

商业秘密案件中权利人实际损失的认定

作者：罗睿 | 刘海平 | 董晓¹

在商业秘密侵权纠纷中，损害赔偿的确定历来是权利人关心的焦点和人民法院审理案件的难点。实际损失作为现行《中华人民共和国反不正当竞争法》中规定的第一顺位的损害赔偿计算方式，在商业秘密案件的损害赔偿计算中的地位不可忽视。然而在司法实践中，绝大多数的商业秘密案件均按照法定赔偿的方式确定损害赔偿，根据权利人实际损失认定损害赔偿数额的案件占比非常低。鉴于此，本文将对权利人实际损失的适用困境进行分析，结合司法案例探寻商业秘密侵权案件中权利人实际损失的适用场景，并对以实际损失计算损害赔偿提出建议。

一、适用权利人实际损失确定损害赔偿的现状

以权利人的实际损失计算损害赔偿，实际上是传统民事损害赔偿制度在商业秘密领域的延伸，也是填平救济原则的具体应用。然而，在司法实践中计算损害赔偿时，实际损失的适用情况相较于其作为损害赔偿第一顺位的地位仍有较大差距。根据笔者的初步统计，在司法实践中，绝大多数的商业秘密案件均按照法定赔偿的方式确定损害赔偿，根据权利人实际损失认定损害赔偿数额的案件占比非常低，仅为9%²。这一现象不仅出现在商业秘密诉讼中，其他知识产权民事诉讼中也普遍存在：长沙中院此前的一项统计显示，在知识产权民事案件中，“仅0.08%的原告提交了因侵权遭受的损失的证据”，“原告直接要求适用法定赔偿的占98%³”。随着近年来我国对知识产权的保护力度逐渐加大，高额损害赔偿的案例陆续出现，整体情况有所好转，但相对于法定赔偿的大范围适用，以实际损失确定损害赔偿仍存在巨大的适用和提升空间。

二、损害赔偿计算方式适用现状的原因分析

本文认为，权利人实际损失适用较少的原因包括以下方面：

一方面，权利人的主观意愿和维权的主要诉求很大程度上决定了损害赔偿的计算方法。民事诉讼的基本

¹ 实习生潘晓婷对本文的写作亦有贡献。

² 笔者以“赔偿”和“数额”作为共同关键词，将案由限定为侵害商业秘密纠纷，在威科先行数据库中进行检索，共有704个检索结果，其中，法院认定被告赔偿权利人损失案件493件。在这493个案件中，法定赔偿的案件共424件，占比86%；以实际损失计算损害赔偿的44件，占比9%。

³ 参见《长沙市中级人民法院知识产权民事案件损害赔偿额判定状况（2011-2015）》，<https://mp.weixin.qq.com/s/01SiT9AKwDyeNAVUkG663A>，2022年5月27日访问。

原则为谁主张谁举证，通常而言，商业秘密的权利人对于要求停止侵权的紧迫性更高。为保护商业秘密的非公开性，在侵权发生后，权利人通常期待能迅速拿到定性的停止侵权判决或行为保全裁定，以收回对商业秘密的控制权，防止商业秘密被进一步扩散和使用。因此，在多数案件准备中，侵权认定后获得禁令救济成为最高优先级。这导致权利人在诉讼过程中更关注侵权认定相关证据的举证，“忽略”了侵权赔偿证据。

另一方面，权利人举证存在客观困难。通常而言，权利人就实际损失的举证存在以下困难：首先，权利人提供的销量下降等财务资料往往是权利人单方制作，其真实性一般难以核实；其次，权利人难以举证其遭受的销量下降或价格贬损等损失与商业秘密被侵害之间具有直接的因果关系，因为权利人损失可能受到其他因素的影响，例如：其他可替代技术、市场大环境变化、权利人的经营方针的改变等；最后，权利人难以证明侵权行为导致利润减少的具体数额⁴。

三、建议以权利人实际损失计算损害赔偿的几种情形

尽管实际损失的举证存在一定困难，但权利人实际损失作为一种独立的、法律规定应当优先适用的损害赔偿计算方法，在特定情形下具有其他计算方法无法比拟的优势，亦能够契合民法中关于“填平”权利人因被侵害而受到损害的目标。下文将提供几种可优先考虑适用权利人实际损失计算损害赔偿的情形。

（一）当出现明显的价格侵蚀时，选择实际损失计算损害赔偿可最大限度地“填平”权利人的损失。

权利人可能因商业秘密被侵害而同时受到多种类型的损失。除销售量因侵权而减少导致损失外，权利人还可能因竞争产品的出现被迫降价从而因价格侵蚀而遭受利润损失。此时，采用侵权获利或许可费倍数等计算方式通常只能从单一维度计算损害赔偿，而无法充分弥补权利人遭受的全部损害。而选择适用权利人实际损失确定损害赔偿，将能够最大限度地覆盖不同的损失类型，从而最大程度上“填平”权利人因商业秘密侵权而遭受的损失。

在商标侵权案件中，已有法院明确基于权利人提供的证据计算了价格侵蚀给权利人造成的损失，值得借鉴。在巴洛克木业（中山）有限公司与浙江生活家巴洛克地板有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案中（“**巴洛克案**”）⁵，一审法院在适用权利人实际损失计算损害赔偿时，基于权利人提供的降价通知，最终认定权利人因价格下调造成的损失为1,160万。由于权利人仅主张了1,000万损害赔偿，而法院在适用2倍惩罚性赔偿后的实际损失金额已经远超权利人所主张的1,000万元，因此，法院并未进一步论述销售量流失、价格侵蚀等损失类型如何合并计算损害赔偿。但该案的二审法院指出，一审判决采用的这些计算方法及多重考虑因素之间具有互补性而非互相排斥⁶，这进一步说明上述实际损失的计算方法之间并非择一适用，而是存在同时适用的空间。

将价格侵蚀计为权利人实际损失的主张，已在商业秘密类案件中得到法院的认可。嘉兴市中华化工有限责任公司、上海欣晨新技术有限公司侵害技术秘密纠纷（“**香兰素**”案）⁷中，权利人提供了三类损害赔偿计算方法：第一，基于销售利润计算的侵权人侵权获利约为1.5亿；第二，基于营业利润计算的权利人损失约为1.1亿；第三，价格侵蚀导致的损失约为7.9亿。法院以最终确定的1.5亿损害赔偿大

⁴ 参见王迁、谈天、朱翔：《知识产权侵权损害赔偿：问题与反思》，载《知识产权》2016年第5期。

⁵ 参见巴洛克木业（中山）有限公司与浙江生活家巴洛克地板有限公司、太仓市城厢镇门迪尼地板商行等侵害商标权纠纷案，江苏省苏州市中级人民法院（2016）苏05民初41号民事判决书。

⁶ 参见巴洛克木业（中山）有限公司与浙江生活家巴洛克地板有限公司、太仓市城厢镇门迪尼地板商行等侵害商标权纠纷案，江苏省高级人民法院（2017）苏民终1297号民事判决书。

⁷ 参见嘉兴市中华化工有限责任公司、上海欣晨新技术有限公司侵害技术秘密纠纷案，最高人民法院（2020）最高法知民终1667号民事判决书。

幅低于价格侵蚀导致的 7.9 亿损失为依据，认定 1.5 亿损害赔偿具有合理性。可见，该案虽然没有直接以价格侵蚀作为直接确定损害赔偿的依据，但其作为一种复核最终判赔额是否合理的方式，已得到法院的认可。

（二）因侵权行为导致商业秘密被公众知悉的，或存在侵权人无获利或获利极低的情况时，侵权人的侵权获利难以覆盖权利人的实际损失，可以根据权利人的实际损失确定损害赔偿额。

秘密性不仅是商业秘密的要件之一，也是商业秘密的价值体现。商业秘密因具备秘密性而使权利人具有竞争优势。因此，如果因侵权行为导致商业秘密已为公众所知悉的，侵权人应当就商业秘密本身价值向权利人赔偿，以补偿权利人因该商业秘密泄露所丧失的市场竞争优势。《最高人民法院最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》中，明确将商业秘密被公开作为根据商业秘密价格确定权利人损失的情形之一⁸，《江苏省高级人民法院侵犯商业秘密民事纠纷案件审理指南（2021 修订）》亦有类似的规定⁹。其内在逻辑在于，在商业秘密被公开的情形下，侵权人并非利用他人的竞争优势获利，而是通过其侵权行为破坏了他人的竞争优势。此时，权利人的实际损失与侵权行为之间具有相当的因果关系，应以权利人的实际损失即商业秘密的商业价值计算损害赔偿数额。

例如，在吴广侵犯商业秘密罪案中，法院认为，“对于被告人披露行为造成的损失，由于该行为导致相应结构式为公众所知悉，可根据该些结构式的商业价值确定权利人的损失。而结构式的商业价值，可根据其研究开发成本、实施该项商业秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素确定¹⁰。”

再如，在华星公司诉谢子清侵害商业秘密纠纷案中（“**华星案**”）¹¹，被告谢子清在公开的互联网上向不特定的公众披露了原告的商业秘密，给华星公司造成重大损失，但谢子清在本案中并没有违法所得，因此法院以《关于深圳市华星光电技术有限公司商业秘密被侵犯而造成的经济损失的鉴定报告》中认定的研发成本损失的 40%作为权利人的实际损失。

可见，在特定情形下，尽管侵权人侵犯了权利人的商业秘密，但侵权人并不存在侵权获利或获利极低。例如，侵权人可能尚未开展任何实质性经营活动，或者其侵权产品并未真正进入市场流通，或因侵权人经营不善等原因导致获利极低。此时，若以被告的侵权获利确定损害赔偿数额，可能导致原告的损失不能够得到有效的弥补。此时权利人实际损失将成为损害赔偿计算的最佳依据。

（三）侵权与损失的因果关系较为明确的情形下，采用实际损失计算损害赔偿将便于权利人举证，且更符合填平赔偿原则。

如前所述，实际损失计算方式适用的困难之一是损失与侵权行为之间的因果关系难以证明。但如果实践中，权利人的客户较为单一或稳定，或者权利人所在细分领域的市场准入门槛很高，该领域的竞争对手较少时，权利人损失与侵权行为的因果关系则相对容易认定，此时，适用实际损失计算侵权损害赔偿数额将具有得天独厚的优势。

⁸ 《最高人民法院最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》第五条第（五）项：“因侵犯商业秘密行为导致商业秘密已为公众所知悉或者灭失的，损失数额可以根据该项商业秘密的商业价值确定。商业秘密的商业价值，可以根据该项商业秘密的研究开发成本、实施该项商业秘密的收益综合确定。”

⁹ 《江苏省高级人民法院侵犯商业秘密民事纠纷案件审理指南（2021 修订）》第 4.4.1 条规定，“因侵权行为导致商业秘密为公众所知悉的损失额的计算。此时，可以考虑商业秘密的商业价值确定赔偿数额。确定商业价值时，应当考虑研究开发成本、实施该项商业秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素。”

¹⁰ 参见吴广侵犯商业秘密罪案，上海市浦东新区人民法院（2012）浦刑（知）初字第 42 号刑事判决书。

¹¹ 参见深圳市华星光电技术有限公司、谢子清侵害商业秘密纠纷案，广东省高级人民法院（2019）粤 13 民终 4563 号民事判决书。

首先，若权利人能证明与自己具有长期稳定交易关系的客户突然转而与侵权人形成交易关系，则该客户的交易可算作原告的实际损失。例如，在巴洛克案中，原告和其湖北孝感、湖南湘潭、江西丰城的经销商保持了长期的供销关系，但是自被告销售被诉侵权产品之后，这几家经销商转而从被告处购买价格更低的产品，并中断了与巴洛克木业公司持续几年的合作。法院认为，被告的侵权行为与经销商中断与原告合作关系具有因果关系，从而将经销商中断合作认定为给权利人造成了实际损失。

其次，在权利人的其他业务板块稳定发展、行业其他竞争对手均无明显下滑的情形下，可以通过排除其他干扰因素来建立权利人损失与侵权行为的因果联系。例如，巴洛克案中，原告 2015 年的地板外销收入同比增长了 59.4%，而同年的内销收入却下降了 10.71%，与同行业其他主体相比，原告的外销增长率远高于这些主体，而其内销增长率却与同行业其他主体相去甚远。基于以上事实，法院认为，原告的内部管理并非系其内销收入减少的重要变量因素，否则无法解释外销为何会呈大幅度增长的事实；市场大环境也非系原告内销减少的重要变量因素，因为同时期、同行业、行业地位相当的其他企业内销收入呈增长趋势。因此，法院认定，被诉侵权行为是造成权利人内销收入减少的最重要原因，从而将权利人因销售流失而减少的利润作为实际损失的一部分计入损害赔偿¹²。

四、适用实际损失确定损害赔偿的实务建议

通过上述对实际损失适用场景的分析可知，在侵害商业秘密案件中，尽管采用权利人实际损失计算损害赔偿数额有一定的困难，但在特定的场景下，实际损失计算方式有其他计算方式所不具备的优势。尤其是当侵权获利无法弥补权利人的实际损失或者实际损失与侵权行为因果关系较易确定的场景下，建议考虑优先适用实际损失计算侵权赔偿数额。即使不属于上述场景的案件，权利人的实际损失也是法院酌定赔偿数额的重要参考因素，因此无论何种情况，权利人都应当积极举证证明自己的实际损失。下面本文将就权利人如何举证证明实际损失从而争取商业秘密案件的高判赔，提供一些思路和建议。

（一）利用专家报告，对复杂问题进行专业论证

对于侵权与损失之间的因果关系复杂的案件中，权利人可以尝试借助专家报告为实际损失的计算提供依据。例如，对于涉案商业秘密的研发成本、侵权产品销量等数据，权利人可委托审计机构等专业机构出具商业秘密价值评估报告、审计报告、市场分析报告等供法院参考。例如，在华星案中，法院采纳了权利人提交的《关于深圳市华星光电技术有限公司商业秘密被侵犯而造成的经济损失的鉴定报告》，并酌定华星公司的直接损失为鉴定报告中认定研发成本的 40%。

此外，在部分案件中，还可以在现有数据的基础上，通过专业的经济学分析方法、构建金融分析模型等，测算出有理论支撑的实际损失数额或为实际损失数额的确定提供更加精细的参考依据。例如，在香兰素案中，权利人提交的主要证据包括经济学专家的《关于中华化工等诉王龙集团等侵害商业秘密案的损害赔偿的经济分析报告》，其中涉及根据侵权行为给权利人造成的价格侵蚀计算权利人的实际损失。虽然法院认为该计算方式中的计算数据和计算方法的准确性受制于多种因素，并未直接采纳，但法院将其作为参考，并认为最终确定的损害赔偿数额大幅低于经济分析报告中原告因价格侵蚀所导致的损失数额，具有合理性和适当性。

¹² 参见巴洛克木业（中山）有限公司与浙江生活家巴洛克地板有限公司、太仓市城厢镇门迪尼地板商行等侵害商标权纠纷案，江苏省苏州市中级人民法院（2016）苏 05 民初 41 号民事判决书。

（二）损失巨大但缺少直接证据时，全面提交证据，通过多份证据印证，为法院在法定赔偿上限以上确定损害赔偿提供依据

在司法实践中，即使权利人提交的实际损失证据不足以为法院确定权利人因侵权所受损失提供直接依据，但如果权利人提供的证据显示权利人的实际损失已经明显超过法定赔偿额上限，仍可以起到在反不正当竞争法所规定的法定赔偿上限之上酌定损害赔偿数额的效果¹³。该思路也同样适用于以侵权获利明显超过法定赔偿上限为由要求法院酌定损害赔偿。

例如，在三菱公司诉深圳格亮公司侵犯专利权纠纷案¹⁴中，三菱化学主张以其实际损失或英特美公司侵权获利确定本案赔偿数额，并提交了2014年、2015年中国LED荧光粉行业调研报告等作为证据。法院认为，根据原告提交的证据进行估算，不论是三菱化学实际损失还是英特美公司侵权获利计算，具体数额均远超法定赔偿100万元限额，因此应在法定最高限额以上合理确定赔偿额。最终，法院综合考虑涉案专利类型、侵权恶意程度、侵权行为性质、侵权产品数量以及三菱化学实际支出的合理维权费用等因素，将本案的赔偿数额确定为200万元。

（三）合理利用侵权产品的销量与权利人的利润计算实际损失

为减轻权利人就销量减少与侵权行为之间因果关系的举证责任，相关司法解释中降低了这一因果关系的证明难度，规定了可以将被诉侵权人的销量视为权利人因被侵权而减少的销量¹⁵。

如上所述，对于侵权人无侵权获利或获利极低的情况，侵权人的侵权获利难以覆盖权利人的实际损失。例如，虽然侵权者销售了大量侵权产品，但由于管理不善等其他原因，侵权者的实际获利极低，甚至获利为负。此时，基于上述司法解释的规定，权利人可以通过举证证明自身的合理利润，乘以对方的实际销量来计算权利人的实际损失。

（四）在损失巨大但难以举证时，积极适用惩罚性赔偿

商业秘密案件可以适用1-5倍的惩罚性赔偿，其构成要件为“恶意”且“情节严重¹⁶”。如果权利人的损失巨大，但权利人因客观原因或其他考虑，仅能就其中部分损失进行举证，则可以考虑通过适用惩罚性赔偿来进一步填平权利人的实际损失。

基于商业秘密案件的特殊性，实践中大部分商业秘密案件多见于员工离职或技术合作等情况，被诉侵权人通常对商业秘密的权属及违反保密义务的行为具有明知，因此，惩罚性赔偿中的“恶意”要件相较于其他知识产权案件更容易满足。在此基础上，如权利人能够举证证明侵权人的侵权行为属于“情节严重¹⁷”，则惩罚性赔偿的适用条件将得以满足。

¹³ 《北京市高级人民法院关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》第1.8条规定，“有证据证明权利人的实际损失或侵权人的获利明显在法定赔偿限额以外，综合全案证据情况，可以在法定限额以外合理确定赔偿数额。”

¹⁴ 参见深圳格亮光电有限公司、英特美公司侵害发明专利权纠纷案，最高人民法院（2019）最高法知民终649号民事判决书。

¹⁵ 《最高人民法院 最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》第五条第二款：“前款第二项、第三项、第四项规定的权利人因被侵权造成销售利润的损失，可以根据权利人因被侵权造成销售量减少的总数乘以权利人每件产品的合理利润确定；销售量减少的总数无法确定的，可以根据侵权产品销售量乘以权利人每件产品的合理利润确定”。

¹⁶ 《中华人民共和国反不正当竞争法》第十七条规定：“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。”

¹⁷ 参见《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第四条。

值得提出的是，对于发生在反不正当竞争法规定惩罚性赔偿之前、且持续到新反不正当竞争法生效后的持续性侵权行为，可以就新反不正当竞争法生效后的侵权行为单独适用惩罚性赔偿。在广州天赐高新材料股份有限公司、九江天赐高新材料有限公司侵害技术秘密纠纷案¹⁸中，最高院明确指出，“鉴于反不正当竞争法于 2019 年 4 月 23 日修改时增加了关于惩罚性赔偿的规定并于当日起施行，本案被诉侵权行为发生于 2019 年 4 月 23 日之前且持续至 2019 年 4 月 23 日之后，根据法不溯及既往的一般原则，对于发生在法律修改之前的行为一般不适用惩罚性赔偿，赔偿数额应以 2019 年 4 月 23 日为界进行分段计算。”

五、结语

在目前的司法实践中，由于权利人主观意愿举证和举证困难等方面的原因，以实际损失计算损害赔偿仍然面临诸多适用困境。但是，作为第一顺位的侵权损害赔偿计算方式，以权利人的实际损失确定损害赔偿在特定场景下具有独特的优势。在当前强化知识产权保护的大背景下，司法机关以司法解释、审理指南等形式为损害赔偿计算提供了指引，我们建议权利人对实际损失采取更加积极的举证行动，也期待法院能在此基础上进一步探寻实际损失的精细化计算方式。最终通过各方努力，进一步解决我国商业秘密诉讼中法定赔偿适用比例过高的难题。

¹⁸ 参见广州天赐高新材料股份有限公司、九江天赐高新材料有限公司侵害技术秘密纠纷案，最高人民法院（2019）最高法知民终 562 号民事判决书。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

罗睿

电话： +86 10 8516 4130

Email: rui.luo@hankunlaw.com