

探析及展望市监总局商业秘密保护创新试点

作者：周楷人 | 刘时宇

国家市场监督管理总局于2022年3月7日发布了《全国商业秘密保护创新试点工作方案》(以下简称“《工作方案》”),提出将在2022年6月底公布15—20个商业秘密保护创新试点地区,7月全面启动试点工作,以完成对相关商业秘密保护方面的探索工作,包括商业秘密保护制度创新、健全商业秘密保护工作机制、加强商业秘密保护监管执法、健全商业秘密保护服务保障体系、对标高标准国际经贸规则及营造商业秘密保护良好氛围。本文将选取《工作方案》创新重点,明确该等创新所欲解决的实务难题,为企业解读创新试点后商业秘密保护环境及提出相应建议。

一. 商业秘密保护制度

在商业秘密保护制度方面,市监总局的《工作方案》主要从两个方面入手,一方面是外部的制度保护,出台商业秘密保护指引,以重点加强新产业新业态、知识和技术密集型企业、创新型企业 and 老字号企业的保护;另一方面,要求企业从自身合规制度入手,完善内部管理制度。

《工作方案》提出的商业秘密保护指引特别强调围绕知识密集型、技术密集型企业以及创新型企业展开,例如医药、材料、电子、汽车(及其零部件)等行业,在专利保护不足时亟需商业秘密保护作为研发、商业竞争的补充手段,这甚至关乎企业的生死存亡。“香兰素”技术秘密侵权案¹中,嘉兴中华化工公司曾凭借自身“香兰素”新工艺跃升为全球最大的香兰素制造商,而王龙公司非法获取并使用该“香兰素”的生产工艺,直接导致嘉兴中华化工公司全球市场份额从60%滑落到50%,给企业带来重创。在技术密集型产业中,商业秘密侵权给受害公司带来的影响巨大且对市场竞争秩序的

.....
如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@llinkslaw.com

¹(2020)最高法知民终1667号

冲击也尤为严重,因此这类产业也成为《工作方案》所关注的重点。另外,《工作方案》特别强调了“新产业、新业态”的商业秘密制度保护问题,这主要是针对实务中一些商业秘密保护难以落地、或存在保护争议的新业态所提出。例如,在人工智能及其他工商业生产经营活动中,算法由于可专利性和版权保护上尚存争议,其商业秘密保护最为切近。那么,如果严格按照商业秘密进行保护,那么如何解决“算法黑箱”的问题?如何平衡公共利益对算法公开的要求与算法开发者商业利益的保护之间的矛盾?这些都有待专门性的商业秘密保护指引予以解决。

对企业而言,《工作方案》在商业秘密保护制度方面的安排预示着未来具有可操作性的、不同行业的商业秘密保护指引将会陆续出台,尤其针对新兴产业及知识密集型产业,内容上可能会包括企业的保密措施的制度构建、员工合规意识培训、商业秘密证据保存、技术层面商业秘密保护等全方位的指导,企业内部合规部门的压力会适度减轻,能够更加科学高效的保护公司商业秘密资产。

二. 商业秘密保护的行刑民衔接及行政执法

《工作方案》在第二点“健全商业秘密保护工作机制”和第三点“加强商业秘密保护监管执法”部分提出两方面重要内容,一是将建立部门联动机制,即市监局与行业主管部门及司法部门的联动,促进行政、刑事、民事及行业保护的整合型商业秘密保护;二是加强执法力度,集中解决执法难、举证难、维权难等问题。

商业秘密侵权案件维权难一直是困扰企业的一大难题。商业秘密案件耗时长,专业度高,人员投入成本高,给审判及执法人员压力较大,导致整体商业秘密案例成案率低、总体案件量小,另外权利人举证难进一步导致诉讼难以为继,结案率低而撤诉率较高³。实务中,甚至有从1999年至2020年历经20余年才审结的商业秘密侵权案例⁴。为解决商业秘密维权的难点问题,2019年4月23日发布并生效的《反不正当竞争法》第三十二条要求权利人仅需初步证明其商业秘密已采取保密措施且合理表明其商业秘密被侵犯,即完成举证责任;而将“证明不存在侵权行为”进行举证责任倒置,由侵权人承担。2020年9月17日发布生效的《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》以及2021年3月1日生效的《刑法修正案(十一)》则进一步降低侵犯商业秘密罪的起刑点,由给权利人造成损失50万元降低为30万元,将“导致权利人破产、倒闭”等情节严重者也纳入犯罪评价。至此,行政、民事及刑事商业秘密保护均进行了一定程度的制度调整。

在制度调整的基础上,行政、民事及刑事保护衔接问题逐步得到重视。在商业秘密民事和刑事保护方面,2020年9月12日生效的《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第二十五条⁵也侧面确定了实务中普遍适用的“先刑后民”的商业秘密刑民交叉案件的审理模式。在行政与司法保护衔接方面,2020年8月7日生效的《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》则明确了知识产权领域违法案件,行政执法机关发现存在犯罪嫌疑的,有移送公安机关采取进一步措

² 李晓辉,算法商业秘密与算法正义[J].比较法研究,2021(03):105-121.

³ 商业秘密的保护,究竟有多难?知产力, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1673725738652617162&wfr=spider&for=pc>, 2022年3月19日访问

⁴(2013)陕刑二终字第00117号

⁵ 当事人以涉及同一被诉侵犯商业秘密行为的刑事案件尚未审结为由,请求中止审理侵犯商业秘密民事案件,人民法院在听取当事人意见后认为必须以该刑事案件的审理结果为依据的,应予支持。

施的义务。可以看出现阶段部门联动的制度已在逐步确立，未来《工作方案》的进一步实施将会更紧密连接市场监督管理部门与公检法机关的沟通，在同一案件证据共享，调查资源共享方面可能会有进一步合作，有望切实的减轻权利人收集侵权证据的举证压力。

对企业而言，面对商业秘密侵权，追究侵权方行政责任和民事责任是并行不悖的。商业秘密侵权行政责任主要发挥的是惩罚性功能，基于市场经济秩序的损害而惩治违法行为；而商业秘密民事责任则主要发挥的是补偿性功能，是基于权利人经济利益和竞争优势损失方面进行补偿。⁶另外，对于侵权方行政责任和刑事责任的追究，企业完全可以以行政手段作为刑事报案的补充，鉴于行政举报举证负担低且响应速度快，企业可以先向市场监督管理局等执法机关进行举报，并督促行政执法机关在调查到合理证据后，移送公安机关立案。

三. 商业秘密保护的服务保障体系

《工作方案》对商业秘密保护服务保障体系的建设集中在三个方面，包括政府服务、第三方服务供给和智库支撑，其中值得关注的创新设想包括政府服务的“商业秘密保护联络员制度”以及扩充第三方服务的职能，包括鉴定、风险管控等创新型商业秘密保障服务。

《工作方案》所提出的“商业秘密保护联络员制度”在个别省市已有尝试⁷。根据已有实践，商业秘密保护联络员一般为经营者指定专人作为与市场监督管理部门的专门联络员，主要工作职责包括政策宣导、商业秘密保护的技术和意识培训、定期交流汇报商业秘密隐患和难点、以及建立商业秘密保护工作档案。未来该政策如果进一步落地，联络员建立商业秘密保护工作档案可能会帮助企业在市场监督管理部门实现一些关键商业秘密的备案工作，在后续出现商业秘密侵权涉诉的情形下，企业有望直接使用之前在市场监督部门建立好的“商业秘密保护工作档案”作为证明商业秘密权属的证据，从而减轻举证责任。

此外，《工作方案》中明确第三方服务职能的扩充，在实务中已有诸多探索。例如，公证、鉴定机构建立商业秘密公证保护平台⁸，实现在线公证及数字化公证；探索商业秘密保护保险机制⁹，一旦被保险人商业秘密受侵犯，在受理或立案前的调查取证费用、损失评估费用、司法鉴定费用、侵权咨询费用等均可先由保险赔偿。

未来企业应当积极关注市场监督管理部门创设的便利条件，以及各类第三方服务机构在商业秘密保护上的有益探索，争取根据企业自身规模以及技术密集程度，最大限度利用好第三方服务机构和市场监督管理部门的便利机制，以降低企业商业秘密保护成本和提高维权效率。

⁶ 沈强.论商业秘密民事救济与行政救济的定位与衔接[J].世界贸易组织动态与研究,2011,18(02):31-37.

⁷ 2021年12月24日发布的《关于印发山东省商业秘密保护示范基地建设指南(试行)的通知》；2020年9月18日发布的《建宁县市场监督管理局关于建立商业秘密保护联络员制度的通知》；2020年6月11日发布的《明溪县市场监督管理局关于加强商业秘密保护工作的通知》等

⁸ 全国商业秘密保护创新试点工作启动 江苏南京的“七个一”亮了, https://www.cqn.com.cn/zj/content/2022-02/16/content_8785182.htm, 2022年3月21日访问

⁹ 全国商业秘密保护创新试点工作部署会议推广“宁波做法”, http://news.sohu.com/a/521871785_362042, 2022年3月21日访问

四. 国际经贸规则的对标

《工作方案》在第五点中明确提出了商业秘密保护要与国际经贸规则相衔接,并加强涉外维权援助保障。这一点是与中美博弈、新经贸协定的出现所一脉相承的。2018年年初美国对中国采取“301”贸易行动,并发布《基于1974年贸易法301条款对中国关于技术转移、知识产权和创新的相关法律、政策和时间的调查结果》,以此作为美国贸易战的基础。此后双方经过多轮谈判,最终于2020年签署《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》(以下简称“中美经贸协议”)¹⁰,其中就对商业秘密保护中的“电子入侵”、“取消将实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求”进行确定,这也导致了后来《刑法修正案(十一)》第219条侵犯商业秘密罪一方面增加了“电子入侵”的犯罪行为模式,另一方面删去了“重大损失”、“特别严重后果”,而改为“情节严重”和“情节特别严重”。《工作方案》也将进一步延续中美经贸协议中对商业秘密的“强保护”,逐步落地对商业秘密行政保护的加强。

除中美经贸协议对商业秘密保护的要求,提高商业秘密保护标准更为迫切的是中国加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称“CPTPP”)的需要。CPTPP于2018年底正式生效,以建立新型国际贸易规则为目标,其市场开发标准也较WTO更高,未来不排除其取代WTO重塑世界经济贸易秩序的可能性。¹¹因此,我国于2021年9月16日即提出加入CPTPP的书面申请。而在商业秘密保护方面,CPTPP也涉及了“域外管辖”、“刑事责任”等方面的制度约束,这些都需要我国在制度层面实现与该等标准的契合。《工作方案》第五点也是为了与此相适应。

从企业的角度出发,我们可以看出未来商业秘密的保护趋势是逐渐加强的,对商业秘密侵权的打击力度必然也会逐步提高,这是我国进一步开放经济贸易市场所要求的。因此,对于广大中小型民营企业来说,建设商业秘密保护的合规体系、树立商业秘密保护意识及警惕“被动”获取他人商业秘密至关重要,尤其要加强员工培训,切实提高负有保密义务的个人保密意识及合规观念,防止员工披露公司商业秘密或将第三方商业秘密未经许可在本公司岗位中使用。

五. 总结

《工作方案》从多方面研究、指导了商业秘密保护创新试点的工作方向,为市场中商业秘密的保护释放积极信号。总体而言,后续值得关注的各地商业秘密保护创新试点将包括以下几方面:一是各行业、不同种类商业秘密保护合规指引可能会有针对性的出台;二是商业秘密保护的行政执法、民事与刑事保护的便利程度应当会有进一步提高,行政、民事和刑事的处罚及赔偿力度在总体水平上应当也会有所提升;三是各类创新型商业秘密保护服务机构可能会涌现,以辅助诉讼顺利进行;四是从总体上把握商业秘密保护的强化趋势,企业应当首先自上而下地确立商业秘密保护的合规意识。企业可以围绕上述方面有重点的关注未来商业秘密保护创新试点的发展动向,以寻求最适合自身发展的商业秘密保护模式。

¹⁰ 商务部, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/202001/20200102930845.shtml>

¹¹ 管育鹰. CPTPP 知识产权条款及我国法律制度的应对[J]. 法学杂志, 2022(02)95-108.

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



周楷人
+86 21 6043 5866
bill.zhou@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 本篇文章首次发表于 LexisNexis 《中国法律透视》电子版 2022 年 3 月刊(总第 169 期)