

中美商业秘密保护法律制度比较研究

朱 谦

美国对商业秘密的保护有着上百年的历史。作为英美法系的典型代表,美国对商业秘密的保护立法较为完备。近些年来,我国也加快了商业秘密保护立法的进程。但是,与美国相比,我国的商业秘密立法还存在着诸多有

待完善的地方。本文试图对中美两国的商业秘密保护的法律制度进行较为系统的比较,以期对我国正在进行的商业秘密专门立法有所裨益。

一、比较之一:中美商业秘密的立法体系

(一) 美国的商业秘密立法体系

美国属于判例法国家,判例是美国法律体系的重要组成部分。这种情况也同样反映在商业秘密保护立法上。在美国,对商业秘密保护的立法体系是由判例法和其它成文法组成的。在司法实践中产生的判例对制止和预防侵犯商业秘密的行为起了重要的作用。美国对商业秘密的保护很早就开始了,“在一百年以前,美国的法院就已经承认了商业秘密的财产权益”^[1]。到了本世纪初期,美国各州法院已受理有关商业秘密的侵权行为、违反默示合同或保密关系以及损害赔偿的案件。然而,各州法院在个案的审判上时有认定问题的差异。尽管判例法给予商业秘密越来越多的保护,但商业秘密保护法作为一个法律分支并没有取得令人满意的进展,工业界在技术和经济竞争的压力下,对判例法的混乱越来越不满意,因此,一些律师、法官与法学教授在1939年出刊《侵权行为法重述》,用3个条文说明商业秘密的相关内容。《侵权行为法重述》第5条规定,“任何人未经特许泄露或使用了他人的商业秘密,如果他是以不正当手段发现他人的商业秘密的或者他人因信任他而将该秘密透露给他,但他的泄露或使用构成了失信即泄露,他就应当就此向他人

承担责任”。1978年,美国又制定了《统一商业秘密法》,该法正逐步被各州所接受。目前,已有40个州根据此《统一商业秘密法》之内容,制定了各自的商业秘密法,使美国的商业秘密保护的法律制度得到了极大的发展,标志着美国的商业秘密法体系已基本形成。

(二) 我国的商业秘密立法体系

我国对商业秘密的保护立法,最早可追溯到1985年国务院发布的《中华人民共和国技术引进合同管理条例》。在该《条例》中第一次提出了“专有技术(knowhow)”的概念。规定专有技术的受方应对供方提供或传授的专有技术和有关技术资料,按合同约定的范畴和期限承担保密义务。由于当时计划经济体制仍占主导地位,以至1986年颁布的《民法通则》未将商业秘密列入无形财产范畴。

1987年发布的《技术合同法》及其《实施条例》对技术秘密提出了保护。1991年《民事诉讼法》首次使用了“商业秘密”这一法律术语。该法规定,“对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密”;“涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理”。根据1992年1月17日在美国华盛顿签订的《中华人民共和国政府与美利坚合众国政府关于保护知识产权的谅解备忘录》

的规定^[2],我国政府将制止他人未经商业秘密所有人同意的违反诚实商业惯例的方式披露、获取或使用其商业秘密,包括第三方在知道或理应知道其获得这种信息的过程中有此行为的情况下获得、使用或披露商业秘密。根据该《备忘录》的规定,我国政府的主管部门承担在规定期限内向立法机关提交有关议案并使之通过的义务。正是这种承诺,1993年9月2日《反不正当竞争法》出台了。该法对我国商业秘密保护制度的发展有着极其重要的作用,它承认商业秘密为一种产权并对其实施法律保护。这种保护既包括依据合同条款所提供的保护,也包括通过一般的侵权行为法进行保护。在1994年通过的《劳动法》中,将保守用人单位的商业秘密作为劳动合同约定条款的内容,并相应规定了违反保密条款的法律责任。

从法律渊源来看,美国是英美法系国家。它的商业秘密法律体系的形成早期是依靠判例,后来出现《侵权行为法重述》,在《侵权行为法重述》基础上,制定了《统一商业秘密法》,并由美国绝大多数州立法所采纳,三者共同构筑美国商业秘密保护法体系。而我国

属于大陆法系国家,一开始对商业秘密的保护立法散见于《技术合同法》、《民事诉讼法》、《科技进步法》等法律之中。后来,随着形势的发展,出现了专门的立法,即《反不正当竞争法》,都是以成文的形式组成其法律体系的。

从确立保护商业秘密法律制度的时间和背景来看,美国在一百多年前就通过判例确立了商业秘密保护制度,后来的《侵权行为法重述》和《统一商业秘密法》的出现进一步发展和完善了该制度。而我国真正确立商业秘密保护制度的立法是在本世纪90年代,以《反不正当竞争法》为其标志。这是两国经济发展以及社会体制等原因而形成立法上的差异。我国在长期的计划经济体制下,无所谓商业秘密的侵权行为制裁,只是随着经济体制的改革,尤其是市场经济的确立,商业竞争、人才流动日趋活跃,大量的商业秘密侵权问题也随之产生;同时也是为了促进对外开放的需要。因此说,在美国,对商业秘密的法律保护是由于国内发生的大量侵犯商业秘密的案件而采取的相应的对策,而我国对商业秘密的法律保护主要是基于国内和国际双重压力而不得不作出的选择。

二、比较之二:中美商业秘密的概念及构成要件

(一) 中美商业秘密的概念

对于什么是商业秘密,在美国并没有一个被普遍接受的定义。无论是《侵权行为法重述》,还是《统一商业秘密法》,均未能对商业秘密作出明确的定义。正如《侵权行为法重述》第757条说明栏第2项说的,“欲对商业秘密下个确切的定义,事实上,几乎是不可能的事”。

《侵权行为法重述》中对商业秘密定义为“商业秘密指商业活动中使用的各种配方、图案、设计和资料索引。商业秘密的所有人与不知道或不使用它的竞争对手相比,处于更有

利的地位。它可以是某一化合物的配方,一道制造、处理、贮存材料的程序,一部机器或其它设计的图形,或顾客名单。它不同于商业领域里其它的秘密情报……它不是商业活动中单一的与别的事情没有联系的简单的情报”^[3]。《统一商业秘密法》将其定义为:“包括公式、图样、汇编、装置、方法、技巧或工序的信息。这种信息:(1)可单独为持有者创造出实际或潜在的经济价值。而该信息尚未被大众所知悉,也未被他人以正当方法所确知;(2)持有者在合理状态下,已尽到维护其秘密的努力”^[4]。

相比较而言,《统一商业秘密法》中所确

立的定义比《侵权行为法重述》的定义包含着更大的范围。从美国的司法界对商业秘密的保护范围来看,通常只要满足下列条件,都可以受到保护:(1)它是一种企业经营信息;(2)它是具有独立的商业价值;(3)它并未被外界以正当方式知悉;(4)它已受到合理程度的保密措施保护。

我国将商业秘密作为一个法律术语提出,最早出现在1991年的《民事诉讼法》中。至于商业秘密具体包括哪些事实或信息,其范围是什么,该法并没有作出进一步的说明。《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》对商业秘密进行了这样的定义:“商业秘密主要是指技术秘密、商业情报及信息等,如生产工艺、配方、贸易联系、购销渠道等当事人不愿公开的工商业秘密”。在其它有关合同法律中提到过“技术秘密”和“专有技术”的概念。1993年《反不正当竞争法》对商业秘密定义为:“商业秘密是指不为公众知悉,能为权利人带来经济利益,具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息”。因此,我国法律所确认的商业秘密通常由以下要件构成:(1)它是一种技术信息和经营信息;(2)它具有经济性和实用性;(3)它具有秘密性,即不为公众所知悉;(4)它必须采取了合理的保密措施。

(二) 中美商业秘密构成要件比较

1. 关于商业秘密的保密性 商业秘密是一种无形财产,它的存在价值依靠拥有者的保密。如果拥有者缺乏保密意识,对商业秘密未采取相应的保密措施,则就可能导致商业秘密丧失秘密性。采取合理的保密措施是各国法律对商业秘密持有人的基本要求。

我国在《反不正当竞争法》中也将“采取合理的保密措施”作为持有人获取商业秘密保护的一个重要条件。这里“采取合理的保密措施”一般包含两方面的意思:一是指法律要求商业秘密持有人对商业秘密必须采取适当

的和有效的保密措施,否则就不给予保护;二是指法律要求商业秘密持有人采取的保密措施只要达到合理的限度即可。这通常是指商业秘密持有人在主观上有保密的意图,客观上采取了适当的防范措施。至于如何确定商业秘密持有人的保密措施达到合理的限度,我国立法并未作出规定。

美国通过判例法原则上确认保密性包括两方面内容,即主观保密性与客观保密性。只有同时具备了主观保密性和客观保密性才能构成商业秘密的保密性要求,否则法律将不予以保护。主观保密性是指商业秘密持有者必须具有保密的主观愿望。客观保密性是指商业秘密在客观事实上没有被公众所了解或没有进入公共领域。在美国通常认为合理的保密措施包括:(1)把接近商业秘密的人员限制到极少数人;(2)利用物质障碍使非经授权人许可的人不能获取任何关于秘密的知识;(3)在可行的情况下,限定雇员只接触商业秘密的一部分;(4)对所有涉及商业秘密的文件,都用表示秘密等级符号将其一一标出;(5)要求保管商业秘密文件的人员采取妥善的保护措施;(6)要求有必要得知商业秘密的第三人签定适当的保密合同;(7)对接触过商业秘密又即将解职的雇员进行退出检查。

2. 关于商业秘密的价值性 我国商业秘密的价值性包括两方面:一方面是商业秘密的经济性,即商业秘密必须具有经济价值,持有人通过对其生产、使用、转让能够实现一定的经济利益,或者可以在市场竞争中据以排斥竞争对手,保持市场竞争优势;另一方面商业秘密还必须具有实用性,它是指商业秘密能在工农业生产、经营中运用,并能创造良好的经济效益和社会效益。

美国在《侵权行为法重述》中,依照传统观点,只有被实际应用于某一行业的秘密才能被认为是商业秘密。《统一商业秘密法》改变了此种观点,尽管它也强调商业秘密必须具有实用性,但是它并不要求该商业秘密已

经在实际中被成功地付诸实施,而主要看是否存在该商业秘密成功地付诸实施的可能性,以及实施该商业秘密是否会产生直接的有害作用。

3. 关于商业秘密的秘密性 秘密性是商业秘密不为公众所知悉。商业秘密一旦公开为公众所知悉则其价值就失去了。何为“不为公众知悉”,其范围是什么?我国法律未

作具体规定。因此,在认定商业秘密是否因为公众所知悉而消失时存在着诸多问题。在美国,如果一个产品的制造方法可以通过成本检查很容易地被发现,那么,该制造方法就不能认定其为商业秘密。然而,该制造方法只有通过长时间的分析才能发现,多数法院可能认为是商业秘密,其理由是该项秘密使持有者取得了时间优势。

三、比较之三:中美对侵犯商业秘密行为的认定

(一) 美国对侵犯商业秘密行为的认定

对于侵犯商业秘密的行为在美国是采取限定列举的方式予以认定的。在《侵权行为法重述》第757条规定:“未经允许,泄露或使用他人的商业秘密,而有下列情形之一的,应对该他人负其责任:(1)以不正当方法获取秘密的;(2)其泄露或使用已构成违反其与告知秘密者之间的信赖关系的;(3)自第三人方获知秘密而明知其为秘密且该第三人是以不当方法发现,或以违背对他人的保密责任而泄露的;(4)取得秘密时,已获得告知其为秘密,且其泄露是由于错误所致的。”在《统一商业秘密法》中又对“不正当方法”进行了确认。该法第1条第1款规定,所谓不正当方法包括盗窃、贿赂、误传、违反或唆使违反保守秘密义务,或者用电子计算机或其他方法进行侦探的行为。在第2款中对侵占行为进行确认。所谓侵占是指:(1)经由第三人取得他人的商业秘密,且该提供商业秘密的人是以不正当方法获知或没有理由获知该项秘密的;(2)未得到商业秘密提供人的明示或暗示同意而泄露或使用他人的商业秘密,且该商业秘密提供人员是运用不正当方法取得商业秘密的内容,或者在泄露或使用,知悉或有理由知悉其获知的商业秘密内容是出自或得自经由不正当方法取得该项秘密内容的人,或在负有维护该秘密责任或限制使用的状态下,取得

该项内容,或是出自或得自负有保密义务的人,为寻求减轻其维护商业秘密的义务或限制使用的;(3)在实质改变其地位之前,即知悉或有理由知悉该项秘密内容为商业秘密,且其获得的该项知识是在意外或失误状态下取得的。

《侵权行为法重述》对于侵占的构成是以泄露或使用为前提的,而《统一商业秘密法》对侵权行为构成要件的规定较宽广,即不管有无使用或泄露,只要是以“不正当方法取得”,均可能被视为构成侵权的事实。

由于“不正当方法”多种多样,《统一商业秘密法》特别于第1条的说明栏中列举了一些所谓的正当方法,以供执法者参考。包括:(1)经由自己的研究发明而得知;(2)由反向工程而得知;(3)基于与商业秘密持有者的许可合同而得知;(4)对公知和公用的事物的观察而得知;(5)从发行物中得知。另外,《侵权行为法重述》第758条还规定了商业秘密的善意取得制度,即善意和无重大过失而取得的商业秘密,应当允许在交易时所约定的权限范围内使用、公开该商业秘密。

(二) 我国对侵权商业秘密行为的认定

从我国目前的立法现状看,侵犯商业秘密行为可归结为两大类:一类是合同当事人或其他负有保密义务的当事人违反保密义务侵犯商业秘密行为;另一类是第三人以不正

当手段侵犯商业秘密行为。

就第一类来说,主要规定在《技术合同法》和《劳动法》中。例如,《劳动法》第22条规定,劳动合同的当事人可以在劳动合同中约定雇员或其他人员应保守用人单位的商业秘密。雇员如违反该约定将承担相应的法律责任。

第二类侵权行为规定在《反不正当竞争法》中。该法第10条第1款和第2款列举了侵犯商业秘密的行为。表现为:(1)经营者非法取得商业秘密,即经营者以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;(2)经营者非法公开或转让商业秘密,即经营者披露、使用或者允许他人使用以前项不正当手段获取的权利人的商业秘密;(3)经

营者违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密;(4)第三人非法获取或公开商业秘密,即第三人在明知或者应知前面所列的违法行为的情况下,仍获取、使用或者披露他人的商业秘密。由于《反不正当竞争法》采用列举的方式而并未规定弹性条款,因此可以认为只有以上四种行为才是侵犯商业秘密的行为。然而,现实情况是异常复杂的。如经营者内部雇员盗窃其雇主的商业秘密出卖给他人从中获利;合法地了解或掌握商业秘密的内部技术人员或经营管理人员,擅自在新闻媒介上宣传、泄露的事,是否也构成侵犯商业秘密,法律未作明确规定。

四、比较之四:中美侵犯商业秘密的法律救济制度

(一) 美国的法律救济制度

《统一商业秘密法》规定了两种法律救济制度,即禁止性救助和金钱赔偿。实施禁止令救助的原则旨在防止以后使用已泄露的商业秘密。禁止令的有效期应相当于滥用他人商业秘密者对于善意竞争者的商业优势完全消失所需要的时间。也就是说,在禁止令的有效期内,滥用他人商业秘密的人不能继续滥用他所获得的秘密,等禁止令有效期期满,尽管侵权者仍然知道这些秘密,但他使用这些秘密对竞争者来说已经不构成任何威胁。在美国,禁止令通常分为以下两种:

1. 先行禁止令 通常是在诉讼中法院发出的要求当事人为一定行为或不为一行为的命令。在商业秘密侵权诉讼中,法院可依法发布先行禁止令,禁止被告继续使用已经泄露的商业秘密。当案件审结后,先行禁止令就被撤销,取而代之的是长期禁止令。当然,并不是所有的商业秘密侵权诉讼都可以发布先行禁止令。发布先行禁止令应具备两

个条件:(1)原告根据案件的事实推断能胜诉;(2)如果不采取先行禁止令原告会遭受不可弥补的损失。由于先行禁止令在诉讼提起后很快就能发出并且能够及时有效地制止不法侵权者的侵权行为,因此它的作用也是非常明显的。

2. 长期禁止令 这种禁止令通常只是在法院充分听取了原、被告双方的争辩并认真审查双方提供的证据后,才有可能发出,也是对案件作出的最后裁决。发布禁止令的方法目前已被许多法院所接受,如果诉讼当事人不执行禁止令,法院可以藐视法庭罪加以论处。

为了保证侵犯他人商业秘密者在禁止令有效期内停止滥用,禁止令可以规定侵权者就其以后使用支付一定期限(不超过禁止使用期限)的合理使用费。这表明,《统一商业秘密法》已经放弃了由一些法院经常采用的永久性惩罚原则。根据以往的永久性惩罚原则,即使侵权者非法获得的商业秘密已经成为公开的知识,法院对侵权者发出的禁止令也不

应废止。

金钱赔偿,即民事侵权损害赔偿。这种方式既可以单独进行,也可以同禁止令放在一起进行。如果被侵犯的商业秘密已经完全暴露在公众之中,对其保护已失去意义,发布禁止令也无济于事,因而只能单独请求损害赔偿。金钱赔偿的依据包括原告的实际损失和被告的不当得利两个方面。法院有时也以原告的损失或使用商业秘密应支付的合理费用来计算赔偿数额。在发生故意和蓄意侵权的情况下,法院可以裁定惩戒性赔偿,即判决的损失赔偿额超过实际受损额,但该赔偿额不得超过补偿性赔偿额的两倍。

(二) 我国的法律救济制度

根据我国目前的法律规定,对商业秘密的法律保护有三种形式,即民事方式、行政方式、刑事方式,与此相应的是三种责任方式。

1. 民事责任 它是保护商业秘密最重要的一种法律保护形式。通常又可分为承担民事违约责任和民事侵权责任。在《技术合同法》中包括下列几种形式:(1)停止违反合同的行为,如合同当事人或其他负有保密义务的当事人必须停止使用或转让商业秘密行为;(2)赔偿损失;(3)承担违约金。在《反不正当竞争法》中规定了侵权责任形式:(1)停止侵权行为;(2)赔偿损失。赔偿额的计算,是以商业秘密持有人遭受的实际损失来计算。如果实际损失难以计算,赔偿额为侵权人侵权期间因侵权所获得的利润。

需要说明的是,只有在侵犯商业秘密的行为人是经营者时,商业秘密权利人才能根据《反不正当竞争法》第20条第1款的规定,

对该经营者提起损害赔偿之诉。如果侵犯商业秘密的行为人不是经营者,而是权利人的内部雇员或其他合同当事人,那么,商业秘密持有人就不能依据《反不正当竞争法》来提起侵权之诉,只能以其雇员违反劳动合同所设定的义务,或以其合同当事人违反约定或违反有关保守商业秘密的要求为由,根据《民法通则》、《技术合同法》、《技术引进合同管理条例》和《劳动法》要求违约方承担违约责任。

2. 行政责任 根据《反不正当竞争法》规定,商业秘密的侵权人还应承担相应的行政责任:由监督检查部门责令停止违法行为,并根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。

3. 刑事责任 《反不正当竞争法》并没对侵犯商业秘密是否承担刑事责任作出规定,但并不是说侵犯商业秘密就不承担刑事责任。如对以非法获利为目的,而盗窃、骗取权利人商业秘密的行为,情节严重的,可认定为盗窃罪或诈骗罪;对于泄露国家或全民所有制企业商业秘密的行为,情节严重的,可按泄露国家秘密罪追究行为人的刑事责任。

与美国立法相比较,我国现行相关的法律在保护商业秘密方面显得很不完善:(1)尽管在几部法律中对保护商业秘密作了原则性规定,但缺乏可操作性,在实践中难以实施;(2)在调整范围上,相关法律法规也存在着局限性,如《反不正当竞争法》的适用范围仅限于“经营者与经营者之间的关系”,对于其与内部职工的保密关系,未加调整;(3)概念不统一,较为混乱,对商业秘密的范围、商业秘密的财产性质缺乏统一科学的定义;(4)缺少刑事规范,保护力度不够。

注释:[1] 朱效亮《美国商业秘密保护法的发展》,载《中外法学》1992年第2期第69页。

[2] 《中华人民共和国政府与美利坚合众国政府关于保护知识产权的谅解备忘录》第4条第1款。

[3] [美]约翰·理查兹著《产品进入美国市场的法律问题》,中国政法大学出版社1991年4月第1版第179页。

[4] 姜天波《美国商业秘密法评要》,载《当代法学》1992年第4期第71页。