

注意中美第一阶段经贸协议文本中的两个法律问题

作者：杨迅 | 吴晓雨

中美贸易摩擦实际是以知识产权为核心的科技实力之争。未来，在日益激烈的知识产权的竞争中，中国企业如何做好风险防范？

美东时间 2020 年 1 月 15 日，中美双方在美国华盛顿签署《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“《协议》”)。《协议》第一章着重规定了我国提升“知识产权”保护的各方面要求，其中又以提升商业秘密保护水平为重中之重，尤其是《协议》提出商业秘密纠纷举证责任转移以及降低启动刑事执法门槛的两项要求，中国企业需要对此给予重视。

《协议》部分要求已在 2019 年修订的《反不正当竞争法》中得以体现。全国人大常委会今年公布的《刑法修正案(十一)(草案)》(以下简称“《刑修十一草案》”)就侵犯商业秘密罪所作的修订亦反映了《协议》的要求。此外，最高人民法院近日发布的《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)》(以下简称“《商业秘密司法解释征求意见稿》”)等五部司法解释的征求意见稿，旨在进一步落实《协议》安排，按照我国自主的节奏和方式加强对商业秘密的保护。一俟《协议》全面落地，一方面对研发为主导的企业，尤其是中小型高科技企业是利好消息；另一方面，也对我国企业商业秘密制度建设和风险防范提出更高要求。

商业秘密中两大法律问题须警惕

由于商业秘密的非公示性，相比于其他知识产权权利，商业秘密认定难、举证难、赔偿难的问题更为突出。因此，《协议》在第一章详细阐明了有关“商业秘密和保密商务信息”的保护要求，试图从制度设计上解决该些问题，具体包括：扩大商业秘密责任人范围和侵犯商业秘密行为的范围，明确民事程序中的举证责任转移，增加适用临时措施的情形，保护商业秘密和保密商务信

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

息免于政府机构未经授权的披露和加大侵犯商业秘密行为的处罚力度等。而其中，举证责任转移和降低成立侵犯商业秘密罪的立案标准为最重要的制度突破。

一是，“举证责任转移”勿轻视。

根据传统的“谁主张，谁举证”的举证规则，在商业秘密侵权诉讼程序中，权利人应当举证证明(1)其信息符合秘密性、商业价值和保密措施三项条件，(2)被控侵权人的信息与其商业秘密相同或者实质相同，以及(3)被控侵权人采取了不正当的侵权手段。权利人举证负担重，维权难度高。

从整体数据上看，根据 2019 年北京高院知识产权庭课题组所作的商业秘密司法审判调研报告，在以判决方式审结的案件中，原告主张的商业秘密未获得司法保护的案件数量占比为 65%，明显大于原告主张获得支持的案件数量。以杭州彼爱琪电器与金华市金磐开发区奥凯电器厂、李慢来等侵犯商业秘密纠纷案为例，在该案中，虽然原告主张商业秘密保护的二次绕组线径规格难以直接通过观察得出，但二审法院认为，产品的塑料外壳与铁芯及漆包金属线相对独立，拆卸外壳能够完全清楚地展现产品的内部物理结构，亦不会对漆包金属线的直径尺寸造成影响，因此进入市场后相关公众可通过对产品的拆卸、观察、测量和分析等常规手段即可获得该线径的尺寸规格。法院最终认定所主张信息已经为公众所知悉，并驳回原告诉讼请求。

为克服上述困难，《协议》第 1.5 条规定(1)证明商业秘密存在和(2)证明商业秘密侵权两部分的举证责任转移。

就证明商业秘密存在而言，《协议》要求：权利人只需提供初步证据证明其对主张保护的商业信息已经采取了相应保密措施，包括签署保密协议、增加“保密”标识、限制载体接触、增设访问信息密钥等，举证责任则向被告转移。此种安排之下，权利人将不受制于消极状态的举证困难，转而举证积极的“保密措施”，有利于解决证明“密点”存在的痛点。我国 2019 年修订的《反不正当竞争法》第三十二条已经对此作出类似规定。值得注意的是，从法律规定和司法实践看，原告举证的保密措施应与商业秘密的商业价值、重要程度等相适应，且原告证明商业秘密内容的义务未被免除。

譬如，在北京中广上洋科技与成都索贝数码科技等不正当竞争纠纷案中，法院明确，当事人证明其所主张的商业秘密符合现行《反不正当竞争法》规定法定条件应提供商业秘密的载体、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方面的证据。虽然中广上洋公司提出公司章程中已经列举了保密条款以证明其对主张的商业秘密采取了保密措施，但一审法院认为，仅提供此项证据尚不充分，并且原告未提供其所主张商业秘密的具体载体，无法看出其所主张各项商业秘密的具体内容，因此对原告侵害商业秘密的主张不予支持。

就证明侵犯权利人商业秘密而言，《协议》要求权利人只需提供初步证据证明：(1)被控侵权人有渠道或机会获取商业秘密且其使用信息与商业秘密实质相同，或(2)商业秘密已经被被控侵权人披露或使用或者有披露或使用的风险，或(3)其他能够证明商业秘密遭到被控侵权人侵犯的证据，举证责任亦向被告转移。中

国《反不正当竞争法》对此亦有规定，并在司法实践中有所适用。比如在北京洪威先创科技与孙娟等侵害经营秘密纠纷案中，法院依据原告所主张的客户名单的内容以及原告所采取的保密措施，在被告未能证明客户名单“为公众普遍知悉和容易获得”的情形下，认定客户名单构成商业秘密；并在原告提供证据证明作为原告前员工的被告曾接触过客户名单，且多次与客户名单记载客户交易后，将举证责任转移至被告，并且在被告未能就其行为作出合理解释及举证后，认定其行为构成侵犯原告商业秘密。

此外，《商业秘密纠纷司法解释意见稿》亦对商业秘密纠纷中举证责任转移制度作出配套细化规定，为法院在司法实践中解释法条提供指引。

二是，“降低刑事执法门槛”要有预案。

我国现行《刑法》第二百一十九条规定，成立侵犯商业秘密罪以“给商业秘密的权利人造成重大损失”为前提，进一步地，最高人民检察院、公安部在《最高人民检察院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(以下简称“《立案追诉标准二》”)第七十三条明确了侵犯商业秘密罪的立案追诉的标准包括权利人损失五十万元以上，嫌疑人违法所得五十万元以上，行为致使权利人破产等，均从行为结果的角度设置了“重大损失”的刑事执法门槛，且对于权利人而言举证难度很高。一方面，商业秘密属于无形资产，价值评估具有较强的不确定性；另一方面，从知识产权司法实践经验不难知悉，无论是损失抑或是获利，举证难度都相当高。以上诉人李某某侵犯商业秘密罪二审案为例，在该案中，二审法院明确，行为是否造成严重侵害后果是侵犯商业秘密罪的构成要件之一，由于《司法会计鉴定报告书》以李某某负责的整个鞋帽部的交易额来计算平均利润率，鉴定对象不当，认定造成损失的依据不足，因此法院改判被告人无罪。“重大损失”的举证难问题潜在地导致了实践中商业秘密刑事案件立案率低、成案率低的问题，诸多权利人由于无法证明已经达到立案标准或犯罪构成要件，进而无法通过刑事手段保护其商业秘密。

此种背景下，《协议》第 1.7 条要求取消将权利人实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查的前提。具体而言，作为过渡措施，中国需澄清前述“重大损失”可以由补救成本充分证明。而在后续，中国应在可适用的所有措施中取消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。

中国对《协议》要求作出回应。从立法变化看，中国似乎拟直接落实《协议》要求的后续措施，即取消“实际损失”作为启动刑事执法的门槛。今年 7 月，全国人大常委会对《刑修十一草案》进行了审议。该草案第十四条明确，将现行《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，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金……”删除了现行《刑法》中“重大损失”的要求，而转为使用更为宽泛的“情节严重”的措辞，强调行为情节的性质，而非行为结果的严重程度。

但值得注意的是，从司法解释的变化看，目前践行的思路是先落实过渡措施。今年 7 月，最高检、公安部在《关于修改〈最高人民检察院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)〉侵犯商业秘密案立案追诉标准的补充规定(征求意见稿)》(以下简称“《立案追诉标准征求意见稿》”)中对《立案追诉标准二》进行修改，对“重大损失”的情形作出了细化，并且明确了损失数额和违法所得额的认定方式。其中，尤其需要注意的是，《立案追诉标准征求意见稿》最后规定，“商业秘密的权利人为减轻侵犯商业秘

密行为直接造成的商业损失或者重新恢复计算机信息系统安全等保密措施所支出的必要补救费用，应当一并计入商业秘密权利人的损失数额”，响应了《协议》1.7条第二款所载“采取过渡措施”的要求。可以看出《立案追诉标准征求意见稿》仍是通过解释“重大损失”的情形进而阐释侵犯商业秘密罪的立案标准，未能实现与《刑修十一草案》的合理衔接。我们合理相信，如果《刑修十一草案》以目前文本通过，那么《立案追诉标准征求意见稿》将很可能作进一步修改，以与“情节严重”保持对应。

中企如何应对两大法律问题？

为更好地应对商业秘密之“争”，我们建议：

首先，建立健全企业商业秘密保护制度，包括：

其一，对商业秘密采取保护措施，对商业秘密侵权风险采取防范措施。就商业秘密保护而言，签署保密协议或约定保密义务，通过章程、规章制度、内部培训等方式提出保密要求，以标记、分类、隔离、封存等方式对商业秘密及其载体进行区分和管理，对能够接触、获取商业秘密的设备、软件等采取禁止或限制措施，加强对离职员工的管理。就商业秘密风险防范而言，对入职员工开展背景审查，对研发和生产过程中的信息交换进行管理，避免员工自觉或不自觉地将第三方商业秘密带到本单位的生产活动中。

值得注意的是，如前所述，企业需更多地关注保密措施与商业秘密之间的“相应”性，而并不是只要提出保密要求就满足了采取保密措施的义务。以东莞利安达环境科技与盛龙弓旻侵害商业秘密纠纷案为例，在该案中，虽然原告与雇员签署了《劳动合同》并约定保密义务，且亦在公司公告栏上发布《员工守则》《中层以上管理人员纪律约定的规定》等内容制度，提及商业秘密保护内容，但法院认为，由于原告没有对报价单作具体保密措施，因此该报价单不能认定为商业秘密。类似地，在济南东方管道与李家庭、刘兴新等侵害商业秘密纠纷案中，原告虽然在《企业管理制度》和《劳动合同》中均提出了“保护公司商业秘密”的要求，但法院认为，由于原告仅提出要求，但对商业秘密的具体内容、范围、保管措施等并未明确规定，因此不能证明其对于客户之间的销售合同、发票采取了合理的保密管理措施，进而无法受到保护。

其二，加强员工培训，强化员工保护商业秘密的意识。一方面，告知员工保护商业秘密的具体行为准则，使员工行为有“法”可依；另一方面，增强员工风险识别意识，在其难以界定的情况下，应及时向公司法务等部门汇报或向外部律师咨询，并留存证据。此外，无论发布企业制度，或是开展员工培训等，企业都应要求员工签字，或者采取其他方式确保员工认可其已经知悉相应制度规则，以免企业在发生争议时陷入举证困难。

最后，注重留存证据。对于企业，尤其是通过反向工程、或者与其他企业技术人员的沟通交流发展技术的企业，保留证据证明其行为合法性在民事诉讼抑或刑事诉讼中均相当关键。具体而言，企业有必要保留完整证据证明企业采购、拆解、研发、再现、生产的全过程，企业与其他技术人员的沟通场景、时间、内容等，尤其需要注意留存证据证明沟通并不涉及商业秘密信息本身。另外，若企业之间存在协议关系的，采取反向工程的企业还需要关注并留存证据证明其不负有禁止反向工程的义务。

譬如，在昆山山田与宁波万代等侵害技术秘密纠纷案中，虽然被控侵权人提出其系在对原告的产品进行维修和翻新的过程中通过反向工程方式获得技术秘密的抗辩主张，但法院认为，反向工程的实施人不能是对商业秘密负有保密义务的人，且被告未亦不能就拆卸、测绘、分析等过程进行充分举证并且作出合理说明，因此最终法院对其抗辩不予采信并认定商业秘密侵权成立。

类似地，在伊特克斯、郭某某、杜开宁侵犯商业秘密案中，被告人在庭审中大量陈述了其个人学习研究和向他人请教龋气灯生产线技术的过程，其辩护人也提供了 10 多份证人证言以证明郭某某曾经向他们请教，但被告人提供的教科书、论文中仅有相关原理，法院认为，原理应用于产品的研发、生产需要进行大量的研究和反复试验等，不同的人研发则可能会产生不同的结果，而公开的资料中并无产品尺寸等具体信息。因此被告人不能证明其从这些公开的资料中获取了与权利人相同的技术信息，并最终认定被告人犯侵犯商业秘密罪。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



杨 迅
+86 21 3135 8799
xun.yang@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。

© 本篇文章首次发表于《中国经济评论》