



大成 DENTONS

DENTONS
CHINA

「大成 30 周年所庆文集」

商业秘密合规研究报告

大成律师事务所

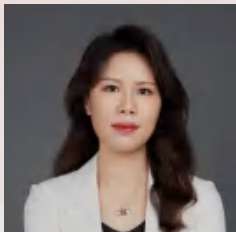
课题
主持人



陈福
合伙人

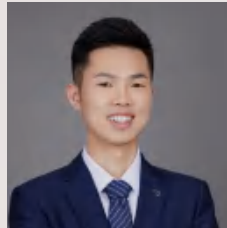
地点：大成北京
专业领域：知识产权、争议解决、
公司与并购、刑事

课题
参与者




林微
合伙人

地点：大成北京
专业领域：知识产权、竞争与反垄断、
争议解决、公司与并购



周龙龙
实习律师

地点：大成北京
专业领域：知识产权、争议解决、
公司与并购、刑事



摘要

商业秘密维权非常困难,大多数案件以撤诉结案,而维权成功率低。我国企业的商业秘密保护意识和能力普遍较低,企业自身商业秘密保护存在专利申请与商业秘密不加以区分等诸多问题。其中导致商业秘密无法获得保护的主要原因是商业秘密不合规。本文结合我国商业秘密保护现状,论述商业秘密合规审查的重要性,介绍与商业秘密相关的民事法律规定、刑事法律规定、行政法律规定;从商业秘密的保护范围、非公知性(又称“秘密性”)、商业价值性、保密性等角度论述如何进行商业秘密合规审查;不仅论述了防止自身商业秘密被他人侵犯的合规审查,还论述了防止侵犯他人商业秘密的合规审查以及对限制技术进步、垄断技术等行为的合规审查。

关键词: 商业秘密 合规 非公知性、商业价值性 保密性

CONTENTS

引言 001

第一章 我国商业秘密保护现状 002

一、商业秘密司法保护的基本情况 004

(一) 商业秘密案件数据统计 004

(二) 商业秘密案件数据分析 009

二、商业秘密保护存在的问题 010

(一) 对商业秘密保护范围没有明确的认识 010

(二) 专利申请与商业秘密不加以区分 012

(三) 对商业秘密载体和区域缺乏系统有效的保护 012

(四) 保密宣传教育的力度不够 013

(五) 人工智能利用程度不高 014

(六) 商业间谍的存在 014

三、不合规是导致商业秘密无法获得保护的主要原因 015

(一) 侵犯商业秘密案例 015

(二) 商业秘密的性质 017

(三) 不合规是导致商业秘密无法获得保护的主要原因 017

第二章 我国商业秘密的法律规制 020

一、商业秘密的民事法律规制 022

(一) 通过《民法典》明确了商业秘密属于知识产权 022

(二) 通过《反不正当竞争法》规定了商业秘密的概念、侵权行为、举证责任及损害赔偿方式等 022

(三) 通过司法解释进一步细化商业秘密的规定 025

(四) 通过《劳动合同法》从企业内部对商业秘密进行保护 028

(五) 通过《民事诉讼法》对诉前禁令和证据保全进行了规范 029

(六) 通过《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》规定商业秘密的性质和权属 029

二、商业秘密的行政法律规制 030

(一) 通过《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》对商业秘密进行行政保护 030

(二) 通过《中央企业商业秘密保护暂行规定》对中央企业商业秘密保护提出强制性要求 031

(三) 通过《全国商业秘密保护创新试点工作方案》制定商业秘密保护的总体要求与主要任务等 032

(四) 通过《国家工商行政管理局关于商业秘密构成要件问题的答复》明确商业秘密的构成要件 032

三、商业秘密的刑事法律规制 034

(一) 通过《刑法》规定侵犯商业秘密罪 034

(二) 通过《中华人民共和国刑法修正案（十一）》增设为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪 034

(三) 通过《最高人民法院、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》确定侵犯商业秘密罪的立案标准 035

(四) 通过《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）》进一步细化侵犯商业秘密罪的构成要件 035

第三章 商业秘密的合规审查 036

一、防止自身商业秘密被他人侵犯的合规审查 038

(一) 商业秘密保护范围审查 038

(二) 非公知性审查 041

(三) 商业价值性审查 043

(四) 保密性审查 044

二、防止侵犯他人商业秘密的合规审查 048

(一) 人才引进中的合规审查 048

(二) 与他人合作中的合规审查 049

三、对限制技术进步、垄断技术等行为的合规审查 050

(一) 限制技术进步、垄断技术相关法律规定 050

(二) 限制技术进步、垄断技术的法律风险 052

(三) 对限制技术进步、垄断技术等行为的合规审查方法 052

结语 054

引言

实践中，由于我国企业的商业秘密保护意识和能力普遍不高，以及商业秘密不具有法定权利外观的特殊属性，导致很多企业在其商业秘密被侵犯后，但自己并不知晓，或是不能提供被侵权的证据，无法借助法律手段进行维权，导致了商业秘密纠纷起诉率低、诉讼案件调撤率高、原告胜诉率低的现象。纵观现有的司法实践，“员工跳槽、另立门户”是引起商业秘密纠纷的主要原因之一。

与专利权、商标权、著作权等其他知识产权具有公示性明显不同，商业秘密不具有法定的权利外观，所以在商业秘密案件中需要权利人证明其拥有商业秘密并明确权利的范围与边界，这就要求权利人必须明确商业秘密的保护范围。商业秘密的非公知性、商业价值性、保密性要求权利人对其要求保护的商业秘密进行合规审查，商业秘密不能包含公知信息，并采取严格的保护措施。

本文结合我国商业秘密保护现状论述商业秘密合规审查的重要性，介绍与商业秘密相关的民事、刑事、行政法律规定；从商业秘密的保护范围、秘密性、商业价值性、保密性等角度展开论述如何进行商业秘密合规审查；不仅论述了防止自身商业秘密被他人侵犯的合规审查，还论述了防止侵犯他人商业秘密的合规审查以及对限制技术进步、垄断技术等行为的合规审查。

第一章

我国商业秘密保护现状

我国每年的商业秘密司法案件数量与其他知识产权案件数量相比差距巨大，而维权成功的案件所占比例更是少之又少，企业自身商业秘密保护存在诸多问题，这其中导致商业秘密无法获得司法保护的主要原因是商业秘密不合规。

一、商业秘密司法保护的基本情况

为了分析商业秘密司法保护的基本情况，本文以威科先行的数据为样本进行分析，统计了从 2012 年 1 月 1 日至 2022 年 10 月 1 日的商业秘密案件。

(一) 商业秘密案件数据统计

1、审结案件数据统计

2012 年 1 月 1 日至 2022 年 10 月 1 日，根据威科先行的数据统计，我国共审结商业秘密案件 3830 件，其中民事案件 3652 件，刑事案件 178 件，民事案件占比为 95%，刑事案件占比为 5%，具体情况如图 1 所示。

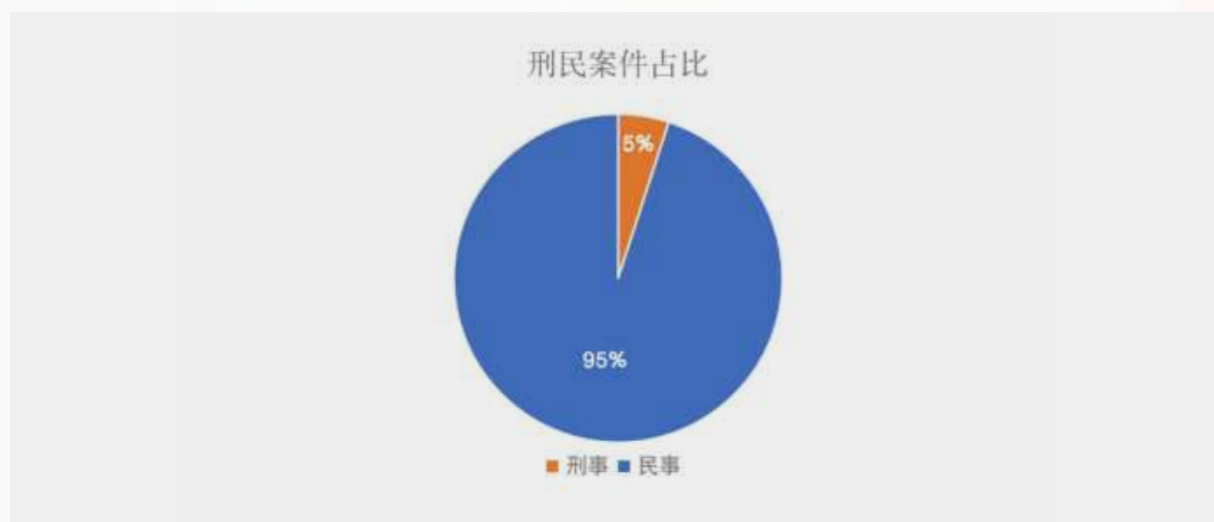


图 1

2、案件数量增长情况

2012-2022 年商业秘密案件总数量的增长情况：2012 年 98 件，2013 年 126 件，2014 年 276 件，2015 年 251 件，2016 年 379 件，2017 年 488 件，2018 年 496 件，2019 年 625 件，2020 年 629 件，2021 年 320 件，2022 年 142 件。具体如图 2 所示。



图 2

3、刑事案件与民事案件对比

2012-2022 年商业秘密刑事和民事案件分别增长情况：2012 年商业秘密案件共 98 件，其中民事 88 件，刑事 10 件；2013 年商业秘密案件共 126 件，其中民事 105 件，刑事 21 件；2014 年商业秘密案件共 276 件，其中民事 247 件，刑事 29 件；2015 年商业秘密案件共 251 件，其中民事 223 件，刑事 28 件；2016 年商业秘密案件共 379 件，其中民事 350 件，刑事 29 件；2017 年商业秘密案件共 488 件，

其中民事 468 件，刑事 20 件；2018 年商业秘密案件共 496 件，其中民事 485 件，刑事 11 件；2019 年商业秘密案件共 625 件，其中民事 614 件，刑事 11 件；2020 年商业秘密案件共 629 件，其中民事 613 件，刑事 16 件；2021 年商业秘密案件共 320 件，其中民事 317 件，刑事 3 件；2022 年商业秘密案件共 142 件，其中民事 142 件，刑事 0 件，具体如图 3 所示。



图 3



图 4

4、商业秘密案件分布情况

北京、上海、广东、江苏、浙江是商业秘密案件密集分布的地区。2012-2022 年以上 5 个地区商业秘密案件分布情况：2012 年，北京法院审结 16 件，上海法院审结 23 件，广东法院审结 15 件，江苏法院审结 10 件，浙江法院审结 10 件；2013 年，北京法院审结 6 件，上海法院审结 21 件，广东法院审结 26 件，江苏法院审结 11 件，浙江法院审结 22 件；2014 年，北京法院审结 28 件，上海法院审结 60 件，广东法院审结 40 件，江苏法院审结 24 件，浙江法院审结 19 件；2015 年，北京法院审结 28 件，上海法院审结 39 件，广东法院审结 45 件，江苏法院审结 21 件，浙江法院审结 26 件；2016 年，北京法院审结 25 件，上海法院审结 79 件，广东法院审结 54 件，江苏法院审结 39 件，浙江法院审结 28 件；2017 年，北京法院审结 35 件，

上海法院审结 63 件，广东法院审结 74 件，江苏法院审结 40 件，浙江法院审结 70 件；2018 年，北京法院审结 44 件，上海法院审结 82 件，广东法院审结 113 件，江苏法院审结 38 件，浙江法院审结 55 件；2019 年，北京法院审结 63 件，上海法院审结 73 件，广东法院审结 128 件，江苏法院审结 48 件，浙江法院审结 49 件；2020 年，北京法院审结 102 件，上海法院审结 62 件，广东法院审结 81 件，江苏法院审结 59 件，浙江法院审结 51 件；2021 年，北京法院审结 60 件，上海法院审结 40 件，广东法院审结 45 件，江苏法院审结 23 件，浙江法院审结 19 件；2022 年，北京法院审结 15 件，上海法院审结 42 件，广东法院审结 30 件，江苏法院审结 11 件，浙江法院审结 9 件，具体分布如图 4 所示。

5、商业秘密民事案件一审胜诉率

2012-2022 年商业秘密民事案件一审原告胜诉情况：一审总案件数量为 2448 件，其中，支持原告 248 件，驳回原告诉讼请求 266 件，原告撤诉 1087 件，移送管辖 1 件，驳回起诉 59 件，调解结案 128 件，其他 659 件。一审原告胜诉率如图 5 所示。

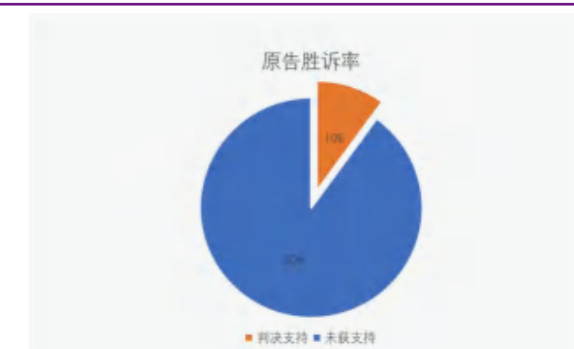


图 5

6、商业秘密民事案件二审维持率

商业秘密民事案件二审维持原判 469 件，二审改判 98 件，二审改判比例仅为 17%，详情如图 6 所示。

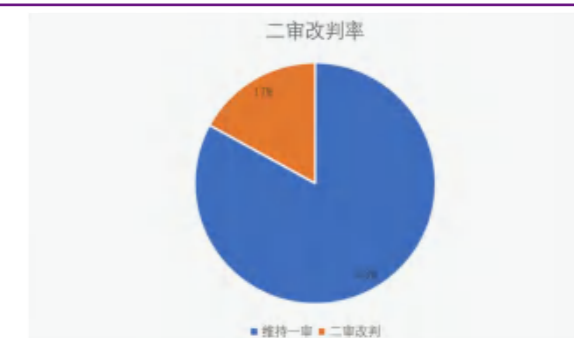


图 6

7、商业秘密刑事案件一审判有罪情况

2012–2022 年商业秘密刑事案件一审判决有罪 47 件, 判决无罪 5 件, 一审判决有罪比例如图 7 所示。



图 7

8、商业秘密刑事案件二审维持率

商业秘密刑事案件二审维持原判 34 件, 撤销一审判决 18 件, 二审维持一审判决比例如图 8 所示。

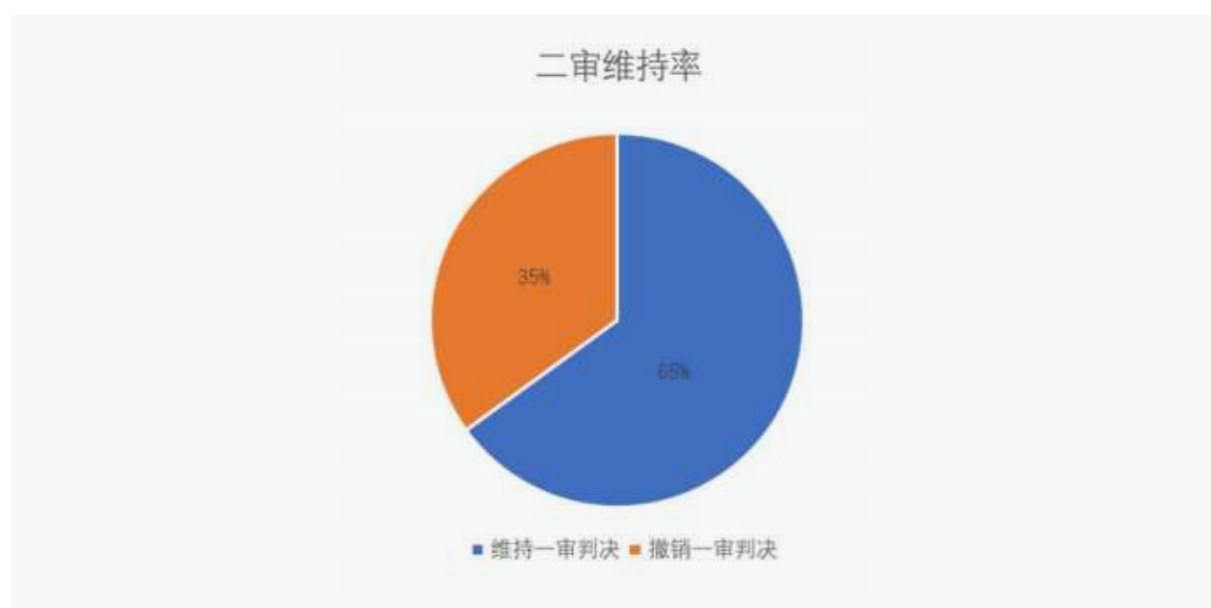


图 8

(二) 商业秘密案件数据分析

从上述图表可知, 2012 年 1 月 1 日至 2022 年 10 月 1 日期间, 我国商业秘密案件总量共有 3830 件, 平均每年有 380 多件, 其中民事案件占 95%, 刑事案件占 5%; 商业秘密民事案件中原告胜诉率很低, 只有 10%, 而刑事案件一审判决有罪的高达 90%。因此, 权利人通常会优先选择通过报案来打击侵权人。但是, 由于权利人采取保密措施不力或将不属于商业秘密的信息纳入商业秘密的保护范围, 即使采取刑事保护来维权, 有时也会导致维权失败。笔者承办的武某侵犯商业秘密罪案件, 就是典型的例子。该案基本情况如下: 2014 年 12 月 2 日, 江苏省无锡高新技术产业开发区人民法院一审判决被告人武某犯侵犯商业秘密罪, 判处有期徒刑一年三个月, 并处罚金人民币四十万元。判决后, 被告人武某不服, 提出上诉。无锡市中级人民法院依法组成合议庭审理, 于 2015 年 7 月 23 日以事实不清为由裁定撤销原判, 发回重审。2016 年 12 月 29 日, 江苏省无锡高新技术产业开发区人民法院重审一审判决被告人武某犯侵犯商业秘密罪, 判处有期徒刑一年, 并处罚金人民币三十万元。在重审二审过程中, 江苏省无锡市中级人民法院采纳了笔者的辩护意见, 认为由于不能排除涉案技术信息已经被使用公开的合理怀疑, 原审判决认定涉案技术信息属于商业秘密继而认定武某构成侵犯商业秘密罪有误, 应予纠正。据此, 无锡市中级人民法院于 2017 年 7 月 20 日裁定撤销无锡高新技术产业开发区人民法院的刑事判决, 改判武某无罪。

此外, 2016 年发生的老干妈公司泄密案, 也是通过刑事保护进行维权, 基本案情如下: 2016 年 5 月, 老干妈公司发现本地超市一款水豆豉, 虽然品牌、外包装均不同, 但其口感与老干妈产品的口感却高度相似。经查, 涉嫌窃取此类技术的企业从未涉足该领域, 绝无此研发能力。老干妈公司也从未向任何一家企业或个人转让该产品的制造技术。警方立案调查, 并将侦查重点放在老干妈公司离职员工贾某身上。据悉, 贾某具有大学本科文化水平, 2003 年至 2015 年 4 月历任老干妈公司质量部技术员、工程师等职, 由于职务工作需要, 他掌握了老干妈公司专有技术、生产工艺等核心机密信息。贾某在老干妈任职期间, 曾因违反公司规定, 被扣罚半年工资, 月薪近万元的贾某离职前, 薪水大幅度下降至 2 到 3 千元, 贾某心中不快, 主动向公司提出辞职。贾某在离职后失去收入来源, 由于谋生需要, 他主动找到花溪一家食品加工厂应聘, 使用假名“毛遂自荐”称能改良水豆豉的工艺, 控制成本的同时还能提升口感。其入职后经 3 次改良实验终于取得成功, “问世”的水豆豉不仅口感上和老干妈高度相似, 单价还便宜了约 2 块钱。据贾某交代, 在约 3 个月的时间里, 其所在食品加工厂生产了 1 千件水豆豉。一方面因商业秘密泄露致使相似产品的上市, 老干妈同款产品销量和去年同期的销量对比产生了消极影响, 另一方面考虑到对生产线上专业设备的影响, 最终经过核算, 警方确定了 1000 多万的涉案金额¹。

¹来源: 贵阳晚报 2017 年 5 月 9 日发布新闻, 标题为: 《“老干妈”如何遭泄密? 南明警方披露细节, 嫌疑人月薪近万, 曾因违规被扣罚工资》。

二、商业秘密保护存在的问题

如上所述,商业秘密民事案件权利人维权困难,一审胜诉率只有 10% 的现状,虽然商业秘密刑事案件一审判决有罪的比例高达 90%,但是商业秘密案件刑事立案难度高,在商业秘密案件中刑事案件仅占 10%,所以大部分商业秘密只能通过民事方式进行保护。而商业秘密民事案

件维权成功率非常低,这就要求权利人建立比较完善的商业秘密合规体系。在实践中,商业秘密合规存在的主要问题包括:对商业秘密保护范围没有明确的认识、对商业秘密载体和区域缺乏系统有效的保护、保密宣传教育的力度不够、人工智能利用程度不高和商业间谍的存在。

(一) 对商业秘密保护范围没有明确的认识

权利人通常不知道也不愿意区分哪些信息属于商业秘密,哪些信息不属于商业秘密,而是概括性认为其拥有的全部信息均属于商业秘密,均能通过商业秘密方式进行保护,以为这样就能够获得全面保护。然而,不区分公知信息和非公知信息、不明确商业秘密保护范围,通常导致权利的边界不清楚、要求保护的范

围包含了公知信息,从而造成要求保护的信息不符合商业秘密的构成要件。

首先,我们要明确商业秘密的构成要件是什么?《中华人民共和国反不正当竞争法(2019 修正)》(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。”由此可见,商业秘密有三个构成要件,分别为非公知性、商业价值性和保密性;商业秘密保护的客体包括技术信息和经营信息。

其次,我们要了解什么是商业秘密的属性。与专利权、商标权、著作权等其他知识产权具有公示性明显不同,商业秘密不具有法定的权利外观。所以在商业秘密案件中需要权利人证明其拥有商业秘密权并明确权利的边界,这就要求权利人必须明确商业秘密的保护范围。

最后,我们要理解不明确商业秘密的保护范围会带来什么后果。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》第四条第一款规定“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”,如果不明确商业秘密的保护范围或者要求商业秘密保护的包含有公知信息,那么相关信息则不构成商业秘密,无法获得法律保护。

因此,我们应对商业秘密保护范围要有明确的认识,应区分公知信息和非公知信息,不能将公知信息纳入商业秘密的保护范围,并且要将具体的商业秘密保护范围记载在相应载体中。否则,相关信息有可能无法获得商业秘密保护。

(二) 专利申请与商业秘密不加以区分

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。而专利则是需要将技术方案公之于众，以换取一定期限的垄断权，在专利权人和公众利益之间寻找平衡。

在实践中，专利申请与商业秘密如何选择存在的以下问题：

(1) 对同一创新技术既申请专利又以商业秘密的方式进行保护。申请专利必须将技术方案公开，而技术方案一旦公开就丧失了“非公知性”。恰好相反，“非公知性”是商业秘

密的构成要件，某一技术信息一旦不具备“非公知性”就不构成商业秘密。所以，一般情况下，同一项创新技术不能同时以专利和商业秘密的方式进行保护。

(2) 对某一创新技术不加以分析其属性，而盲目地申请专利或以商业秘密的方式进行保护。在商业秘密领域，通过自行研发或者反向工程等方式获得的商业秘密不属于侵犯商业秘密的行为。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。实践中，有些企业以商业秘密的方式对机械产品进行保护，而机械产品容易通过反向工程破译，导致商业秘密保护名存实亡。而有

些企业对一些配方、工艺方法、生产流程以专利的方式进行保护，虽然能获得专利授权，但是，在维权过程中很难到对方的生产车间获取对方与配方、工艺方法、生产流程等相关的证据，从而导致无法维权。

因此，如果某项创新技术，很难通过反向工程破译，可以考虑通过商业秘密进行保护。而如果其产品很容易通过反向工程破译技术方案，则该技术应以专利的形式进行保护。

(三) 对商业秘密载体和区域缺乏系统有效的保护

商业秘密载体是指商业秘密的物质表现形式，包括以文字、数据、符号、图形、图像、声音、视频等方式记载商业秘密的纸质文件、储存介质

等。随着科技的发展，储存介质包括软盘、光盘、DVD、硬盘、闪存、U 盘、CF 卡、SD 卡、MMC 卡、SM 卡、记忆棒 (Memory Stick)、XD 卡等。

商业秘密区域是指存放商业秘密载体的物理空间，通常包括机房、实验室、生产车间等。

商业秘密载体缺乏有效保护主要体现在：未在记载商业秘密的纸质文件封面标明属于商业秘密、秘密等级和保密期间；未规定商业秘密纸质文件的借阅权限和借阅管理制度；就存储商业秘密的计算机未采取封闭 USB 接口，隔绝外部网络，设置开机密码等保密措施；未设置访问存储商业秘密计算机的权限管理制度；未就记载商业秘密的电子文档设置查阅密码、保密标志、修改权限等。

商业秘密区域缺乏有效保护主要体现在：未制定涉密区域访问管理制度；未就进出涉密区域进行登记管理；未对于涉密的厂房、车间等场所采取录像监控等。

(四) 保密宣传教育的力度不够

我国侵害商业秘密案件中有很大一部分是因为员工跳槽引起的，很多商业秘密外流案件是由内部员工引起的。导致出现这种现象，从主观上看是因为保密宣传教育的力度不够。一方面，企业高级管理人员和核心技术人员在离职时并不知道其掌握的信息哪些属于企业的商业秘密，换了工作单位后，不加区分地将其掌握的原工作单位的信息用于新工作单位的工作中，从而导致了侵害商业秘密纠纷。另一方面，由于离职员工不知侵犯商业秘密的后

正是因为对商业秘密载体和区域缺乏系统有效的保护，导致在维权过程中，司法或行政机关认定权利人未采取保密措施，不符合商业秘密“保密性”要件的要求，从而认定涉案信息不构成商业秘密。例如，在北京知识产权法院 (2021) 京 73 民终 1997 号不正当竞争纠纷案件中，因在案证据不能证明爱孚公司采取了与其商业价值相适应的合理保护措施，爱孚公司或德国爱孚北京代表处未与于孝飞签订保密协议，仅派遣公司与于孝飞签订的劳动合同书中涉及保密条款以及德国爱孚北京代表处、派遣公司、于孝飞签订的协议书中约定于孝飞不得泄露商业秘密，但对于该商业秘密的内容和范围，上述合同均无约定，在案证据亦不足以证明德国爱孚北京代表处曾向于孝飞告知，故爱孚公司对上述客户信息的管理缺乏相应的保密措施，因此，爱孚公司主张其客户信息和营销信息构成商业秘密均不能成立。

果，严重的可构成刑事犯罪，因而肆无忌惮地使用其掌握的原单位的商业秘密，等到锒铛入狱时才追悔莫及。

保密宣传教育的力度不够主要体现在：未制订保密宣传教育制度；未在决策层面进行保密宣传教育；未在管理层面进行保密宣传教育；未对核心技术人员进行保密宣传教育；未对普通技术人员进行保密宣传教育；未对普通员工进行保密宣传教育；未对离职员工进行泄密风险提示等等。

三、不合规是导致商业秘密无法获得保护的主要原因

(五) 人工智能利用程度不高

谷歌新一代的人工智能阿尔法元仅通过 3 天的学习,就以 100 比 0 的胜率战胜了曾经打败天下无敌手的初代阿尔法狗,人工智能已经发展进入了新时代。人工智能可以提高企业管理水平,而且人工智能在法律领域发展势头强劲。在法律领域的人工智能程序主要有:IBM 的人工智能律师 Ross、a、无讼、律品、理脉、

简法帮、法狗狗等。这些法律领域的人工智能可以解决简单的法律咨询问题。但是目前大多数企业的管理仍比较传统,未能充分利用计算机信息系统和办公自动化系统进行管理,更加没有对人工智能加以利用。例如:对涉密区域的访问还只是通过人工登记的方式进行管理,未将考勤打卡系统运用到商业秘密管理中。

(六) 商业间谍的存在

商业间谍也是导致商业秘密泄露的主要原因之一。商业间谍通常使用的手段包括:收买、色诱掌握商业秘密的高级管理人员,获取商业机密;利诱掌握商业秘密的技术人员跳槽,获取商业秘密;通过应聘潜伏到企业中,伺机窃取商业秘密;通过黑客非法入侵计算机系统窃取企业商业秘密等。例如,2012 年东软公司

前副总经理李某某为谋取暴利,伙同公司 CT 机研发部负责人张某、采购负责人岳某等人,以许诺高额经济利益为手段,相继让 CT 机研发部 17 名核心技术人员窃取公司核心技术资料后,相继离职;犯罪嫌疑人窃取技术价值总计 2400 余万元,造成公司研发项目延迟,损失高达 1470 余万元。²

本章首先介绍一件典型的案例,然后再介绍商业秘密的性质,分析商业秘密弱保护的原因,最后分析得出结论:不合规是导致商业秘密无法获得保护的主要原因。

(一) 侵犯商业秘密案例

2017 年年初,高德软件有限公司(以下简称高德软件公司)、高德信息技术有限公司(以下简称高德信息公司)向北京朝阳法院起诉北京嘀嘀无限科技发展有限公司(以下简称嘀嘀公司)、北京小桔科技有限公司(以下简称小桔公司),指控嘀嘀公司虚假宣传并伙同他人拉拢自己公司 7 名掌握核心商业秘密的员工,侵犯其商业秘密且构成不正当竞争³,案件基本情况如下:

高德软件公司、高德信息公司认为嘀嘀公司、小桔公司虚假宣传,并伙同中智项目外包服务有限公司(以下简称中智公司)及公司原高级经理胡先生,拉拢公司掌握核心商业秘密的 6 名员工为嘀嘀公司、小桔公司提供服务,侵犯

商业秘密,构成不正当竞争。因此,高德软件公司、高德信息公司提起 8 起不正当竞争诉讼,索赔高达 7500 万元。

具体而言,在上述 8 起案件中,有 7 起源于高德软件公司高级经理胡先生及另外 6 名工程师的集体离职。高德软件公司、高德信息公司诉称,其发现胡先生从高德软件公司离职后,在竞业限制期内入职与高德有直接竞争关系的嘀嘀公司。嘀嘀公司为了帮助胡先生规避竞业限制责任,与胡先生本人、中智公司共同串通将胡先生的劳动关系放在表面上与高德无直接竞争关系的中智公司,后又迁回嘀嘀公司。

同时,高德软件公司、高德信息公司称胡先生

³ 案号为:(2017)京 0105 民初 10243 号、(2017)京 0105 民初 10228 号、(2017)京 0105 民初 10235 号、(2017)京 0105 民初 10240 号、(2017)京 0105 民初 10232 号、(2017)京 0105 民初 10227 号、(2017)京 0105 民初 10233 号、(2017)京 0105 民初 10238 号。

² 来源:央视网中国网络电视台于 2012 年 7 月 23 日发布的新闻,标题为:《东软集团爆出知识产权侵权案 28 余人被捕》。

利用职务便利，与嘀嘀公司、小桔公司劝诱公司另外 6 名高级工程师或资深工程师在很短时间内相继离职，上述员工在高德任职期间或离职后几乎同时开始为嘀嘀公司、小桔公司服务，上述人员在高德工作时均属于胡先生团队或与其有紧密业务联系的部门，是公司重要研发人员，均掌握公司商业秘密，部分工程师在离职前还大量拷贝了公司商业秘密，严重损害了公司权益。

高德软件公司、高德信息公司认为嘀嘀公司、小桔公司、中智公司、胡先生及另外 6 名员工，单独或共同在明知情况下，诱使其众多员工相继离职并且违反竞业限制约束为嘀嘀公司、小桔公司提供服务的行为，并通过将劳动关系放在中智公司的方式掩盖上述行为。以上行为有违商业道德和诚实信用原则，致使该公司正常经营秩序被干扰和破坏，导致其竞争优势在短时间遭遇不正当侵蚀，侵害了公司利益和消费者利益，损害了市场竞争秩序，使公众无法享有公平竞争所带来的社会福利，违反了《反不正当竞争法》第二条。嘀嘀公司、小桔公司伙同中智公司、胡先生，拉拢公司另外 6 名掌握核心商业秘密的员工为其提供服务的行为，侵犯了公司商业秘密，构成不正当竞争，应承担连带赔偿责任。

为此，高德软件公司、高德信息公司将嘀嘀公司、小桔公司、中智公司、胡先生及另外 6 名前员工，分别诉至法院，要求判令立即停止不正当竞争行为、分别辞退上述 7 名员工，公开赔礼道歉，并分别索赔经济损失和合理支出 1000 万元。

此外，高德软件公司、高德信息公司还以虚假宣传为由，对嘀嘀公司、小桔公司另案提起不正当竞争诉讼。高德软件公司、高德信息公司在起诉状中称，嘀嘀公司、小桔公司在公司官网、微信公众号、微博等宣传中，称其为“全球最大的一站式多元化出行平台”“本地 O2O 落地承载的最简单方式”、“滴滴师傅最好”，称“滴滴拥有 87% 以上的中国专车市场份额；99% 以上的网约车出租车市场份额……”。高德软件公司、高德信息公司认为，嘀嘀公司、小桔公司对企业规模、市场份额、服务提供者等使用了最高级用语和虚假数据进行夸张和引人误解的片面宣传，对其专业水平、社会影响力等未在科学上定论的内容作定论性宣传，误导消费者、属于虚假宣传，对消费者购买决策产生影响，扰乱市场竞争秩序，给高德造成巨大损失，应承担赔偿责任。

为此，高德软件公司、高德信息公司诉至法院，要求判令嘀嘀公司、小桔公司立即停止不正当竞争行为，公开赔礼道歉，索赔经济损失及合理支出 500 万元。

最后，该案以高德软件公司、高德信息公司撤诉结案。

该案是一起典型的因离职员工引起的商业秘密纠纷案件，例证了商业秘密不合规问题是导致纠纷发生的重要原因。一方面，如高德软件公司和高德信息公司设有完善的商业秘密合规审查体系，也许能更容易证明涉案信息构成商业秘密，可以有效防止商业秘密泄露。另一方面，如嘀嘀公司设有完善的商业秘密合规审查体系，在引进人才时进行合规审查，规避侵犯他人商业秘密的风险，可以避免惹官司上身。

(二) 商业秘密的性质

商业秘密和其他知识产权一样，属于无形财产权，其客体均属于经创造性劳动而产生的智力成果。但是，商业秘密也具有不同于其他知识产权的特殊属性：首先，其他知识产权如专利权、商标权等在诉讼之前均已经客观存在，并具有明确的权力范围，具有对外公示性，而商业秘密往往需要在诉讼中通过原告的举证才能逐步明确其保护范围；其次，其他知识产权具有较强的排他独占性，例如专利权就是以公开换独占，而商业秘密因为是不公开的，所以不同的权利主体可能同时拥有相同或者相似的商业秘密；最后，由于商业秘密的认定需要其具有秘密性、价值性和保密性，这就要求权利主体需要对其所享有的商业秘密绝对保密，一旦为外人所知悉，其商业秘密权利可能不复存在，这也是导致商业秘密是一种相对较弱的绝对权的原因。

在商业秘密的保护方面，从第一章数据统计得知，商业秘密民事案件一审原告胜诉率只有

10%，相对于其他种类的知识产权，商业秘密获得的保护比较弱。商业秘密保护较弱的主要原因和商业秘密本身的性质有很大的关系，因为商业秘密没有对外公示的权利外观，而是通过自我控制进行保密，商业秘密范围边界也难以确定，直到诉讼阶段才明确商业秘密的范围，甚至在庭审过程中还会变更范围。商业秘密要想获得保护，首先要证明存在商业信息，其次要证明这个商业信息符合非公知性、商业价值性和保密性的要求才构成商业秘密，再次要证明对方使用了不正当手段获取了商业秘密，最后要证明对方使用的信息与主张构成商业秘密的信息相同或实质性相似。而专利是要对外公示的，权利的边界很清晰，而且法律上配备有一套严格的专利保护制度。所以相比之下，专利获得的是强保护，而商业秘密获得的是弱保护，这是由商业秘密本身的性质来决定的，也反映了商业秘密自身的局限性。

(三) 不合规是导致商业秘密无法获得保护的主要原因

商业秘密本身属性决定了其获得的保护比较弱，这就要求权利人建立完善的商业秘密保护体系，不仅要确保相关信息符合非公知性、商业价值性和保密性的要求，还要防止他人不正当获取相关信息。这意味着要对商业秘密进行

严格地合规审查。实践中，企业如果对商业秘密的管理不符合法律规定，不能满足非公知性、商业价值性和保密性的要求，则在诉讼过程中相关信息不能认定构成商业秘密，从而无法获得保护。

例如，在近期的沈阳工业泵制造有限公司（以下简称沈阳工业泵公司）、杜绍龙等侵害商业秘密纠纷民事二审案⁴中，法院认为，本案中，沈阳工业泵公司一审法庭辩论结束前所主张的商业秘密具体内容为其公司与宝来公司签订的《产品购销合同》中标的物所涉及的型号、技术参数及合同相对人的住所地、联系方式、产品需求，但该《产品购销合同》为沈阳工业泵公司与宝来公司签订，宝来公司也留存合同原件及复印件，而《产品购销合同》并不存在保密约定，即沈阳工业泵公司并未要求宝来公司对案涉《产品购销合同》进行保密，亦即沈阳工业泵公司未对案涉《产品购销合同》采取保密措施，故案涉《产品购销合同》记载的内容不属于商业秘密。虽然沈阳工业泵公司与其员工签订保密协议要求其员工不得泄露、使用相关信息，但相应约定为沈阳工业泵公司与其员工的约定，并不能约束宝来公司，亦不能产生《产品购销合同》内容被宝来公司保密的效果，所以沈阳工业泵公司关于其与杜绍龙、姜贺约定对《产品购销合同》内容进行保密，《产品购销合同》内容即构成商业秘密的主张不能成立，本院不予支持。本案中，沈阳工业泵公司作为上诉人（原审原告）未对其主张的商业秘密采取适当的保密措施，导致法院认为该商业信息不构成商业秘密。

另外，法院还认为，杜绍龙一审庭审后向一审法院提交的《辽宁宝来生物能源有限公司溶脱装置配套灌区 30 万吨 / 年高芳烃环保橡胶增塑剂装置和 12 万吨 / 年针状焦装招标计划书》及文件中亦记载了《产品购销合同》中的标的物型号、技术参数及宝来公司的名称、地址、联系方式等信息，该合同不但能够辅证一审法院“对于该客户而言，亦会通过招标或其他方式让多个竞争者参与投标以实现利益最大化，在此过程中必然会公开其所需求的产品型号或技术参数”的观点，亦能佐证宝来公司在招标过程中使用过《产品购销合同》中的标的物型号、技术参数及宝来公司的名称、地址、联系方式等信息，相关投标单位可以通过投标过程知晓相关信息，所以沈阳工业泵公司主张的信息不具有秘密性，无需通过司法鉴定来鉴别《产品购销合同》中的标的物型号、技术参数是否构成商业秘密。即，法院认为上诉人（原审原告）所要求保护的商业信息不具有秘密性，已被在先文件所公开，不构成商业秘密。

该案具有典型的意义，商业秘密的价值性往往不是审判活动中的审查焦点，恰恰是商业秘密的秘密性和保密性是原告举证证明以及法院审查的重点，也是企业商业秘密合规中需要重点注意的地方。

⁴ 案号为：(2021)辽民终 879 号。

第二章

我国商业秘密的法律规制

在我国法律体系中，民法、刑法、行政法均对商业秘密保护作出了相关规定。本章主要介绍商业秘密的民事法律规制、行政法律规制和刑事法律规制。

一、商业秘密的民事法律规制

本节主要介绍商业秘密在民法上的相关规定,《民法典》明确了商业秘密属于知识产权,《反不正当竞争法》规定了商业秘密的概念、侵权行为、举证责任及损害赔偿方式等,《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》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》进一步细化了商业秘密的认定标准、侵权行为的认定标准、损害赔偿规则等。

(一) 通过《民法典》明确了商业秘密属于知识产权 >>>>>>

在《民法典》出台前,商业秘密保护条款散落各种法律规定中,其中主要以《反不正当竞争法》对商业秘密进行保护。但是《反不正当竞争法》属于市场竞争法,与知识产权法具有较大区别,从而引起商业秘密到底属不属于知识产权的争议,2021年1月1日实施的《民法典》第一百二十三条明确规定了商业秘密属于知识产权:“民

事主体依法享有知识产权。知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利:(一)作品;(二)发明、实用新型、外观设计;(三)商标;(四)地理标志;(五)商业秘密;(六)集成电路布图设计;(七)植物新品种;(八)法律规定的其他客体。”

(二) 通过《反不正当竞争法》规定了商业秘密的概念、侵权行为、举证责任及损害赔偿方式等 >>>>>>

1.《反不正当竞争法》第九条规定了商业秘密的概念及列举了具体的商业秘密侵权行为。

商业秘密的概念,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。

商业秘密侵权行为包括四类:

- (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) 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。

2019 年对《反不正当竞争法》进行了修正,该次修正中对于商业秘密的定义作了进一步完善,将原来的“技术信息和经营信息”修改为“技术信息、经营信息等商业信息”,增加了以电子侵入手段获取权利人商业秘密,以及教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者权利人有关保密的要求,获取、披露、使用或者允许他人使用权利

人的商业秘密的情形,并将“违反约定”修改为“违反保密义务”,适当扩大了商业秘密的保护范围。一方面是为了加强对于商业秘密的保护,涵盖部分难以归类为技术信息或经营信息以及存在交叉的商业信息;另一方面是为了对标 TRIPS 协议以及美国对于商业秘密的界定,以适应后续中美经贸协议的签订。

2.《反不正当竞争法》第三十二条规定了原被告的举证责任。

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。

由此可见，《反不正当竞争法》第三十二条减轻了侵犯商业秘密的民事案件中原告的举证责任，原告仅需对商业秘密的保密性以及侵权行为提供初步证据，由被告举证证明原告所主张的商业秘密不属于反不正当竞争法所规定的商业秘密。原告提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯的情况下，被告需要举证证明其不存在侵权行为。

在以往的司法实践中，根据民事诉讼法“谁主张谁举证”的规定，原告需要对其所要求保护的商业秘密的秘密性、价值性、保密性进行举证，而“秘密性”即其所要求保护的商业秘密“不为公众所知悉”，而“不为公众所知悉”属于消极事实，原告难以自证。适当降低原告针对“不为公众所知悉”这一要件的举证证明责任，能够有效缓解原告举证不能的现实窘境，有效加强对于商业秘密的保护。

另外，因为商业秘密侵权往往具有隐蔽性，侵权行为难以发现或取证。因此，商业秘密侵权的判定标准为“相同（实质性相似）+ 接触 - 合法来源”。因此，在商业秘密民事侵权诉讼中，在原告举证证明被控侵权信息与原告商业秘密信息相同或实质性相似，且被告存在接触原告商业秘密信息的可能性的前提下，如果被告无法举证被控侵权信息具有合法来源，则可以根据优势证据原则，推定商业秘密侵权行为成立。因此，本条规定在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情况下，不侵权举证责任转移至被告，能够有效保护商业秘密权利人，有效缓解商业秘密侵权案件“维权难、举证难”的司法困境。

3.《反不正当竞争法》第十七条规定了侵犯商业秘密的损失赔偿计算方式以及惩罚性赔偿制度。

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。

2019年修正的《反不正当竞争法》引入了惩罚性赔偿制度，对于恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以要求一倍以上五倍以下的赔偿数额。依法制裁了恶意侵权行为，同时给予权利人更加充分的补偿。

（三）通过司法解释进一步细化商业秘密的规定 >>>>>>

1、通过《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》【法释〔2020〕7号】进一步细化商业秘密的规定，提升了实践中的可操作性。

（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》第一条明确了技术信息和经营信息的范围

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。

该条明确了技术信息和经营信息的具体范围，在商业秘密侵权诉讼中有利于明确原告要求保护的商业信息的具体形态和范围，确定商业秘密保护范围。

(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》第四条排除了不属于“非公知性”的具体情形

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。
如上所述，在侵害商业秘密纠纷案件中，因为“非公知性”属于消极事实，原告难以自证其所要求保护的商业秘密具有“非公知性”，往往需要被告举证证明原告要求保护的商业秘密为公众所知悉。第四条明确了几种不属于“非公知性”的具体情形，对于明确涉案商业信息是否属于商业秘密提供了指引。

(3)《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》第六条规定了对商业秘密采取了保密措施，具有“保密性”的具体情形

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。

该条是针对商业秘密的“保密性”做出的进一步细致规定，提供了几种对于商业秘密的具体保密措施，一方面对于认定涉案商业信息是否具有“保密性”提供了指引，另一方面对于企业的商业秘密合规体系建设也给出了建议，企业可以根据该条的规定对其商业秘密采取适当的保密措施。

(4)《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》第十二条规定了具有“接触”可能的具体情形

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。

如前所述，在侵害商业秘密案件中有一部分是因为“员工离职，带走商业秘密”导致的，针对这一普遍情况，该司法解释特别规定了认定员工、前员工是否有渠道或者机会获取权利人的商业秘密的考量因素，针对此类型的案件提供了详细的指引，对于企业商业秘密合规自查也具有指导意义。

(5)《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》第十三条规定了判定“实质性相似”应考虑的因素

人民法院认定是否构成前款所称的实质上相同，可以考虑下列因素：（一）被诉侵权信息与商业秘密的异同程度；（二）所属领域的相关人员在被诉侵权行为发生时是否容易想到被诉侵权信息与商业秘密的区别；（三）被诉侵权信息与商业秘密的用途、使用方式、目的、效果等是否具有实质性差异；（四）公有领域中与商业秘密相关信息的情况；（五）需要考虑的其他因素。

在侵害商业秘密案件中，判断被诉侵权商业信息与涉案商业秘密是否构成相同或者实质性相似往往是审判活动中的重难点，通常需要借助技术调查官或者通过鉴定才能得出结论。该条针对在确定涉案商业信息属于商业秘密后，如何判断被诉侵权商业信息与涉案商业秘密构成实质上相同提供了几个考虑因素，在涉案商业秘密不属于复杂技术信息时，法官可以根据该条进行比对作出判决。

2. 通过《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》【法释〔2022〕9 号】为商业秘密保护提供了原则性指引。

该司法解释共 29 条，其中共三条涉及《反不正当竞争法》第二条原则性条款（第 1-3 条），共十一条涉及《反不正当竞争法》第六条混淆行为（第 4-14 条），共三条涉及《反不正当竞争法》第八条虚假宣传（第 16-18 条），共两条涉及《反不正当竞争法》第十一条商业诋毁

（第 19-20 条），共两条涉及《反不正当竞争法》第十二条网络竞争行为（第 21-22 条）。除此之外，其他部分则为具有普遍适用意义的条款，即帮助侵权（第 15 条）、损害赔偿确定（第 23 条）、请求权竞合（第 24 条）、管辖（第 26-27 条）、溯及力（第 28 条）。

（四）通过《劳动合同法》从企业内部对商业秘密进行保护 >>>>>>

《劳动合同法》第二十三、二十四条规定了保密义务和竞业限制。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。竞业限制的范围包括高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制期限为 2 年，竞业限制需按月支付补偿金。

在东莞昱龙塑胶制品有限公司（以下简称昱龙公司）与尹为福竞业限制纠纷案⁵中，法院认为，昱龙公司在保密协议中只约定了尹为福应当履行竞业限制义务而未约定其能获得任何经

济补偿，该约定的实质是昱龙公司仅仅享受了劳动者在离职后不经营与昱龙公司有竞争关系的业务的权利，而无须承担向劳动者支付补偿金的义务，在限制劳动者所享有的自由选择职业的权利的同时又不对其予以补偿。因此，该约定中双方当事人之间权利义务不对等、不公平，损害了劳动者利益。如果承认这种约定的效力，就等于承认用人单位可以随意损害劳动者利益的行为模式，这无疑是违背基本的商业伦理道德及劳动力市场秩序的。因此，应认定该约定无效。

企业在与劳动者签订保密协议约定竞业限制时，不能仅仅约定劳动者的保密义务，而不支付相应的补偿金，该协议会因不对等、不公平而无效，从而不能有效保护企业的商业秘密。

⁵ 案号为：(2009)粤高法民三终字第 359 号。

（五）通过《民事诉讼法》对诉前禁令和证据保全进行了规范 >>>>>>

2021 年修正的《民事诉讼法》第八十四条规定了证据保全，第一百零三条规定了诉前禁令，为侵犯商业秘密案件的诉前禁令和证据保全提供了法律依据。由于侵害商业秘密案件中，原告往往存在举证难的问题，并且被告极易销毁证据，因此，证据保全对于原告维护自身商业秘密具有重要意义。

对于因员工离职带走商业秘密的行为，诉前禁令能够有效制止商业秘密泄露给竞争对手的后果。例如，在佛山市三水区半江幼儿园、张婉明竞业限制纠纷案⁶中，申请人申请禁止被申请人向与申请人属同类经营的其他单位和个人提供申请人的商业秘密和技术，得到法院的支持。

（六）通过《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》规定商业秘密的性质和权属 >>>>>>

- 1、该司法解释第一条，规定了技术秘密的属性，即技术秘密属于知识产权。
- 2、该司法解释第十二、十三条规定，非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效后，善意取得方可以继续使用该技术秘密但需要支付使用费并承担保密义务。关于该使用费产生的纠纷可以诉讼。
- 3、该司法解释第二十条规定了技术秘密共有人对技术秘密的使用方式；第二十四条规定了技术秘密许可中的“买卖不破租赁”。

⁶ 案号为：(2021)粤 0607 民初 6080、6410 号。

二、商业秘密的行政法律规制

本节主要介绍商业秘密在行政法规上的相关规定以及相关的行政执法案例,《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》规定了对商业秘密

进行行政保护,《中央企业商业秘密保护暂行规定》对中央企业商业秘密保护提出强制性要求,对于企业商业秘密合规也具有指导意义。

(一)通过《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》对商业秘密进行行政保护 >>>

1、国家工商行政管理总局出台的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》对商业秘密

给予了行政保护,权利人发现商业秘密侵权行为,可以请求工商管理部门对侵权行为进行行政查处。

2、《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第二条规定了,不为公众所知悉,是指该信息是不能从公开渠道直接获取的;商业

秘密权利人,是指依法对商业秘密享有所有权或者使用权的公民、法人或者其他组织。

3、《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第五条规定了“相同+接触-合法来源”的侵权判定方式:权利人能证明被申请人所使用的信息与自己的商业秘密具有一致性或者相同性,同时能证明被申请人有获取其

商业秘密的条件,而被申请人不能提供或者拒不提供其所使用的信息是合法获得或者使用的证据的,工商行政管理机关可以根据有关证据,认定被申请人有侵权行为。

(二)通过《中央企业商业秘密保护暂行规定》对中央企业商业秘密保护提出强制性要求 >>>>>

1、《中央企业商业秘密保护暂行规定》共有 34 条对中央企业商业秘密保护提出强制性要求,中央企业必须建立详细的保密制度。

2、《中央企业商业秘密保护暂行规定》第七条规定,各中央企业须设立保密委员会负责贯彻国家有关法律、法规和规章,落实上级保密机构、部门的工作要求,研究决定企业商业秘密保护工作的相关事项;并且设立保密办公室作为本企业保密委员会的日常办事机构,负责依法组织开展商业秘密保护教育培训、保密检查、保密技术防护和泄密事件查处等工作。

3、《中央企业商业秘密保护暂行规定》第四章明确规定了应当采取的保护措施。

(三) 通过《全国商业秘密保护创新试点工作方案》制定商业秘密保护的总体要求与主要任务等 >>>>>>

1. 提出商业秘密保护的总体要求

以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻党的十九大和十九届历次全会精神，立足新发展阶段，完整、准确、全面贯彻新发展理念，构建新发展格局，坚持统筹谋划，将创新试点作为微观政策与宏观政策相结合、监管政策与发展政策相结合的重要切入点，服务经济社会发展全局；坚持改革创新，针对商业

秘密保护中的薄弱环节和制度短板，创新监管理念，完善保护思路，着力提升制度供给；坚持开放视野，适应全球竞争格局新趋势，着眼新一代国际经贸规则，提升商业秘密保护国际化水平；坚持试点先行，着力激发基层首创精神，在一些地区已有工作的基础上，探索出更多更有效地保护模式和实践经验。

2. 提出商业秘密保护的工作机制

建立部门联动机制。发挥行政保护快速便捷的优势，加强与司法部门的联动，建立案件移交、执法联动等工作机制。加强与行业主管部门联动，形成综合执法与部门保护的合力。逐步研究建立统一的商业秘密保护执法规范，发挥行政保护、刑事保护、民事保护以及行业保护的优势，形成各部门通力合作、相互支

撑、相互促进的大保护格局。

发挥行业协会作用。充分发挥行业协会扎根行业、贴近企业的优势，充分发挥在商业秘密保护中联通政府和企业的桥梁纽带作用。通过搭建平台畅通渠道，加强沟通交流，践行服务职能，制定行业规范，强化商业秘密法制和商业道德的宣传教育，促进行业健康发展。

(四) 通过《国家工商行政管理局关于商业秘密构成要件问题的答复》明确商业秘密的构成要件 >>>>>>

1. 明确商业秘密的构成要件

商业秘密的构成要件有三：一是该信息不为公众所知悉。即该信息是不能从公开渠道直接获取的；二是该信息能为权利人带来经济利益，具有实用性；三是权利人对该信息采取了保密

措施。概括地说，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。

2. 进一步明确“采取保密措施”的具体方式

权利人采取保密措施，包括口头或书面的保密协议、对商业秘密权利人的职工或与商业秘密权利人有业务关系的他人提出保密要求等合理措施。只要权利人提出了保密要求，商业秘密权利人的职工或与商业秘密权利人有业务关系的他人知道或应该知道存在商业秘密，即为权利人采取了合理的保密措施，职工或他人就对权利人承担保密义务。

因为侵害商业秘密案件通过行政执法具有更强的专业性、时效性，近年来，国家市场监督管理总局以及各分局不断优化营商环境，重点打击侵犯商业秘密行为。例如，在宁波海曙雅博仕口腔门诊部有限公司（以下简称雅博仕）、孔华锋涉嫌侵犯商业秘密行政处罚案⁷中，举报人宁波某某口腔医院有限公司（以下简称口腔医院）成立于2015年2月26日，主要从事口腔科的相关诊疗服务。在经营过程中，口腔医院通过和员工签订《劳动合同书》、《保密及竞业限制协议》，制定《顾客个人信息保护与管理规定》、发放《口腔医院员工手册》等措施，明确规定了医院的客户信息（包括客户的姓名、联系方式、就诊信息）为该公司的商业秘密，要求员工应严守公司的商业秘密，不得泄露、利用公司的商业秘密，以及侵犯公司商业秘密应承担的法律责任。同时，口腔医院对客户信息还采用了在电脑上安装“思迈”

口腔医疗连锁企业管理系统限定知晓与使用人员的范围、派发工作专用手机等保密措施。

孔华锋于2016年4月15日入职口腔医院，2020年10月31日正式离职，离职时为口腔医院中兴路口腔门诊部种植科负责人。在任职期间，孔华锋曾于2017年4月16日、2019年7月17日与口腔医院签订2份《劳动合同书》、2017年6月25日签订1份《保密及竞业限制协议》。孔华锋在口腔医院工作期间，其作为种植科负责人有权限掌握其接诊的客户信息。

当事人雅博仕成立于2019年6月11日，主要从事口腔科的相关诊疗服务。孔华锋于2020年11月20日入职雅博仕，担任雅博仕院长。2020年11月至2021年1月，孔华锋使用口腔医院的客户信息，通过打电话和发短信的方式，自己或指派雅博仕客服人员顾某某告诉患者：孔华锋已从口腔医院处离职，如果有需要，请他们来雅博仕就诊。经统计，孔华锋和顾某某共联系患者121名，其中有18名患者到雅博仕就诊。

该案由宁波市市场监督管理局办理并作出行政处罚。本案中，口腔医院对其商业秘密采取了适当的保护措施，孔华锋利用自身职务便利，接触到了口腔医院的商业秘密，并将其接触到的商业秘密泄露给雅博仕口腔门诊，并因此获利，属于典型的侵害商业秘密案件。

⁷ 行政处罚决定书文号：甬市监处〔2021〕54号。

三、商业秘密的刑事法律规制

本节主要介绍商业秘密在刑法上的相关规定,《刑法》第二百一十九条规定了侵犯商业秘密罪,《最高人民法院 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》降低了侵犯商业秘密罪的立案标准,《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)》进一步细化侵犯商业秘密罪的构成要件。

(一) 通过《刑法》规定侵犯商业秘密罪 >>>>>>

《刑法》第二百一十九条规定了侵犯商业秘密罪,但该条并未详细解释何为商业秘密,其表述为“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……明知前款所列行为,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。”

因此,在侵犯商业秘密刑事案件中,对于商业秘密的认定仍然需要参照民事法律的相关规定。

(二) 通过《中华人民共和国刑法修正案(十一)》增设为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪 >>>>>>

《中华人民共和国刑法修正案(十一)》第二十三条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,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。”

(三) 通过《最高人民法院、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》确定侵犯商业秘密罪的立案标准 >>>>>>

《最高人民法院、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》将侵犯商业秘密罪的立案标准修改为,侵犯商业秘密,涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:(一)给商业秘密权利人造成损失数额在三十万元以上的;

(二)因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的;(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;(四)其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。

(四) 通过《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)》进一步细化侵犯商业秘密罪的构成要件 >>>>>>

1. 关于犯罪行为的进一步细化

《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)》第三条规定了: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”。

2. 关于危害后果的进一步细化

《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)》第四条规定了: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;(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”。

3. 关于侵犯商业秘密犯罪的诉中保密制度

《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)》第六条规定了: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。

第三章

商业秘密的合规审查

由于第一章论述了进行商业秘密合规审查的重要性，第二章介绍了与商业秘密相关的法律规定，本章在前面两部分的基础上论述如何进行商业秘密合规审查。商业秘密合规审查的目的，一是考察公司的商业秘密保护的内容和保护措施是否符合商业秘密相关法律法规的规定，防止自身权益被他人侵犯；二是考察员工的行为是否符合公司各项商业秘密规章制度的规定，防止员工涉密，也防止因员工的行为而侵犯他人商业秘密。

一、防止自身商业秘密被他人侵犯的合规审查

本节主要介绍商业秘密保护范围审查、非公知性审查、商业价值性审查和保密性审查,通过这些审查保障相关信息构成商业秘密,获得法律上的保护,防止自身权益被他人侵犯。本章主要涉及商业秘密保护范围的审查以及商业秘密构成要件的审查。

(一) 商业秘密保护范围审查

1、要进行商业秘密保护范围审查的原因

在侵害商业秘密案件中,首先需要明确商业秘密的保护范围的主要原因为:第一,商业秘密不具有法定的权利外观,与专利权、商标权、著作权等其他知识产权具有公示性明显不同。第二,商业秘密权利本身具有不确定性,原告认为是商业秘密的信息,有可能是公知信息,如果将公知信息纳入商业秘密保护的范畴则有损于社会公众的利益。

正是因为,商业秘密的不确定性,从而导致确定商业秘密的保护范围是商业秘密案件的重点和难点。原告起诉时通常会圈定一个很宽的商业秘密范围,由于涉及复杂的技术问题,商业秘密保护范围的确定过程往往比较复杂且当事人争议较大,一般需要经若干轮质证或庭审才能最

终确定。法院一般要求原告列明商业秘密的具体内容,并将其与公知信息加以区分,并且要求原告应在质证或庭审证据交换结束前明确商业秘密的保护范围,一般在法庭辩论开始后不能再变更商业秘密的保护范围。

因此,在商业秘密案件中,首先要明确商业秘密的保护范围,原告理应在起诉时明确其商业秘密的保护范围,在质证或庭审证据交换结束前必须明确其商业秘密的保护范围。

明确商业秘密的保护范围是维权的基础,这就要求权利人在日常的商业秘密管理当中,确定某项商业秘密需要保护的内容,而不宜将与商业秘密相关的所有信息纳入商业秘密的保护范围。

2、商业秘密保护范围的审查方法

(1) 要审查要求保护的主体属于技术信息还是经营信息

《反不正当竞争法(2019 修正)》第九条规定技术信息和经营信息均可以构成商业秘密。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》,技术信息包括: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。而经营信息包括: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。

而需要特别指出的是,并非所有客户信息均可以获得商业秘密的保护范围。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》第一条第三款,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。

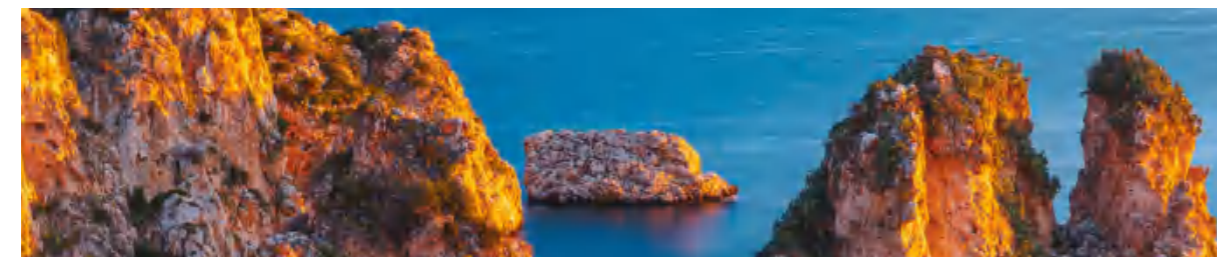
(2) 要审查要求以商业秘密方式保护的某项信息具体的内容是什么,有没有明确的边界

与专利权、商标权、著作权等其他知识产权具有公示性明显不同,商业秘密不具有法定的权利外观,这就要求权利人自己在商业秘密管理中明确商业秘密的内容及其边界,如果内容不明确、边界不清楚,则在维权过程中很难获得司法

机关和行政机关的认可。例如,在辽宁省沈阳市中级人民法院(2004)沈民四权终字第4号侵害商业秘密纠纷案件中,法院认为,本案纠纷系侵害商业秘密纠纷,首先应该确认上诉人所述的技术信息及经营信息是否构成商业秘密。根

据《中华人民共和国反不正当竞争法（1993）》第十条规定⁹：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。该规定明确了商业秘密的四个法定特征：即该信息不为公众所知悉；能给权利人带来利益；具有实用性；权利人应采取了适当的保密措施。作为商业秘密首先应当明确其范围，且该范围应清楚、固定，通过一定的载体形式表现出来。上诉人在起诉状中，一审陈述及本院审理过程中，对其所要求保护的商业秘密的范围每一次陈述都是不一致的，起诉状中强调其技术秘密为：制作图纸、设备构造、工艺配方、原料配方、生产工艺、生产流程；原审法院审理中主张：喷砂工艺，采用 70# 金刚砂；电抛光采用磷酸、铬酐，机械抛光用沈阳布轮厂生产的布轮；氧化工艺，采用硫酸加水，时间由实际操作技术人员掌握。而在本院审理中却又认为机械抛光不是商业秘密，对电抛光工艺、氧化工艺又增加了多项技术参数。本院认为，上诉人对其主张的商业秘密没有固定的载体形式，而且其范围也不清晰、明确。其次，除了商业秘密的范围要具体明确外，权利人还应当有针对性地对具体明确

的范围采取相应的保密措施。保密措施针对的保密范围应当由特定义务人知晓，具体为：特定人应该知道哪些是企业的商业秘密范围，其次所采取的措施应该是合理和适当的，如限制接近商业秘密的人数，对所涉及的秘密采取秘密等级处理，及其与特定人员签订保密合同等。本案中，上诉人对其商业秘密的范围并不清楚，因此没有相应证据证明上诉人采取了合理、适当的保密措施。上诉人主张其采取保密措施的证据有 1991 年的会议纪要、档案升级的证明。关于会议纪要，其上没有记载上诉人所涉的商业秘密究竟是什么，哪些人员应该对哪些技术秘密负有保密义务，只是在会议纪要上强调“反内盗”。关于档案升级，只能证明上诉人单位的档案管理达标，并不能作为上诉人对具体商业秘密采取合理、适当保密措施的依据。另，上诉人没有与涉案的被上诉人兰玉忠签订过任何有关技术秘密的保密协议。上诉人主张其已采取了适当的保密措施没有事实依据，本院不予支持。综上，上诉人所称的技术秘密没有具体明确的范围，并且没有采取合理适当的保密措施，不具备商业秘密的法定特征，不能认定为商业秘密。



⁹ 彼时生效版本为《中华人民共和国反不正当竞争法》（1993）。

（二）非公知性审查

1. 非公知性的概念

《反不正当竞争法（2019 修正）》第九条规定了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和经营信息。因此，商业秘密构成要件包括：非公知性要件、商业价值性要件和保密性要件。

非公知性要件，是指有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得。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。也就是说，破坏某项信息非公知性方式包括出版物公开、使用公开和其他方式公开。

2. 判断非公知性的主体

判断某一项信息是否构成不为公众所知悉的主体是谁？在专利领域判断创造性的主体为“所属技术领域的技术人员”。“所属技术领域的技术人员”是指一种假设的“人”，假定他知晓申请日或者优先权日之前发明所属技术领域所有的普通技术知识，能够获知该领域中所有的现有技术，并且具有应用该日期之前常规实验手段的能力，但他不具有创造能力。

在商业秘密领域，《全国法院知识产权审判工作会议关于审理技术合同纠纷案件若干问题的纪要》一.（一）.2 规定，前款所称不为公众所知悉，是指该技术信息的整体或者精确的排列组

合或者要素，并非为通常涉及该信息有关范围的人所普遍知道或者容易获得。《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》第四条规定，“所属领域的相关人员通过观察上市产品即可直接获得的”。从上述法律规定可知，判断某一项信息是否构成不为公众所知悉的主体是所属领域的相关人员。但没有相关法条对所属领域的相关人员进行定义。所以，可以参照专利领域的“所属领域的技术人员”的含义，将所属领域的相关人员理解为所属领域普通的人比较合理。如所属领域的人是指专家，则构成“不为公众所知悉”的可能性较小，对权利人不公平。

3、非公知性的审查方法

非公知性审查包括是否构成出版物公开审查、是否构成使用公开审查、是否构成其他方式公开审查。

(1) 审查是否构成出版物公开

出版物公开是指某项信息被记载相关信息的独立存在的传播载体所公开，并且应当表明或者有其他证据证明该传播载体公开发表或出版的时间。

出版物可以是各种印刷的、打字的纸件，例如专利文献、科技杂志、科技书籍、学术论文、专业文献、教科书、技术手册、正式公布的会议记录或者技术报告、报纸、产品样本、产品目录、广告宣传册等，也可以是用电、光、磁、照相等方法制成的视听资料，例如缩微胶片、影片、照相底片、录像带、磁带、唱片、光盘等，还可以是以其他形式存在的资料，例如存在于互联网或其他在线

数据库中的资料等。

出版物不受地理位置、语言或者获得方式的限制，也不受年代的限制。出版物的出版发行量多少、是否有人阅读过、申请人是否知道是无关紧要的，但印有“内部资料”、“内部发行”等字样的出版物，确系在特定范围内发行并要求保密的，不属于公开出版物。

进行审查是否构成出版物公开时，如果某项信息比较复杂，可以考虑委托查新检索机构进行查新检索，然后根据查新结果进行审查。

(2) 审查是否构成使用公开

使用公开是指由于使用而导致某项信息的公开，或者某项信息处于公众可以得知的状态。

使用公开的方式包括能够使公众得知某项信息内容的制造、使用、销售、进口、交换、馈赠、演示、展出等方式。只要通过上述方式使相关信息内容处于公众想得知就能够得知的状态，就构成使用公开，而不取决于是否有公众得知。但是，未给出任何有关信息内容的说明，以致所属技术或者经济领域的人无法得知其结构和功能或材料成分的产品展示，不属于使用公开。

如果使用公开的是一种产品，即使所使用的产品或者装置需要经过破坏才能够得知其结构和功能，也仍然属于使用公开。此外，使用公开还包括放置在展台上、橱窗内公众可以阅读的信息资料及直观资料，例如招贴画、图纸、照片、样本、样品等。

因此，如果某项创新技术，很难通过反向工程破译，可以考虑通过商业秘密进行保护。而如果从其产品很容易通过反向工程破译技术方案，则该技术应以专利的形式进行保护。

(3) 审查是否构成其他方式公开

审查是否构成其他方式公开时，要重点审查：某项信息为其所属技术或者经济领域的人的一般常识或者行业惯例；某项信息已通过公开的报告会、展览等方式公开；某项信息从其他公

开渠道可以获得；某项信息无需付出一定的代价而容易获得；某项信息被口头公开，例如，口头交谈、报告、讨论会发言、广播、电视、电影等能够使公众得知该信息内容的方式。

(三) 商业价值性审查

1、商业价值性的概念

商业价值性指有关信息能为权利人带来经济利益、具有实用性，能为权利人带来竞争优势的。主要体现在以下几个方面：

- (1) 该信息具有确定的可应用性；
- (2) 能为权利人带来现实的经济利益或者竞争优势；
- (3) 或者能为权利人带来潜在的经济利益或者竞争优势。

商业价值性要求某项信息应该相对独立、完整的、具体的、可操作性的方案或阶段性技术成果。零星的、散逸的知识、经验或者处于纯理论

阶段的原理、概念或范畴，不具有实用价值因而不构成被保护的商业秘密。商业价值性还体现在，商业秘密必须有一定的表现形式，如一个化学配方、一项工艺流程说明书和图纸、制造产品的技术方案、管理档案等等。

在商业秘密纠纷中，涉案信息一般都具有商业价值，不然也不会产生纠纷，没有人会冒用没有商业价值的信息，自然不产生侵犯商业秘密纠纷。在司法实践中，也很少因不满足商业价值性要件的要求而被认定不构成商业秘密。因此，在商业秘密合规审查过程中，商业价值性审查不是重点问题。

2、商业价值性的审查方法

虽然在商业秘密合规审查过程中，商业价值性审查不是重点问题，但是仍需对商业价值性审查进行审查，否则相关信息存在不构成商业秘密的风险。

首先要审查某项信息是否是相对独立的、完整

的、具体的、可操作性的方案或阶段性技术成果。

其次要审查某项信息是否能为权利人带来现实的经济利益或者竞争优势，或者某项信息是否能为权利人带来潜在的经济利益或者竞争优势。

(四) 保密性审查

1. 保密性的概念

《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》第五条第一款规定：“权利人为防止商业秘密泄露，在被告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。”第二款规定：“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。”第六条规定：“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。”

解读上述法律规定可知，商业秘密的保密性，是指权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施，并足以使其职工或其他保密义务人知道或应当知道商业秘密的存在并应当有义务予以保密。

2. 保密性的构成要件

保密性的构成要件包括主观性要件、适当性要件、可识别性要件和有效性要件。

(1) 主观性要件

主观性要件要求权利人采取保密措施时对保密措施的目的是明知的，即权利人应具有防止相关信息泄露的目的。该要求说明了权利人应该有将相关信息作为商业秘密保护的主观意愿。但人的主观意愿是不能直接观察感知，只能通过外在的行为进行推定。因此，保密性的主观性要件是通过权利人所采取的具体保密措

施来体现的。例如，某企业对客户信息未采取具体的保密措施，而仅仅在劳动合同中存在一般性的保密条款。某员工从该企业离职后仍与原来的客户有业务往来，由于该企业在主观上不具有防止该客户信息泄露并作为商业秘密保护的意愿，因此该企业主张该离职员工侵害其商业秘密的理由不成立。

(2) 适当性要件

适当性要件要求保密措施与相关信息自身需要采取何种程度的保密措施才可达到保密要求相适应，也就是说，保密措施要与相关信息的商业价值相适应。一般情况，适当性要件并不要求保密措施做到万无一失。另，需要考虑信息载体的特性，不同载体采取的保密措施是不相同的。例如，某一信息同时具有纸质文档和电子文档，由于载体不相同，所以二者采取的保密

措施也不相同，前者一般采取的保密措施为在载体上标有保密标志和限定，而后者一般采取的保密措施为在载体设置密码。有的信息仅仅是经营活动中的一个小环节，如果要求权利人采取高昂成本的保密措施是不适当的。而有些信息是经营活动中的重要环节，构成权利人的核心竞争力，具有巨大的、根本性的商业价值，那么权利人采取多么严格的保密措施都不为过。

(3) 可识别性要件

可识别性要件要求权利人采取的保密措施要被负有保密业务的人所识别，足以使负有保密义务的人能够意识到该信息是需要保密的信息。如在交易过程中，要求买受人对产品的某技

术细节进行保密，则需要明示该技术细节的具体内容和范围属于出卖人的商业秘密，买受人应对该技术信息进行保密，未经出卖人同意，买受人不能向第三人披露该技术信息。

(4) 有效性要件

有效性要件要求所采取的保密措施应当达到可以防止他人通过正当的方式就能轻易获得的程度，以他人不采取不正当手段或不违反约定就难以获得为标准。例如，某企业规定只有相应

级别的人才能查阅某项信息，但该信息载体随意摆放于普通办公区域，任何员工均能随意翻阅，甚至连外来参观人员都可以翻阅，那么该信息不符合保密有效性要求。

3、保密性的审查方法

(1) 保密管理架构审查

关于公司保密管理架构设计审查的内容主要包括：审查是否设立专门的保密决策机构和保密执行机构，审查保密决策机构与公司管理决策机构如何对接，审查保密执行机构与公司执行

机构如何对接，审查保密机构的运行情况，审查保密机构是否对保密措施进行监控和评审，审查保密机构是否存在对出现的问题进行改进的机制。

(2) 审查公司高层管理者对保密管理的重视程度

公司高层管理者对某一事项的重视程度，决定某一事项是否能顺利推进。所以要加强公司高层管理者对保密管理的重视程度。可以通过调

查问卷、座谈会等方式审查公司高层管理者对保密管理的重视程度。

(3) 保密制度的审查

审查公司是否有完整的保密制度，具体要审查是否设有商业秘密与竞业限制的制度、商业秘

密与保密协议制度、审查对外签署合同管理制度、专利申请和商业秘密保护选取制度。

(4) 具体保密措施的审查

具体的保密措施可以分为对人的保密措施和对物的保密措施，因此对具体保密措施的审查可以分为对人的保密措施审查和对物保密措施的审查。

1) 对人的保密措施审查

对人的保密措施审查主要包括：保密协议的签订情况、员工手册的制订情况、保密承诺书签署情况、限制来访者不能达到保密区域情况；限定涉密信息的知悉范围情况；

限定使用者的使用权限情况；对使用的时间、次数进行监控情况；保密宣传教育情况；商业间谍防范情况。

2) 对物的保密措施审查

对物的保密措施审查主要包括：对涉密载体和涉密区域系统有效保护情况；对涉密信息载体采取加锁等防范措施情况；在涉密信息的载体上标有保密标志情况；对涉密信息采用密码或者代码等情况；对涉密的机器、厂房、车间等场所采取录像监控情况；人工智能利用情况。

其中对涉密载体采取保密措施的合规审查

主要包括：在记载商业秘密的纸质文件封面是否标明属于商业秘密、秘密等级和保密期间；是否规定商业秘密纸质文件的借阅权限和借阅管理制度；就存储商业秘密的计算机是否取封闭 USB 接口，隔绝外部网络，设置开机密码等保密措施；是否设置访问存储商业秘密计算机的权限管理制度；就记载商业秘密的电子文档是否设置查阅密码、保密标志、修改权限等。

二、防止侵犯他人商业秘密的合规审查

进行商业秘密合规审查,不仅要防止自身商业秘密被他人侵犯,也要防止侵犯他人商业秘密。

(一) 人才引进中的合规审查

人才流动是职场中比较正常的现象,但是人才流动也经常引发商业秘密纠纷。例如,西部数据、希捷两大硬盘巨头之间在明尼苏达州最高法院的商业机密诉讼,法院宣判,被告西部数据败诉,需要赔偿希捷 6.3 亿美元,加上利息,共计 8 亿美元。2006 年,希捷员工毛思宁离职,随后加盟希捷的死对头西部数据,而希捷认为他将关键的磁电阻 (TMR) 技术泄露给了竞争对手,于是在 2011 年对西部数据提起诉讼,指责他们盗用了 8 项商业机密。西部数据在 2012

年收购了日立全球存储技术公司,代替了希捷,成了世界上最大的硬盘厂商,此判决对西部数据是很大的打击⁹。

因此,在人才引进中,必须进行商业秘密合规审查,防止跳槽员工将原单位的商业秘密带入到企业中,避免侵犯他人商业秘密。当然,那些为了获取竞争对手的商业秘密而以高新利诱挖人才的行为,不是本文商业秘密合规审查的讨论范畴。

(二) 与他人合作中的合规审查

技术开发、技术引进、专用技术许可等与他人合作过程中,通常会接触对方的商业秘密,或者合作的内容涉及商业秘密,如果未经权利人许可,披露或许可第三人使用所掌握的他人商业秘密,就会构成《反不正当竞争法》第九条规定的“使用不正当的侵权行为”。在与他人合作的过程中,如果对所掌握的他人商业秘密管理不当,极有可能侵犯他人的商业秘密。例如,在上海市第一中级人民法院 (2008) 沪一中民五 (知) 初字第 390 号侵犯商业秘密纠纷案件中,法院认为:原告与被告耐乐公司同为铜管制造企业,具有竞争关系。被告龙阳公司根据《铜管制造技术转让合同》和《技术转让合同补充协议》,成为包括涉案技术秘密在内的铜管制造技术的许可使用方。张正斌、毛成等原系被告龙阳公司的员工,分别担任生产调度、工程师等职,有机会接触原告许可被告龙阳公司使用的技术秘密。张正斌、毛成从被告龙阳公司离职不久均到被告耐乐公司工作,并分别担任副

总经理、总工程师。根据新乡市公安局对张正斌、毛成、栗志强等人的讯问笔录表明,张正斌从被告龙阳公司复制技术资料带到被告耐乐公司,并通过邮件发送给毛成、栗志强、唐国柱也曾向张正斌、毛成发送过技术资料。基于原告与被告耐乐公司的竞争关系,涉案技术秘密的许可使用方被告龙阳公司的技术人员复制原告的技术秘密跳槽至被告耐乐公司担任技术高管,并且部分技术秘密载体的署名亦已改为被告耐乐公司的事实,原审法院认定被告耐乐公司获取了原告的技术秘密,且该行为违反了诚实信用原则,具有不正当性。

因此,在与他人合作中应进行商业秘密合规审查,具体包括:审查合作合同中关于商业秘密条款约定情况,审查对方商业秘密的范围,审查我方获得商业秘密获得许可使用的范围,审查对所掌握的他人商业秘密的管理制度。

⁹ 网易科技于 2011 年 11 月 22 日报道,标题为:《西部数据因窃取商业机密被判赔偿希捷 5.25 亿美元》。

三、对限制技术进步、垄断技术等行为的合规审查

拥有商业秘密并不意味着高枕无忧，可以随意滥用权利。如果滥用商业秘密，而限制技术进步、非法垄断了技术，则会受到相关反垄断部门的调查和处罚。因此，在商业秘密合规审查中，要进行防止权利滥用和限制技术进步、垄断技术等行为的合规审查。

（一）限制技术进步、垄断技术相关法律规定

关于技术垄断的法律规定，总体是以《中华人民共和国反垄断法（2022 修正）》（以下简称《反垄断法》）第六十八条为基础，国家市场监督管理总局公布的《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（2020 修订）》为具体规范。2022 年 3 月 24 日，国家市场监督管理总局公布的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定（2022 修订）》第十二条和《禁止垄断协议暂行规定（2022 修订）》第十条，新增在认定知识产权领域的经营者支配地位时的考虑因素，并列举了技术领域垄断协议的表现形式。

《反垄断法（2022 修订）》第六十八条规定，经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为，不适用本法；但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适

用本法。

《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（2020 修订）》第三条规定：本规定所称滥用知识产权排除、限制竞争行为，是指经营者违反《反垄断法》的规定行使知识产权，实施垄断协议、滥用市场支配地位等垄断行为。

《禁止垄断协议暂行规定（2022 修订）》第十条规定：禁止具有竞争关系的经营者就限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品达成下列垄断协议：（一）限制购买、使用新技术、新工艺；（二）限制购买、租赁、使用新设备、新产品；（三）限制投资、研发新技术、新工艺、新产品；（四）拒绝使用新技术、新工艺、新设备、新产品；（五）通过其他方式限制购买新技术、

新设备或者限制开发新技术、新产品。

《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定（2022 修订）》第十二条规定：根据反垄断法第十八条和本规定第六条至第十条认定知识产权领域经营者具有市场支配地位，可以考虑知识产权的替代性、下游市场对利用知识产权所提供商品的依赖程度、交易相对人对经营者的制衡能力等因素。

《民法典》第八百五十条规定，非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十条规定，下列情形，属于民法典第八百五十条所称的“非法垄断技术”：（一）限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用所

改进的技术，或者双方交换改进技术的条件不对等，包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进技术的知识产权；（二）限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似技术或者与其竞争的技术；（三）阻碍当事人一方根据市场需求，按照合理方式充分实施合同标的技术，包括明显不合理地限制技术接受方实施合同标的技术生产产品或者提供服务的数量、品种、价格、销售渠道和出口市场；（四）要求技术接受方接受并非实施技术必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备、服务以及接收非必需的人员等；（五）不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源；（六）禁止技术接受方对合同标的技术知识产权的有效性提出异议或者对提出异议附加条件。

(二) 限制技术进步、垄断技术的法律风险

知识产权法和反垄断法作为鼓励创新和推动市场竞争的两种法律制度，功能上有互补性，但也有重要区别：知识产权法是基于知识产权的经济价值，其主要功能是授予权利人专有权，保护专有权，平衡权利人与被许可人之间的关系；反垄断法作为维护市场竞争的手段，在知识产权方面主要是规范知识产权的行使。如果行使超过合理范围，最终导致市场上长期缺乏供给、价格飞涨和扭曲资源配置，这种行为就可能受到反垄断法的规制。

因此，商业秘密权人在维护商业秘密权利时，也要注意防止被认定为“滥用知识产权排除竞争”的行为。否则，一旦被认定违反《反垄断法》的规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款，上一年度没有销售额的，处五百万元以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处三百万元以下的罚款。经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的，可以处一百万元以下的罚款。

(三) 对限制技术进步、垄断技术等行为的合规审查方法

限制技术进步、垄断技术的核心在于“滥用知识产权”。在司法实践中，常见的“滥用知识产权”的行为包括经营者达成垄断协议、经营者滥用市场支配地位、具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中以及滥用知识产权的其他情形。企业可以从这四个方面着重审查是否构成限制技术进步、垄断技术等行为。

首先，实践中常见的可能排除、限制竞争的知识产权垄断协议包括：1. 联合研发：是指经营者共同研发技术、产品等，及利用研发成果的行为。联合研发通常可以节约研发成本，提高研发效率，但是也可能对市场竞争产生排除、限制影响。2. 交叉许可：是指经营者将各自拥有的知

识产权相互许可使用。交叉许可通常可以降低知识产权许可成本，促进知识产权实施，但是也可能对市场竞争产生排除、限制影响。3. 排他性回授和独占性回授：是指被许可人将其利用被许可的知识产权所作的改进，或者通过使用被许可的知识产权所获得的新成果授权给许可人。回授通常可以推动对新成果的投资和运用，但是排他性回授和独占性回授可能降低被许可人的创新动力，对市场竞争产生排除、限制影响。4. 不质疑条款：是指在与知识产权许可相关的协议中，许可人要求被许可人不得对其知识产权有效性提出异议的一类条款。5. 标准制定：是指经营者共同制定或参与制定在一定范围内统一实施的涉及知识产权的标准。标准制

定有助于实现不同产品之间的通用性，降低成本，提高效率，保证产品质量。但是，具有竞争关系的经营者共同参与标准制定可能排除、限制竞争。6. 其他限制：限制知识产权的使用领域；限制利用知识产权提供的商品的销售或传播渠道、范围或者对象；限制经营者利用知识产权提供的商品数量；限制经营者使用具有竞争关系的技术或者提供具有竞争关系的商品。

其次，经营者滥用市场支配地位的具体行为通常包括：1. 以不公平的高价许可知识产权：具有市场支配地位的经营者，可能滥用其市场支配地位，以不公平的高价许可知识产权，排除、限制竞争。2. 拒绝许可知识产权：具有市场支配地位的经营者，没有正当理由拒绝许可知识产权，可能构成滥用市场支配地位行为，排除、限制竞争。3. 涉及知识产权的搭售：是指知识产权的许可、转让，以经营者接受其他知识产权的许可、转让，或者接受其他商品为条件。知识产权的一揽子许可也可能是搭售的一种形式。具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，可能通过上述搭售行为，排除、限制竞争。4. 涉及知识产权的附加不合理交易条件：具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，在涉及知识产权的交易中附加不合理的交易条件，可能产生排除、限制竞争效果。5. 涉及知识产权的差别待遇：在涉及知识产权的交易中，具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，可能对条件实质相同的交易相对人实施不同的许可条件，排除、限制竞争。

再次，关于知识产权的经营者集中，主要体现在构成经营者集中的情形、审查的考虑因素和

附加限制性条件等方面。审查涉及知识产权的经营者集中，适用《反垄断法》第四章规定。经营者通过涉及知识产权的交易取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响，可能构成经营者集中。具体情形包括：1. 经营者合并；2. 经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；3. 经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。

最后，其他常见的滥用知识产权的情形还有：1. 专利联营：是指两个或者两个以上经营者将各自的专利共同许可给联营成员或者第三方。专利联营各方通常委托联营成员或者独立第三方对联营进行管理。联营具体方式包括达成协议，设立公司或者其他实体等。专利联营一般可以降低交易成本，提高许可效率，具有促进竞争的效果。但是，专利联营也可能排除、限制竞争。2. 标准必要专利：拥有市场支配地位的标准必要专利权人通过请求法院或者相关部门作出或者颁发禁止使用相关知识产权的判决、裁定或者决定，迫使被许可人接受其提出的不公平高价许可费或者其他不合理的许可条件，可能排除、限制竞争。3. 著作权集体管理：著作权集体管理通常有利于单个著作权人权利的行使，降低个人维权以及用户获得授权的成本，促进作品的传播和著作权保护。但是，著作权集体管理组织在开展活动过程中，有可能滥用知识产权，排除、限制竞争。

结语

随着经济发展，我国逐渐提供知识产权的保护水平。2019 修正的《反不正当竞争法》将侵害商业秘密的最高法定赔偿额直接规定为五百万元人民币，并规定了一倍以上五倍以下的惩罚性赔偿，减轻了原告的举证责任，并且加大了行政处罚力度。

虽然对知识产权的保护力度逐渐加强，但是由于我国企业的商业秘密保护意识和能力不高，以及商业秘密的特性与专利权、商标权、著作权等其他知识产权具有公示性明显不同，其不具有法定的权利外观，导致很多企业的商业秘密被侵权后自己并不知晓，或是不能提供被侵权的证据，无法借助法律手段进行维权。从而导致出现了商业秘密纠纷起诉率低、诉讼案件调撤率高、原告胜诉率低的现象。

因此，我们要对商业秘密进行合规审查，使相关信息符合商业秘密非公知性、商业价值性和保密性的要求，防止自身商业秘密被他人侵犯，同时也要防止侵犯他人商业秘密，防止出现限制技术进步、垄断技术等行为。



大成 DENTONS

DENTONS
CHINA

大成律师事务所



微信扫描二维码
关注公众号

地址: 北京市朝阳区朝阳门南大街10号
兆泰国际中心B座 16-21 层

邮编: 100020

总机: +86 10 5813 7799

传真: +86 10 5813 7788

网站: www.dentons.com

邮箱: beijing@dentons.cn