

中华全国律师协会知识产权专业委员会

2023 年联合业务交流会 商业秘密分会场

业务综述

2023 年 10 月 21 日下午及 22 日上午，由中华全国律师协会知识产权专业委员会（以下简称“全国律协知产委”）主办，广东省律协、广州市律协及深圳市律协的十四个专业委员会协办的“高质量发展与知识产权法律服务创新”专题的 2023 年联合业务交流会成功举办。交流会分主会场及五个分会场。

其中商业秘密分会场由深圳律协商业秘密委主任车小燕律师主持，分享嘉宾及分享题目依次是：全国律协知产委委员蒋海军律师分享了《商业秘密案件被告举证中销售公开和反向工程的思考》；深圳律协商业秘密委委员高景贺律师分享了《侵害商业秘密纠纷中“使用”行为的认定》；上海市律师协会知产委副主任刘民选分享了《技术类商业秘密刑事案件中的密点、贡献率和鉴定问题》；联合信任时间戳服务中心董事长张昌利分享了《商业秘密保护中的电子证据解决之道》；上海市律协知产委主任刘峰律师分享《企业数字化转型中的商业秘密保护新问题》；深圳律协商业秘密委委员胡乐夫律师分享《商业秘密律师的商业秘密》；广东省律协专利委委员郑昌斌律师分享了《关于商业秘密案件举证责任分配的若干思考》；广州市律协版权委主任田子军律师分享《并购案商业秘密尽职调查》；深圳律协商业秘密委顾问李德成律师分享了《技术秘密刑事案件中修改性使用的注意事项》。

现对以上分享内容整理如下：

题目一：《商业秘密案件被告举证中销售公开和反向工程的思考》

主要内容：

以 Mate60 Pro 为例，提出“内部结构是否还能够构成商业秘密”及“其秘密性是否已经丧失”两个问题进行阐述，归纳出实践中销售公开认定存在的问题，并提出建议。

主要观点：

认为实践中销售公开认定存在的问题主要表现在司法解释不清楚、司法实践不统一，这些问题都亟需厘清。

对商业秘密销售公开认定提出了以下建议：修改司法解释，与国际接轨；案例指导实践，统一裁判规则；与秘密点种类相契合；以利益平衡原则为指导等。

题目二：《侵害商业秘密纠纷中“使用”行为的认定》

主要内容：

侵害商业秘密案件中使用行为，包括直接使用、间接使用、第三人使用等，全程对中美法律就该问题进行比较。

主要观点：

直接使用：使用客户信息的行为，复制和抄袭的行为。不要求已经实际销售产品。

间接使用：运用“实质相同”的判定规则：间接使用通常是对商业秘密进行修改的情况；关键在于是否产生实质性影响。对于间接使用技术信息，间接使用的判定是要看技术点的相似度、密集度、贡献度。

第三人使用：使用侵权产品、销售侵权产品、承揽行为

美国事务的总结或共识：使用不限于传统上的制造或买卖，只要对产品有所帮助即可；使用不限于美国境内。

题目三：《商业秘密民刑衔接实务之“秘点”及贡献率问题》

主要内容：主要围绕商业秘密内容与秘点的关系、商业秘密案件中“贡献率”的使用两部分进行分享。

主要观点：

不认同实务中逐渐演变为“秘点”等于商业秘密，认为用秘点描述商业秘密范围带来的问题：大大限缩了商业秘密的范围、不利于保护秘点归纳之外的其它商业秘密范围、在案件前期过早地限制了商业秘密范围，导致后期实质上的维权困难、商业秘密刑事案件秘点鉴定费用高昂。

阐述了虽然目前并无生效法律依据支持在商业秘密案中使用“贡献率”的概念，但是可以直接采取专利的标准或方法。

题目四：商业秘密保护的电子证据解决之道

主要内容：

商业秘密和电子证据的定义、商业秘密电子证据的问题、解决策略和基本工具、实践案例分析、建立电子证据管理制度等。

主要观点：

重点阐述了商业秘密电子证据的问题：电子证据易于被篡改或删除、电子证据的真实性和可信度难以确认、对电子证据的取证和保存存在困难、涉及隐私和数据保护的问题；

表达了建立电子证据管理制度的重要性，比如：设计合理的访问权限和数据分类制度、建立电子数据标记和保存的规范、制定内部监控和审计制度以预防商业秘密泄露等。

认为商业秘密中电子证据重要性提现中无处不在，必要性体现在需要建立有效的电子证据管理制度；专业性体现在无论诉讼还是前期体系建设，都需要懂电子证据的专业律师和法律顾问介入，以法律和科

技相结合，帮助企业在商业秘密管理中用好电子证据。

题目五：《企业数字化转型中的商业秘密保护新问题》

主要内容：

企业数字化转型的内涵及作用、企业数字化转型中商业秘密保护的特点及保护方式以及企业数字化转型中的新挑战。

主要观点：

认为企业数字化转型中商业秘密保护中商业秘密的认定范围扩大了，主要表现在：

1. “秘密性”的适用范围发生改变。对于公众而言，网络上可能存在海量的起初不具有秘密性的信息，在经过其他方收集并整理达到一定要求的情况下，其也可能具有秘密性。即数字经济下，不为公众所知悉的范围可能存在扩大。

2. 虚拟产品/技术纳入商业秘密的范围。比如“算法”作为商业秘密进行保护。

3. 责任主体范围扩大。传统的责任主体是企业内部员工、技术高管，企业竞争对手等。数字化企业的责任主体包括传统的主体及数字化领域相关主体，具体包括云存储服务提供商、使用同一云存储服务的其他用户、黑客等。

4. 电子侵入成为重要的侵权手段，导致泄密风险扩大。电子邮箱、即时通讯、视频会议等沟通方式的大量使用，让越来越多包含智力成果、电子作品、商业机密的文件和信息，通过电子方式进行展示、流转甚至交易，这使得机密泄露的风险面临巨大挑战。

题目六：《商业秘密律师的“商业秘密”》

主要内容：

对律师提供的商业秘密非诉法律服务进行了综合阐述，从商业秘密业务底层逻辑开始，到具体操作都进行了详尽的解析。

主要观点：

将律师的商业秘密法务法律定义为范商业秘密，主要包括：企业商业秘密管理体系建设、自主研发与侵权风险等商业秘密法律意见、政府服务、投资 IPO 商业秘密尽调、商业秘密风险防范与合规、专利侵权、竞业限制、软件著作权、专利权权属等内容。

对适合接受商业秘密非诉服务的企业进行了分析：企业老板保密意识强、研发 IT 部门全力配合、有预算投入保密技术。

商业秘密管理体系建设成本要考虑到：信息安全机构收费、信息安全系统、云桌面、及时通讯软件、IT 人工、物理安全等。

分享了商业商业秘密管理体系咨询服务流程，包括：项目启动、访谈调研、体系规划、制定任务、后期支持等。

题目七：《关于商业秘密案件举证责任分配的若干思考》

主要内容：

主要围绕商业秘密案件的审理要点、商业秘密案件举证责任分配的现行规则、商业秘密案件举证责任分配现行规则的司法适用等内容。

主要观点：

对于“初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施”，是什么样的保密措施提出以下观点：商业秘密权利人所采取的保密措施，不是抽象的、宽泛的、可以脱离商业秘密及其载体而存在的保密措施，而应当是具体的、特定的、与商业秘密及其载体存在对应性的保密措施。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。

对于“是否意味着权利人只需证明已采取保密措施且商业秘密被侵犯，就无需证明秘密性、价值性等构成要件”问题，认为：首要要用证明“相应保密措施”与“侵权行为”，然后证明符合反不正当竞争法中商业秘密的构成要件。

题目八：并购案商业秘密尽职调查

主要内容：

主要分享了企业并购中商业秘密专项尽调的重要性与必要性、商业秘密尽调内容建议、深入的商业秘密专项尽调将成为律师新型业务等。

主要观点：

分析了商业秘密尽调的重要性必要性：商业秘密在企业资产价值中往往占有重要份量，但就商业秘密进行专项尽调的案例并不多见。商业秘密尽调往往被淹没在法律尽调中，且所占篇幅较小。因商业秘密处理不妥当而导致并购后产生法律纷争、IPO 审查遭遇障碍、企业扩张面临基础性产权障碍等案例不断涌现，应引起业界的重视。

提出了商业秘密尽调内容的建议：目标公司权属证明资料，例如技术信息经营信息形成记录等；目标公司秘密的表现形式及其使用状况；目标公司内部商业秘密管理制度落实情况及保密措施落实情况，例如保密协议、竞业禁止协议、涉密资料存档、涉密范围及涉密人员的义务告知；目标公司涉密研发人员的劳动合同，对职务创作职务发明的约定及激励措施；目标公司核心研发人员的工作历程、与原单位的劳动合同、保密协议、竞业禁止协议及补偿金的发放情况；目标公司对技术秘密大的对外许可使用情况，协议、期限、许可类型、许可

使用的范围及限制、费用缴纳等。

题目九：技术秘密刑事案件中修改性使用的注意事项

主要内容：

分析了修改涉案技术秘密的动机或原因的证据。

主要观点：

未经许可直接或修改性使用涉案技术秘密均属非法使用行为，同一性鉴定可用于证明直接使用，但作为修改性使用行为的证明方法却不适用；

在技术秘密刑事案件中查证修改性使用的犯罪事实，不仅要证明修改过程，还要证明修改使用的涉案技术秘密方案中的具体技术特征；

非法获取高端产品技术方案结合低端产品生产需要，对涉案技术方案进行修改建设低端产品产线，构成修改性非法使用技术秘密的司法实践；

做好必要说明责任是证明修改性使用技术秘密犯罪事实，妥善处理技术贡献带来的问题，正确认定损失与获利，并排除合理怀疑的关键所在。

技术秘密刑事案件的整个过程，犯罪嫌疑单位（人）均可提出抗辩，侦查、审查起诉和审判阶段均应对抗辩事由和证据做实质性审查，既要保证犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利，也要考虑证明方法的科学性和合理性，及时做出决定，不因此延宕侦查和依法按规定期限提起公诉，否则技术秘密刑事保护的力度和效果将会大大降低，必将产生极为不利的影响。