

简析市场监管总局《商业秘密保护规定(征求意见稿)》

作者：辜鸿鹄 | 沈保言

为深入贯彻落实十九届四中全会关于“加强企业商业秘密保护”的决策，加强企业商业秘密保护，有效制止侵犯商业秘密不正当竞争行为，优化营商环境，维护公平竞争的市场秩序，国家市场监督管理总局(以下简称“**市场监管总局**”)组织开展了对原国家工商行政管理总局于 1995 年发布的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》(以下简称“《**若干规定**》”)的修订。2020 年 9 月 4 日，市场监管总局正式公布《商业秘密保护规定(征求意见稿)》(以下简称“《**征求意见稿**》”)，向社会公开征求意见至 2020 年 10 月 18 日¹。《征求意见稿》相较之前的《若干规定》，对商业秘密的相关内容规定更为全面细致，更加有利于权利人维权。本文将通过对比新旧规章的修订变化，对《征求意见稿》内容进行简要分析，指导企业更好地理解商业秘密保护新规动态。

一. 修订概述

原国家工商行政管理总局《若干规定》于 1995 年 11 月发布，并于 1998 年 12 月修订，共 12 条，作为《反不正当竞争法》的下位行政规章已有逾 20 年未曾修订，显然已不能适应当前的商业秘密保护实践和 2019 年修订后的《反不正当竞争法》。因此，以更加完善的行政规章替代《若干规定》势在必行。

本次公布的《征求意见稿》在体例上共六章 39 条，相较于旧规章，《征求意见稿》在新修订的《反不正当竞争法》基础上，对商业秘密概念的界定、侵犯商业秘密的行为方式、涉嫌侵犯商业秘密行为的查处及法律责任等重点方面进行细化与明确。有关修订在通过立法与司法手段强化商业秘密保护的基础上，进一步在行政执法方面优化各级市场监督管理部门对于侵犯商业秘密行为的监管能力和执法水平。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

¹ 参见国家市场监督管理总局《关于<商业秘密保护规定(征求意见稿)>公开征求意见的公告》，
http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202009/t20200904_321386.html。

二. 完善商业秘密概念界定

《反不正当竞争法》第九条第四款将商业秘密定义为“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”。《若干规定》第二条此前明确了“不为公众所知悉”、“采取保密措施”、“技术信息、经营信息”以及“权利人”等概念的涵义。《征求意见稿》在上述法律法规基础上通过第五条至第十一条对“技术信息、经营信息、商业信息”、“不为公众所知悉”、“商业价值”、“采取相应保密措施”、“权利人”、“侵权人”、“权利归属”等概念作出了进一步解释，具体调整变化见下表：

	《若干规定》	《征求意见稿》
不为公众所知悉	该信息是不能从公开渠道直接获取的	该信息 不为其所属领域的相关人员普遍知悉或者不能从公开渠道容易获得 (第六条第一款); 同时进一步明确了 五种不构成不为公众所知悉的情形 (第六条第二款)及 可以推定构成不为公众所知悉的情形 (第六条第三款)
具有商业价值	该信息具有确定的可应用性, 能为权利人带来现实的或者潜在的经济利益或者竞争优势 (注: 此处为对修订前《反不正当竞争法》规定的“能为权利人带来经济利益、具有实用性”的定义)	该信息 因其秘密性而具有现实的或者潜在的商业价值, 能为权利人带来商业利益或竞争优势 (第七条第一款); 同时进一步明确了 可以认定为能为权利人带来商业利益或竞争优势的五种情形 (第七条第二款)
采取相应保密措施	订立保密协议, 建立保密制度及采取其他合理的保密措施	权利人为防止信息泄露所采取的与商业秘密的商业价值、独立获取难度等因素相适应、合理且具有针对性的保密措施 (第八条第一款); 同时进一步明确了 多个权利人共有商业秘密的保密措施 (第八条第二款)以及 可以认定为权利人采取相应保密措施的九种情形 (第八条第三款)
技术信息	包括设计、程序、产品配方、制作工艺、制作方法、管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略、招投标中的标底及标书内容等信息	利用科学技术知识、信息和经验获得的技术方案 , 包括但不限于设计、程序、公式、产品配方、制作工艺、制作方法、研发记录、实验数据、技术诀窍、技术图纸、编程规范、计算机软件源代码和有关文档等信息(第五条第二款)
经营信息		与权利人经营活动有关的各类信息 , 包括但不限于管理诀窍、客户名单、员工信息、货源情报、产销策略、财务数据、库存数据、战略规划、采购价格、利润模式、招投标中的标底及标书内容等信息(第五条第三款)
商业信息		与商业活动有关的 , 包括但不限于技术信息、

		经营信息的任何类型和形式的信息(第五条第四款)
权利人	依法对商业秘密享有所有权或者使用权的公民、法人或者其它组织	依法对商业秘密享有所有权或者使用权的自然人、法人或者非法人组织(第九条)
侵权人	未作界定	违反本规定获取、披露、使用商业秘密的自然人、法人或者非法人组织(第十一条)
权利归属	未作界定	自然人为完成法人或者非法人组织工作任务所研究或开发的商业秘密,归法人或者非法人组织所有,但当事人另有约定的,从其约定。自然人在法人或者非法人组织工作任务以外所研究或开发的商业秘密,归该自然人所有。但其商业秘密系利用法人或者非法人组织的物质技术条件或经验的,法人或者非法人组织有权在支付合理报酬后,于其业务范围内使用该商业秘密(第十条第一款) 同时进一步明确了受委托所研究或开发的商业秘密的归属(第十条第二款)和两人以上合作共同研究或开发的商业秘密的归属(第十条第三款)

通过对比上述条款修订变化,我们注意到《征求意见稿》对《反不正当竞争法》所确定的三个商业秘密核心构成要件“不为公众所知悉”“商业价值”及“采取相应保密措施”都作出了十分明确的细化界定,该等界定方式也充分反映了当前司法实践中司法机关在认定商业秘密过程中的考察重点。

同时,与《若干规定》将技术信息、经营信息作为整体予以列举和此前最高人民法院公布的《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解释(征求意见稿)》仅分别对技术信息和经营信息作出细化相比,《征求意见稿》在分别细化列举技术信息和经营信息范围的同时,还进一步明确了更为广泛的“商业信息”认定范围(即“与商业活动有关的,包括但不限于技术信息、经营信息的任何类型和形式的信息”),如该等界定方式最终在正式公布的规章中得到保留,有利于降低商业秘密的认定门槛。

此外,《征求意见稿》还在明确权利人、侵权人概念的基础上,首次对于不同情形下研究或开发的商业秘密权利归属问题作出界定。其中,对于员工在工作任务以外利用公司物质技术条件或经验所开发的商业秘密,根据《征求意见稿》第十条第一款规定,其权利归属于员工,但公司有权在支付合理报酬后于其业务范围内使用该商业秘密。这与过往司法实践中主要参照适用的《合同法》与《专利法》对此类技术秘密作出的权利归属规定有所不同。

根据《合同法》与《专利法》规定,员工在工作任务以外利用公司物质技术条件或经验所开发的技术成果(技术秘密)属于职务技术成果,用人单位享有专利申请权(但应对完成该项职务技术成果的员工给予奖励或者报酬);对于该等职务技术成果的权利归属,则可通过协议约定。

《征求意见稿》作出的上述权利归属界定方式，体现出规章修订对于开发商业秘密的研发者的权利保护倾向。然而，由于《征求意见稿》作为行政规章在效力层级上低于《合同法》(2021年1月1日将随《民法典》的施行同时废止)与《专利法》，如该条款最终在生效规章中得到保留，如何认定法规竞合部分的技术秘密(尤其是已通过协议确定权利归属的保密职务技术成果)的权利归属，仍有待进一步观察。

三. 细化侵犯商业秘密行为方式

《征求意见稿》对《若干规定》第三条和《反不正当竞争法》第九条规定的侵犯商业秘密行为方式进行了有效细化，在诸多方面通过开创性的解释补充了现有法律规范中的空白，有利于增强法律法规在认定侵犯商业秘密行为方面的可适用性，并为企业有效加强商业秘密保护、预防商业秘密侵权风险提供了参考标准。

首先是对《反不正当竞争法》第九条第一款第一项关于“以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入等方式非法获取商业秘密的具体情形”予以细化，包括但不限于：

- (一) 派出商业间谍盗窃权利人或持有人的商业秘密；
- (二) 通过提供财务、有形利益或无形利益、高薪聘请、人身威胁、设计陷阱等方式引诱、骗取、胁迫权利人的员工或他人为其获取商业秘密；
- (三) 未经授权或超出授权范围进入权利人的电子信息系统获取商业秘密或者植入电脑病毒破坏其商业秘密的，其中，电子信息系统是指所有存储权利人商业秘密的电子载体，包括数字化办公系统、服务器、邮箱、云盘、应用账户等；
- (四) 擅自接触、占有或复制由权利人控制下的，包含商业秘密或者能从中推导出商业秘密的文件、物品、材料、原料或电子数据，以获取权利人的商业秘密；
- (五) 采取其他违反诚信原则或者商业道德的不正当手段获取权利人商业秘密的行为。

其次是对《反不正当竞争法》第九条第一款第二项规定的“披露(商业秘密)”“使用(商业秘密)”等概念予以明确。根据《征求意见稿》的定义，“披露”是指将权利人的商业秘密公开，足以破坏权利人的竞争优势或损害其经济利益的行为。“使用”是指将权利人的商业秘密应用于产品设计、产品制造、市场营销及其改进工作、研究分析等。

再次是对《反不正当竞争法》第九条第一款第三项规定的“保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密要求”予以有效界定。根据《征求意见稿》解释，前述“保密义务”或者“权利人有关保守商业秘密的要求”包括但不限于：

- (一) 通过书面或口头的明示合同或默示合同等在劳动合同、保密协议、合作协议等中与权利人订立的关于保守商业秘密的约定；
- (二) 权利人单方对知悉商业秘密的持有人提出的要求，包括但不限于对通过合同关系知悉该商业秘密的相对方提出的保密要求，或者对通过参与研发、生产、检验等知悉商业秘密的持有人提出的保密要求；
- (三) 在没有签订保密协议、劳动合同、合作协议等情况下，权利人通过其他规章制度或合理的保密措施对员工、前员工、合作方等提出的其他保守商业秘密的要求。

最后是对“客户名单作为商业秘密保护的情形”予以明确。《征求意见稿》规定，权利人经过商业成本的付出，形成了在一定期间内相对固定的且具有独特交易习惯等内容的客户名单，可以获得商业秘密保护，并将前述客户名单定义为“客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公知信息的特殊客户信息，包括汇集众多客户的客户名册，以及保持长期稳定交易关系的特定客户”。同时，《征求意见稿》也对涉及客户流转但不构成侵犯商业秘密行为的情形予以明确：如客户基于对职工个人的信赖而与职工所在单位进行市场交易，该职工离职后，能够证明客户自愿选择与自己或者其新单位进行市场交易的，则应当认定没有采用不正当手段，不构成侵权。

此外，《征求意见稿》还对“限制性使用商业秘密”、“教唆、引诱、帮助等方式侵犯他人商业秘密的情形”、“第三人构成侵犯商业秘密的情形”、“反向工程等不构成侵犯商业秘密的情形”予以针对性明确。

四. 明确侵犯商业秘密监管执法内容

《反不正当竞争法》第四条和《若干规定》第四条均规定由县级以上市场监督管理部门认定处理侵犯商业秘密行为(不正当竞争行为)，后者还规定了权利人向市场监督管理部门申请查处侵权行为和市场监督管理部门受理、调查、处罚过程中的有关事项。然而，虽然上述法律法规赋予市场监督管理部门查处侵犯商业秘密行为的执法权，但在长期以来的实践中，商业秘密权利人较难通过行政执法方式实现有效的权利救济。

《征求意见稿》在原规定关于执法机关、行政调解等内容规定的基础上，增加了对权利人举报商业秘密侵权行为提交材料的要求、委托鉴定、证据认定等内容，其中以下内容值得关注。

首先，《征求意见稿》第二十一条以清单的方式对权利人在向市场监督管理部门举报侵权行为时应当提供的证据材料予以明确(包括认定商业秘密符合法定条件的材料和合理表明其商业秘密被侵犯的初步证据形式)，能够指导企业更加及时、有效的完成申请。

其中，认定商业秘密符合法定条件的材料，包括但不限于下列情形：

- (一) 商业秘密的研发过程和完成时间；
- (二) 商业秘密的载体和表现形式、具体内容等不为公众所知悉；
- (三) 商业秘密具有的商业价值；
- (四) 对该项商业秘密所采取的保密措施。

同时，权利人提交以下材料之一的，视为其已提供初步证据合理表明其商业秘密被侵犯：

- (一) 有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且涉嫌侵权人使用的信息与权利人的商业秘密实质上相同；
- (二) 有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且保密设施被涉嫌侵权人以不正当手段破坏；

- (三) 有证据表明商业秘密已被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险;
- (四) 权利人提交了与该案相关的民事诉讼、刑事诉讼或其他法定程序中所形成的陈述、供述、鉴定意见、评估报告等证据,用于合理表明其商业秘密被侵犯;
- (五) 有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。

其次,《征求意见稿》第二十二條明确了在侵犯商业秘密案件中引入鉴定或专家意见的有关情形,权利人和涉嫌侵权人可以委托有法定资质的鉴定机构或有专门知识的人对权利人的信息是否为公众所知悉、涉嫌侵权人所使用的信息与权利人的信息是否实质相同等专门性事项进行鉴定或提出意见,并由市场监督管理部门经审查作出是否采纳有关鉴定结论和专家意见的决定,保障了行政执法的客观性与专业性。

再次,《征求意见稿》第二十三條至第二十五條明确了市场监管部门对双方当事人提供的证据材料的认定和采信规则以及对涉及侵犯商业秘密的证据进行保全的具体情形。其中,《征求意见稿》第二十四條第二款强调,“权利人能证明涉嫌侵权人所使用的信息与自己主张的商业秘密实质上相同,同时能证明涉嫌侵权人有获取其商业秘密的条件,而涉嫌侵权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,市场监督管理部门可以根据有关证据,认定涉嫌侵权人存在侵权行为”,这也在行政执法层面上延续了此前有关司法解释征求意见稿中确立的证据认定规则,有利于降低权利人举证门槛。

最后,《征求意见稿》完善了侵犯商业秘密行政执法案件中有关案件中止、司法移送、责令停止侵权等程序性内容。在查处商业秘密侵权案件过程中,权利人同时向人民法院提起商业秘密侵权诉讼的,市场监督管理部门可以中止案件的查处;侵犯商业秘密行为涉嫌犯罪的,应当依法移送司法机关,同时市场监督管理部门应当中止案件的查处。在上述中止原因消除后,应当恢复或者终结案件查处程序。此外,《征求意见稿》第二十八條还规定市场监管部门可以根据权利人的请求责令涉嫌侵权人停止侵权。

五. 强化侵犯商业秘密法律责任

在法律责任部分,《征求意见稿》在保留《若干规定》关于侵权产品处理、国家机关及其工作人员保守商业秘密的要求等内容基础上,增加了对“情节严重”的认定、违法所得及造成权利人损害的計算等内容。

根据《反不正当竞争法》第二十一條规定,侵权人侵犯商业秘密的,由监管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。《征求意见稿》第三十一條特别明确前述“情节严重”的情形包括:

- (一) 因侵害商业秘密造成权利人损失超过五十万元的;
- (二) 因侵害商业秘密获利超过五十万元的;
- (三) 造成权利人破产的;
- (四) 拒不赔偿权利人的损失的;

- (五) 电子侵入方式造成权利人办公系统网络和电脑数据被严重损坏的;
- (六) 造成国家、社会重大经济损失, 或具有恶劣社会影响的;
- (七) 其他情节严重的行为。

同时, 对于侵犯商业秘密案件中难以核算和认定权利人损害及违法所得的难点, 《征求意见稿》也予以针对性完善。《征求意见稿》第三十四条指出, 违法所得是指以侵权人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入扣除侵权人直接用于经营活动的适当的合理支出; 市场监管部门可以综合参考商业秘密侵权人的会计账簿、生产记录、销售记录、转让协议等资料, 计算违法所得的数额。

《征求意见稿》在延续现有法律法规和司法解释在认定权利人损害数额时确立的“按照侵权人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”规则基础上, 明确在计算“权利人因被侵权所受到的实际损失”与“侵权人因侵权所获得的利益”时可以参照下列计算方法:

- (一) 权利人的产品因侵权所造成销售量减少的总数乘以每件产品的合理利润所得之积;
- (二) 权利人销售量减少的总数难以确定的, 侵权产品在市场上销售的总数乘以每件产品的合理利润所得之积;
- (三) 按照通常情形权利人可得的预期利润, 减去被侵害后使用同一信息的产品所得利益之差额;
- (四) 商业秘密许可他人使用的价款;
- (五) 根据商业秘密研究开发成本、实施的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素确定商业秘密的价值, 并以该价值的一定比例确定“权利人因被侵权所受到的实际损失”或者“侵权人因侵权所获得的利益”。

六. 结语

通过对比分析《征求意见稿》在条款内容上相较于原有规章的变化, 笔者认为, 如《征求意见稿》所明确的涉商业秘密概念界定方式、侵犯商业秘密行为认定规则 and 法律责任认定规则能够在最终公布生效的规章中得到保留, 有利于权利人降低维权成本、精确主张损害赔偿、实现有效的权利救济。

同时, 如《征求意见稿》所完善的市场监管部门执法监管程序最终在实践中能够得到有效执行, 也将在现有立法、司法保护体系之外, 进一步完善侵犯商业秘密案件中的行政执法救济途径。行政监管处罚力度的强化也将促使企业强化生产经营过程中的商业秘密保护合规意识, 有利于营造公平竞争的市场环境。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



辜鸿鹄
+86 21 3135 8722
patrick.gu@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 16/19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

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

香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
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。

© 通力律师事务所 2020