

商业秘密保护再升级 企业如何快速布局 ——兼论《反不正当竞争法》再修订

蔡军祥、黄晴、朱莹

一、反不正当竞争法再修订——中美贸易战背景下我国加强对知识产权法律保护

2019年4月23日，全国人大常委会通过修改《反不正当竞争法》《商标法》等八部法律的决定。《反不正当竞争法》自决定公布之日起施行。有人可能会问，2018年版《反不正当竞争法》施行才一年多，为何又被修改？我们注意到本次《反不正当竞争法》修改条款全部是关于“商业秘密”。结合当前国际形势可以理解，这是中美贸易战背景下，我国特意加强对知识产权的法律保护，增加企业（特别是外资企业）对我国知识产权法律保护制度的信心。

众所周知，知识产权保护问题，是当前中美贸易战的谈判焦点之一。2018年5月19日，中美两国在华盛顿就双边经贸磋商发表联合声明，内容包括“双方高度重视知识产权保护，同意加强合作。中方将推进包括《专利法》在内的相关法律法规修订工作。”¹2018年12月1日，中美两国元首在2018年G20峰会上会晤并达成共识，美方声明称两国元首同意立即开始对**强制技术转让、知识产权保护**、非关税壁垒、网络入侵和网络盗窃、服务和农业等方面的结构性改变展开磋商。²

在此背景之下，我们目睹了《外商投资法》的火速通过，目睹了《中外合资经营企业法实施条例》中有关技术转让协议的强制性条款和《技术进出口管理条例》中有关技术进口合同的限制性条款的删除。如今，我们又目睹了《商标法》的修改和《反不正当竞争法》中关于商业秘密条款的修改。这一系列的变化都与中美贸易战的大背景相呼应。

二、反不正当竞争法对“商业秘密”做了哪些修改

本次对《反不正当竞争法》的修改，全部围绕“商业秘密”展开。下图为修改前后对照表。

《反不正当竞争法》修改前后对照表

修改前（2018年1月1日施行版）	修改后（2019年4月23日施行版）
<p>第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：</p> <p>（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；</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；</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。</p> <p>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</p>	<p>第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：</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；</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；</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；</p> <p>（四）教唆、引诱、帮助他人违反保密义</p>

¹ <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyjl/e/201805/20180502745877.shtml>

² <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-press-secretary-regarding-presidents-working-dinner-china/>

<p>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。</p> <p>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和经营信息。</p>	<p>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。</p> <p>经营者以外的其他自然人、法人和非法组织</p> <p>实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。</p> <p>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。</p> <p>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。</p>
<p>第十七条 经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。</p> <p>经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。</p> <p>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。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。</p> <p>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三百万元以下的赔偿。</p>	<p>第十七条 经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。</p> <p>经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。</p> <p>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。</p> <p>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的赔偿。</p>
<p>第二十一条 经营者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，处十万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上三百万元以下的罚款。</p>	<p>第二十一条 经营者以及其他自然人、法人和非法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。</p>
<p>无对应条款</p>	<p>第三十二条（新增） 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</p>

	<p>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>
--	--

本次修改主要围绕以下五个方面：

一是增加侵犯商业秘密行为的列举。在原有规定的基础上，增加了以“电子侵入”手段获取权利人的商业秘密的行为；“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”的行为。

二是扩大侵犯商业秘密的主体范围。“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。”这是本次修订新增的内容，将侵犯商业秘密的主体从经营者扩大到了经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织。

三是扩大商业秘密的范围。原本商业秘密仅包括技术信息和经营信息，此次修订增加了“等商业信息”的表述，使得技术信息、经营信息以外的商业信息也被纳入“商业秘密”保护。

四是提高侵犯商业秘密的违法成本。不论是赔偿数额还是罚款金额的上限都得到了提升，同时还增加了惩罚性赔偿的规定。

五是明确举证责任的分担。本次修订新增了一条关于举证责任的条款。在侵犯商业秘密的民事诉讼中，商业秘密权利人通常举证困难。本次新增条款明确了举证责任如何在商业秘密权利人和涉嫌侵权人之间进行分配和转移。此前，《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（法释〔2007〕第2号）》对此有相关规定³，但是对商业秘密权利人的举证责任要求过重。本次修订明显降低了商业秘密权利人的举证难度。

三、我国关于商业秘密的法律保护体系

我国对于商业秘密的保护，散见于多部法律法规中，并没有专门的商业秘密法（不少发达国家有专门的商业秘密保护法）⁴。我国《民法总则》⁵确认了民事主体依法享有对商业秘

³ 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（法释〔2007〕第2号）第十四条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。

⁴ 美国2016年11月5日通过《商业秘密保护法》(Defend Trade Secrets Act of 2016, DTSA)并生效，见 <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/1890/text?q=%7B%22search%22%3A%5B%22Defend+Trade+Secrets+Act%22%5D%7D>
瑞典2018年5月23日通过《商业秘密法》，并于2018年7月1日生效，见 <https://wipolex.wipo.int/zh/legislation/details/18164>

⁵ 《民法总则》第一百二十三条 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。

密的知识产权。

（一）什么是商业秘密

对商业秘密的界定，我国法律经历了一个发展变化的过程。

1993年，《反不正当竞争法》规定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。

1995年，国家工商行政管理总局发布《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》，对商业秘密做了细化规定，后于1998年修订。

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（法释〔2007〕第2号）》对“商业秘密”的定义及相关法律问题做出解释。

2017年，《反不正当竞争法》修改，将“能为权利人带来经济利益、具有实用性”修改为“具有商业价值”，吸收了上述司法解释的内容，确立了商业秘密须具有秘密性、价值型和保密性这三重性质。

2019年，《反不正当竞争法》再修改，将“技术信息和经营信息”扩充为“技术信息、经营信息等商业信息”。**该法对商业秘密的定义，也是目前我国法律对商业秘密的最新定义：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。**

此外，我国《刑法》第二百一十九条⁶规定了侵犯商业秘密罪，其对商业秘密的定义与1993年版《反不正当竞争法》相同，我们预计该条规定未来将做相应修订，以与新的《反不正当竞争法》中的定义相一致。

（二）谁负有保护商业秘密的义务

保护商业秘密的义务，包括法定义务和约定义务。

我国多部法律对不同主体规定了保守商业秘密的法定义务，包括《反不正当竞争法》要求经营者以及其他自然人、法人和非法人组织不得侵犯商业秘密⁷；《公司法》要求董事、高级管理人员不得擅自披露公司秘密⁸；将于2020年1月1日生效的《外商投资法》要求行政机关及其工作人员对于履行职责过程中知悉的外国投资者、外商投资企业的商业秘密予以保密⁹，等等。

保护商业秘密的义务，也可来源于约定。尤其对于企业而言，要求员工保守商业秘密，是员工管理的重要一环。《劳动法》规定劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。¹⁰《劳动合同法》规定用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保

⁶ 《刑法》第二百一十九条 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。

明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

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。

⁷ 《反不正当竞争法》（2019）第九条和第二十一条。

⁸ 《公司法》第一百四十八条 董事、高级管理人员不得有下列行为：……（七）擅自披露公司秘密；……

董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。

⁹ 《外商投资法》（2020.01.01生效）第二十三条 行政机关及其工作人员对于履行职责过程中知悉的外国投资者、外商投资企业的商业秘密，应当依法予以保密，不得泄露或者非法向他人提供。

¹⁰ 《劳动法》第二十二条。

守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项，同时还确立了竞业限制制度。¹¹

四、企业如何保护商业秘密

可口可乐公司对可口可乐配方的保护，堪称企业保护商业秘密的典范。1886年，约翰·彭伯顿调制出可口可乐，只有少数人知道配方。1898年，公司搬至亚特兰大，配方就被放置在此的一个三角形房间内并配以暗码锁。1919年，可口可乐公司被收购，为担保贷款，配方第一次被写下，并保存在纽约的担保银行的保险柜中直至还清贷款。1925年，公司重获配方，将其放置在亚特兰大市太阳信托银行的保险柜中。这一放，就是86年。2011年，可口可乐公司才将配方带回“可口可乐世界”保存。¹²

可口可乐配方对于可口可乐公司而言，具备极高的商业价值，是公司的核心机密。百年来，可口可乐公司采取严密的保密措施，保障可口可乐配方不被泄漏，可口可乐至今也畅销全球。

与之相反，也有企业因不注重保护自身的商业秘密，导致秘密被泄露，自身遭受巨大的损失。根据国家知识产权局2019年5月5日发布的《二〇一八年中国知识产权保护状况》白皮书¹³，刑事司法层面：2018年全国地方人民法院共新收侵犯商业秘密罪案件39件，**同比上升50%**；行政执法层面：2018年共查处侵犯商业秘密案件35件，**案值291万元，罚没金额233万元**。民事案件层面：根据中国裁判文书网检索显示，案由为“侵害商业秘密纠纷”的民事裁判文书共计1310份，其中2016年260份，2017年326份，2018年264份。

• 企业的商业信息如何才能得到法律对于“商业秘密”的保护？

如果企业的商业信息在法律上都不能被认定为是“商业秘密”，也就谈不上用上述法律去保护它。因此，若想让商业信息能够成为上述法律中的“商业秘密”，需要符合法律对“商业秘密”的三性要求，即秘密性、价值型和保密性。

“保密性”是企业需要格外关注的方面。企业对商业信息采取保密措施应当合理，与信息的商业价值等具体情况相适应。比如，企业可以限定涉密信息的知悉范围，只对必须知悉的相关人员告知其内容；对于涉密信息载体采取加锁等防范措施；在涉密信息的载体上标有保密标志；对于涉密信息采用密码或者代码等；签订保密协议；对于涉密的机器、厂房、车间等场所限制来访者或者提出保密要求等。¹⁴

如果企业本身没有对商业信息采取合理的保密措施，一旦发生商业秘密侵权案件，就难以用法律维权。以唐山玉联实业有限公司、玉田县科联实业有限公司侵害商业秘密纠纷一案为例¹⁵，最高人民法院就对玉联公司采取的保密措施是否符合法律规定做出了分析，并逐一认定该公司采取的措施不构成反不正当竞争法上的保密措施，从而认定“其请求保护的技术信息和经营信息不构成反不正当竞争法第十条规定的商业秘密的保护要件”，“被诉侵权行为

¹¹ 《劳动合同法》第十七条和第二十三条。

¹² <https://www.coca-colacompany.com/content/dam/journey/us/en/private/fileassets/pdf/2011/12/History-of-the-Secret-Formula-Timeline.pdf>
<https://www.coca-cola.com.cn/content/dam/journey/cn/zh/private/reports/COCA-COLA%20125.pdf>
<https://www.coca-colacompany.com/press-center/press-releases/coca-cola-moves-its-secret-formula-to-the-world-of-coca-cola>

¹³ <http://www.sipo.gov.cn/docs/2019-05/20190505104033112595.pdf>

¹⁴ 《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》（法释〔2007〕第2号）第十一条。

¹⁵ 案号：（2017）最高法民申2964号 <http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=7837b934-6554-4676-9d83-a86300bf2a14&KeyWord=>

也不能认定为构成侵犯商业秘密行为”。具体如下：

本案中，玉联公司主张其通过制定《关于保密工作的几项规定》、《关于技术秘密管理的具体措施》等保密制度、《销售管理制度》及与于宝奎签订《劳动合同协议书》、《营销服务责任书》等方式对商业秘密采取了保密措施。本院认为，首先，《关于保密工作的几项规定》仅有四条，且内容仅原则性要求所有员工保守企业销售、经营、生产技术秘密，在厂期间和离厂二年内，不得利用所掌握的技术生产或为他人生产与本公司有竞争的产品和提供技术服务，上述规定无法让该规定针对的对象即所有员工工作知悉玉联公司作为商业秘密保护的信息范围即保密客体，仅此不属于切实可行的防止技术秘密泄露的措施，在现实中不能起到保密的效果。……

再次，《销售管理制度》、《营销服务责任书》采取的措施内容基本一致，即要求公司营销人员在职期间和离职三年之内不得利用原销售渠道销售公司同类产品。……由于该约定没有明确用人单位保密的主观愿望和作为商业秘密保护的信息的范围，因而不能构成反不正当竞争法第十条规定的保密措施。

最后，《劳动合同协议书》为劳动人事局等部门制定的格式合同，其第十一条第五项规定，乙方要保守甲方的技术经营机密，泄露甲方机密或利用厂技术机密与厂竞争者，甲方保留追究经济损失的权利。该规定同样不能认定为构成符合规定的保密措施。……

综上，虽然玉联公司主张其采取了一定的保密措施，但上述措施并不符合相关规定，因此，其请求保护的技术信息和经营信息不构成反不正当竞争法第十条规定的商业秘密的保护要件。

该案对企业如何制定合理的保密措施具有指导意义，不切实可行和不周全的措施并不会被认定为是符合法律规定的保密措施。

• 企业如何管理能接触到商业秘密的员工？

自家员工泄密，是企业商业秘密泄露的常见方式。对此，企业应当做好员工从入职到离职的全流程管理工作。

入职阶段，建议企业对员工进行背景调查，了解员工的离职原因、是否肩负竞业限制义务。如果应聘者试图用上家单位的商业秘密作为筹码入职，企业应当警惕，这种行为可能给企业遭致法律风险。即使企业与被聘用人在合同中约定不使用被聘用人掌握的他人商业秘密，也不当然成为企业的侵权免责事由。¹⁶

工作期间，建议企业对能够接触到商业秘密的员工开展保密培训，签订保密协议，提高员工保密意识；加强对存有保密信息的设备或房间的访问管理；监测员工对保密信息的访问或下载是否异常等，如一次性大量拷贝电脑中的文件等情况。

离职阶段，建议企业根据员工的情况确定是否和员工签署竞业限制协议、保密协议，要求员工返还保密文件、证件等。同时，企业还需关注员工的离职去向，以及员工离职之后，企业的竞争对手是否在短期内迅速提升了产品的性能或质量，或者产品的指数或参数发生变化。企业还需关注市场上是否出现了劣质、仿冒产品，是否出现了客户订单丢失等情况。这些都可能是企业商业秘密已被泄露的信号。及早发现泄露情况，才能及早制止泄露源头。

• 新法施行后，企业还需从哪些方面关注商业秘密保护？

结合本次修订可以发现，新法在获取商业秘密的不正当手段中增加了“电子侵入”这一

¹⁶ 《江苏省高级人民法院关于审理商业秘密案件有关问题的意见》（2004.02.03）第十五条 法人或其他组织与被聘用人在合同中约定不使用被聘用人掌握的他人商业秘密的，不能当然地成为法人或其他组织侵权免责事由。

种方式，这是在提醒企业警惕包括黑客在内的人员以“电子侵入”的方式获取企业的商业秘密。近些年，随着互联网应用的大爆发，国内外数据泄露事件也频频发生，这些数据既可能是企业的商业秘密，也可能同时涉及用户隐私、个人信息，一旦泄露，会造成非常严重的后果。因此，企业需格外关注以电子数据形式储存的商业秘密，确保数据存储的安全和公司网络的安全，做好防范措施，守护商业秘密。

作者介绍

蔡军祥 副主任/高级合伙人，昌言（上海）律师事务所

justincai@changyanfirm.com, www.changyanlawfirm.com

蔡军祥律师获得复旦大学和美国杜克大学法学硕士学位，具有超过 16 年的律师工作经验，曾长期供职于金杜、中伦、美国威嘉（Weil），元达（MWE）等国内外一流的律师事务所，为大量世界 500 强企业提供法律服务。蔡律师业务领域包括网络安全和数据合规、反商业贿赂（含 FCPA）、知识产权保护、跨境投资、成长性企业投融资、房地产并购等。

黄晴 律师（见习期），昌言（上海）律师事务所

黄晴律师毕业于香港中文大学和西南政法大学，分别获得法学硕士和法学学士学位，且在比利时根特大学有近半年交换学习经历。黄晴曾在招商银行担任两年法务，具有比较丰富的合规审查经验。

朱莹 实习生，同济大学上海国际知识产权学院研究生