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，可以按照下列方式认定：

（二）以不正当手段获取权利人的商业秘密后，披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定，该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的，根据合理许可使用费确定；

2.2 案例分享（刑-损失认定）

【**青岛云路公司案**（青岛市即墨区人民法院，2019年青岛中院知识产权司法保护十大典型案例）】

案情介绍：

被告人姜某某系青岛云路先进材料技术有限公司（简称云路公司）员工，2016年10月份，姜某某利用其掌握的技术秘密帮助浙江中柏新材料有限公司，搭建了中柏一期非晶生产线并正式投产。被告人于某在未办理辞职手续的情况下，私自说服原云路公司员工共10余人到中柏公司工作，操作设备进行非晶带材的生产。**涉案技术秘密经评估对云路公司造成的许可费损失费用为人民币1,926万元**，法院最终判决构成侵犯商业秘密罪，并判处有期徒刑，并处罚金。

《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）》

第五条 实施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，可以按照下列方式认定：

（一）以不正当手段获取权利人的商业秘密，尚未披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据该项商业秘密的合理许可使用费确定；

2.2 案例分享（刑-损失认定）

明阳风机商业秘密案 - （2020）粤52刑终203号

被告人刘忠炎原系远景能源（江苏）有限公司某分公司技术团队负责人、工程师。2019年2月23日16时许，搭乘飞机从上海来到揭阳的刘忠炎借旅游之机，租车自驾来到惠来县靖海镇，穿着事先购买的供应商工作服，携带事先准备的数码相机、激光测距仪等工具，冒充供应商工作人员混入明阳智慧能源集团股份公司MySE7.25MW风电机组项目安装现场，对机组内部结构、相关设备进行测量和拍照。被发现后，随即逃离现场，途中被抓获。公安机关在其携带的相机内提取到拍摄的风电机组安装现场照片617张、视频15个。

案发后，明阳公司对风电机组部件进行**维修检测的费用达31万余元**，刘忠炎的非法侵入还致使项目施工工期延长41天，**造成生产误工损失40万余元**。

合议庭经过充分研究后认为，刘忠炎实施了窃取商业秘密的行为，**给明阳公司造成维修检测和延误工期等直接损失71万余元**，已构成犯罪既遂。

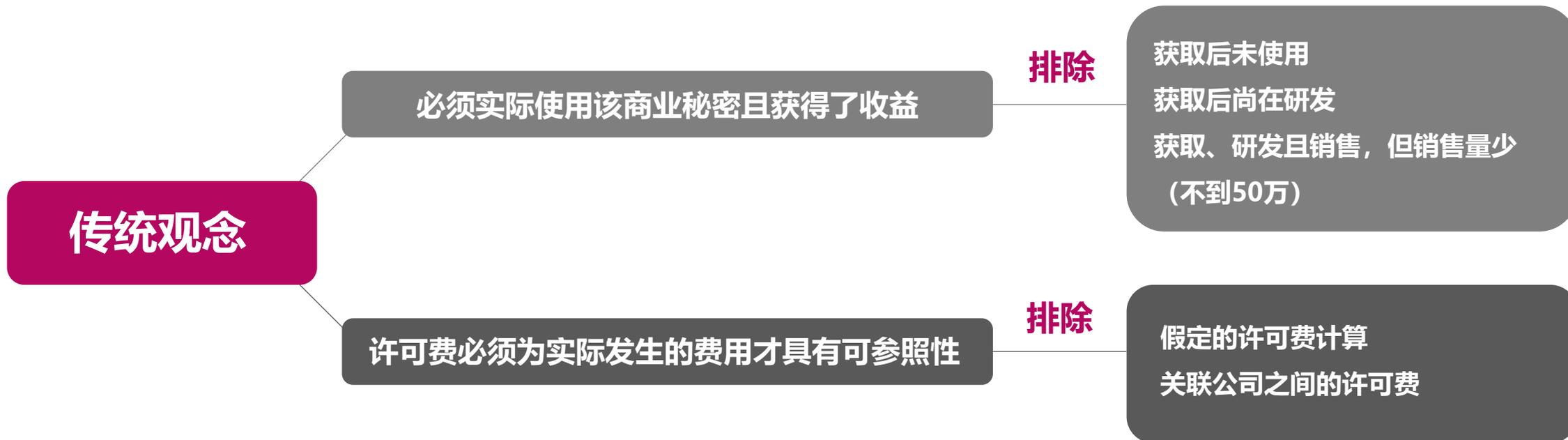


《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》

第五条 第三款

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。

商业秘密刑事案件中犯罪数额认定的新突破



商业秘密刑事案件中犯罪数额认定的新突破

司法实践中的新突破

使用了商业秘密但尚未投产（量产）的，依然可以追究刑责

可以基于假定的许可费认定犯罪数额

2.2 案例分享（刑-损失认定）

商业秘密刑事案件中犯罪数额认定的新突破

(2013) 苏知刑终字第0006号 —— “尚未投产即案发”

法院认为：

1. 在侵犯商业秘密犯罪案件中，参照许可费来计算权利人的损失有充分的法律依据。
2. 评估人出庭解释了“技术分成率”
3. 圣奥公司涉案技术经鉴定具有确定的许可使用价值，被他人窃取和非法使用，圣奥公司因未能获得涉案技术被他人使用而应当获得相应价值，属于圣奥公司遭受的损失；反之，翔宇公司非法获取、使用圣奥公司涉案技术，却未付出应当给付的许可使用对价，显然属于翔宇公司应当减少而未减少的违法所得。

商业秘密刑事案件中犯罪数额认定的新突破

(2015) 浙绍刑终字第874、875号 —— “尚未量产”

评估机构在评估许可使用费价值损失采用研发成本加利润乘以剩余使用年限的计算方法。

法院认为，本案中商业秘密并无类似的许可费参照，也无法再还原犯罪行为实施之前的状态计算实际损失，因此根据研发成本及该商业秘密每年可能产生的利润计算新和成公司如果许可该技术可能带来收益更符合本案的客观实际。尽管评估得出许可使用费损失价值是一种假设，但该假设由原始凭证以及相关财务资料为依据，且刑事案件中对无法还原的财物评估价值在刑事司法实践普遍采用。被告单位及被告人等虽然对该评估方法提出异议，但也无法提供更为合理的评估方法，故该评估方法得出的评估结论应当作为本案证据予以采信。

2.2 案例分享（民-举证责任倒置）

商业秘密构成要件&侵权事实举证责任倒置——梅州绿灯侠科技有限公司与饶思兰、徐红颜、梅州市粤峰工艺品有限公司著作权权属纠纷、侵害商业秘密纠纷一审民事判决书

案号：(2019)粤14民初5号 裁判日期：2019年07月25日 审理法院：广东省梅州市中级人民法院

案情简介

原告绿灯侠公司主营LED灯具批发零售的电子商务业务，二被告**徐红颜、饶思兰**是绿灯侠公司**原员工**，2018年二被告在未与原告商量情况下离职，并创立了**粤峰公司**。

原告主张，二被告盗用绿灯侠公司的**客户名单、经营计划、财务资料、货源渠道、标底、标书**等信息用于粤峰公司经营。



法院观点

关于绿灯侠公司主张的客户名单是否构成商业秘密，徐红颜、饶思兰及粤峰公司是否侵害绿灯侠公司的商业秘密。原告客户 AngelicaGranada 在徐红颜离开绿灯侠公司之前并不为粤峰公司所知，且 AngelicaGranada 成为绿灯侠公司客户后，在两个月时间内与绿灯侠公司频繁交易达 5 次之多，多次获得好评，**该交易行为能提升公司竞争力，带来经济利益，具有商业价值。**根据绿灯侠公司对外贸易的经营性质，其在《2018 年提成以外奖励机制表》规定客户资源归公司，任何人不得损害公司利益，且公司客户只有特定岗位对应的员工输入公司密码才能交易，**可以认定绿灯侠公司向员工提出了对客户名单的保密要求，同时采取对涉密信息限定知悉范围、控制接触人群等相应保密措施，AngelicaGranada 客户信息属绿灯侠公司的商业秘密。绿灯侠公司提供徐红颜离职后仍与 AngelicaGranada 交易的初步证据，徐红颜对此亦认可，绿灯侠公司完成了基本举证义务。**徐红颜作为绿灯侠公司的原员工负责与客户 AngelicaGranada 接触，应当知道该客户与公司的交易情况，离职后徐红颜继续与 AngelicaGranada 交易，**徐红颜没有提供证据证明是 AngelicaGranada 自愿选择与其或者粤峰公司进行市场交易**，徐红颜离职后仍与 AngelicaGranada 交易，侵害了绿灯侠公司的商业秘密，应承担相应的侵权责任。绿灯侠公司没有证据证明粤峰公司明知或者应知客户 AngelicaGranada 是绿灯侠公司的商业秘密，其要求粤峰公司承担相应的侵权责任，无事实和法律依据，不予支持。

绿灯侠公司主张徐红颜、饶思兰就职粤峰公司后盗用原公司经营计划、财务资料、货源渠道、标底、标书给粤峰公司，侵害了其商业秘密。**绿灯侠公司对此主张没有提供充分的证据证明，应承担举证不能的法律后果**，其要求徐红颜、饶思兰、粤峰公司对此承担赔偿责任，无事实依据，不予支持。

2.2 案例分享（民-举证责任倒置）

商业秘密侵权事实举证责任倒置——北京洪威先创科技股份有限公司与北京世诚伟业科技发展有限公司、李璐雅、孙娟侵害经营秘密纠纷一审民事判决书

案号：(2018)京0107民初1518号 裁判日期：2019年06月27日 审理法院：北京市石景山区人民法院

案情简介

原告洪威先创公司是国内考场、会场安全技术防范产品、服务及综合解决方案的供应商，主营高科技作弊防控系统、考生身份认证系统等。**原告开发并积累大量的客户信息，并将客户名称、联系电话、需求、销售情况、定价方案等信息录入原告开发的客户管理系统。**原告采取了包括签订保密协议、离职审计等保密措施。

二被告孙娟、李璐雅曾分别担任原告的项目经理兼产品经理、营销部业务助理。2016年12月，二被告以孙娟父母名义注册了被告世诚伟业公司，被告世诚伟业公司承认其销售的产品与原告洪威先创公司经营的部分产品相同，被告孙娟承认其父母在该公司成立之前未从事过相关业务。**根据法院从税务局调取的发票信息，有多家与世诚伟业发生交易的客户与原告主张的客户名单中的客户相同。**



法院观点

关于三被告是否实施了原告主张的侵害其经营秘密的行为，本院认为，首先，被告孙娟、李璐雅作为原告的前员工，**二人有权进入原告洪威先创公司的客户管理系统获取客户名单**，且明显知晓原告对于客户名单的保密要求以及该信息对原告开展经营的重要程度。其次，被告世诚伟业公司成立的时间恰在孙娟离职之前，该公司的法定代表人及股东为孙娟父母，孙娟亦承认其父母之前未从事过考场防作弊业务，而该公司与原告洪威先创公司存在同业竞争关系。**第三，反不正当竞争法规定，商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，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的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为。**从世诚伟业公司的交易情况来看，**其在成立后的短期内即与原告客户名单中至少8家客户进行了交易，有些还是多次交易，而孙娟及世诚伟业公司对此无法进行合理解释及举证。**上述事实足以证实孙娟违反保密义务及洪威先创公司有关保守商业秘密的要求，**向世诚伟业公司披露了其所掌握的客户名单**，而世诚伟业公司明知孙娟为知晓洪威先创公司经营秘密的前员工，仍使用了孙娟向其披露的客户名单，上述行为均已构成对洪威先创公司经营秘密的侵犯。

2.2 案例分享（民-惩罚性赔偿）

【重庆慢牛公司诉重庆亿联金汇公司案-3倍，（2019）渝05民初1225号，2019年中国法院50件典型知识产权案例/2019年重庆法院十大知识产权案例

本院认为：鉴于二被告买卖原告商业秘密，通过非法交易从中牟利，共同实施侵犯原告商业秘密的不正当竞争行为的**主观恶意明显**，本院决定对二被告适用惩罚性赔偿标准，即以二被告买卖原告商业秘密交易金额24,710元作为被告因侵权所获利益，并以此为基数的**三倍**，确定二被告连带赔偿原告经济损失74,130元。

2.2 案例分享（民-惩罚性赔偿）

【**天赐公司与安徽纽曼公司侵害技术秘密纠纷案-2.5倍**，（2017）粤73民初2163号，广州知识产权法院，2019年广州知识产权法院服务和保障科技创新十大典型案例】

广州知识产权法院裁判要旨：支持天赐公司卡波产品工艺、流程、设备构成技术秘密之主张。认定华慢违反保密义务和保密要求，将天赐公司技术秘密披露给安徽纽曼公司使用，刘宏、安徽纽曼公司在明知的情况下仍予以获取并使用，共同侵害了天赐公司技术秘密。胡泗春、朱志良提供帮助，也构成共同侵权。**侵权者属恶意侵权且情节严重，安徽纽曼公司部分侵权获利为11951095元，支持天赐公司提出的惩罚性赔偿请求**，以此为基数，综合考虑侵权持续时间、经营规模、涉案技术秘密对产品形成的关键作用，**以及安徽纽曼公司无正当理由未全面提交获利数据和原始凭证构成举证妨碍等因素**，确定适用**2.5倍**惩罚判决其赔偿3000万元，其他侵权者根据情节大小承担相应赔偿责任。

公开渠道查到的商业秘密临时禁令（行为保全）案例

- 美国礼来公司、礼来（中国）研发公司诉黄孟炜案：上海知识产权法院（2013年）
- 诺华（中国）生物医学研究有限公司诉贺峰案：上海一中院（2014年）
- 佛山市海天调味食品股份有限公司诉寇振华案：佛山中院（2014年）
- 安徽汉威环境科技有限公司诉合肥怡湖环保设备有限公司、徐百元案：铜陵市中级人民法院（2014年）
- 新和成案：浙江高院和绍兴中级人民法院（2018年）NB – 一审判决尚未生效追加禁令
- 美国某化学公司 v. 前员工 - 苏州中院（2019）

案例总结 – 好的趋势

• 民事

- **Increasing claim of damages** – RMB2.1B (\$300M) in 吉利诉威马 (still pending before SH Higher Court)
- **Increasing award of damages** – RMB57M (\$8.2M) in 西安秦邦案 (plus a RMB31M criminal fine)
- **临时禁令 Preliminary injunction (PI)** still very rare (5th in history granted in 2019 for a US chemical co. + first 2 for Eli Lilly and Novartis), but more to expect (extending from disclosure only to use or attempted use as well in “urgency review”)
- **举证责任倒置 Actual case examples applying reversal of proof burden** under new law (e.g. 梅州绿灯侠公司诉前员工案 – customer list; 北京洪威先创诉北京世诚伟业等案 – customer list)
- **惩罚性赔偿 Punitive damages** awarded under new law (e.g. 天赐公司诉华慢案; 青岛慢牛诉亿联案 – **3 times**)

• 刑事

- **Loss of (potential) royalties as loss** (formally adopted in the new IJ e.g. 中兴通讯5G案 & 青岛云路公司 “非晶带材” 案)
- **“Remedial cost” counted** into great loss under US-China Trade Deal (明阳案 ever first judgment issued in Guangdong)
- **禁止令 “Employment ban”** in relevant industries (first case – 广州南山联柔案 – mechanical springs)
- **Shanghai PP’s special campaign** for TS enforcement in 2020; **“Trade Secret Enforcement Base”** founded in Shenzhen,

• 行政 – increasing & encouraging as a good back-up for civil & criminal



10月13日，陶氏公司和庄信万丰宣布，江苏省高级人民法院已经做出判决，裁定江苏善俊清洁能源科技有限公司（被告）侵犯陶氏公司及庄信万丰两家附属公司的商业机密，并要求被告对非法使用这些商业机密支付高额赔偿金。

赢了

Dow陶氏公司 2020-10-14





3. 最后 · 实务防守 策略

- **招纳新员工之前：**
 - 对候选者进行背景调查
- **新员工入职时：**
 - 签订保密协议；（所有新员工都应）
 - 签订竞业禁止协议；（必要情况下）
 - 对新员工进行分类管理；
 - 对新员工进行相关培训，提升保密意识；
- **员工职位转换时：**
 - 重新签订保密协议和/或竞业禁止协议；
 - 重新评估；
- **员工离职时：**
 - 要求交还公司涉密文件/电子U盘/移动硬盘等；
 - 离职交谈；



- **技术手段**

- Data Loss Prevention Tool (e.g. McFee)
- 禁用USB
- 手机禁用
- 隔离区域
- CCTV监控



Thanks



夏锋 | Jerry Xia

M +86 159 2160 2923 (微信)

ANJIELAW.COM

BEIJING SHANGHAI SHENZHEN HONGKONG

杰出，所以安心

Dedicated to Excellence