

论我国商业秘密及其司法保护

李有星 徐 烨

近年来,商业秘密在市场竞争中的地位和作用日益重要,侵害商业秘密的行为和方式也随之增长,因而,保护商业秘密这一知识产权的要求十分迫切。我国保护商业秘密的

法律规范及其手段已初具规模并将逐步完善。本文试阐述我国商业秘密的含义、范围,侵害商业秘密的表现形式及其保护商业秘密的司法手段。

一、商业秘密的界定

在现有的许多文章中,对技术秘密(Know - How)与商业秘密(Trade - Secret)的概念和关系问题的论述十分混乱,有的称技术秘密包括商业秘密,有的称商业秘密包含技术秘密,有的称商业秘密就是技术秘密。那么,我国商业秘密的含义究竟是什么?商业秘密与技术秘密的关系如何?

商业秘密作为一个法律术语,在我国最早出现在1991年4月9日颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》中。而后,最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》中将商业秘密定义为:“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”。1993年12月1日施行的《中华人民共和国反不正当竞争法》第10条第3款规定,所谓商业秘密,是指不为公众所知、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。由此可见,我国商业秘密包含着技术信息和经营信息,技术秘密仅仅是商业秘密的组成部分。商业秘密不能等同于技术秘密。我国商业秘

密的含义,也是与国际上许多国家对商业秘密和技术秘密含义的处理相一致的。例如,美国《统一商业秘密法》第1条第4项规定:“商业秘密是指包括配方、模型、编辑、方案、设计、方法、技术或流程的信息。该信息具有:(1)其实质或潜在的独立经济价值是来自于尚未被他人所公知,或他人无法以正当方法轻易知悉,他人能获得独立经济价值,是因该信息的泄漏或使用;(2)已尽合理之努力以维持其秘密性。”美国现已有近40个州立法采用了该定义。日本在1990年修改后的《不正当竞争防止法》中规定:“商业秘密是指作为秘密进行管理,尚未众所周知的生产方法、销售方法及其他经营活动中实用的技术或经营上的情报。”可见,商业秘密概念几乎涵盖了生产、销售、经营等活动中的所有知识与经验。

商业秘密的范围无确切定域,它既可是涉及工业、农业、商业的技术信息和经营信息,也可是涉及第三产业一切领域的技术信息和经营信息;它既可是成熟的工艺技术,也可是阶段性成果,而且其表现形式多样。但

总的可以将其归为两类:一类是技术信息,另一类是经营信息。技术信息又称技术秘密。技术有公知技术和非公知技术,公知技术包括专利技术以及其他技术,非公知技术是指处于秘密状态的技术,即技术秘密,持有人一般是出于独占的考虑而不申请专利。技术秘密通常包括制造技术、设计方法、生产方案、产品配方、研究手段、工艺流程、技术规范、操作技巧、测试方法等。技术秘密的载体,可以是文件性载体,如设计图纸等,也可以是实物性载体,如样品、动植物新品种等。但实物载体往往以文件性载体为基础,有时它们可以同时成为技术秘密的载体^①。经营信息是指具有秘密性质的经营管理方法以及与经营管理密切相关的信息和有关情报,内容包括管理方法、营销策略、客户名单、供销情报等。在市场经济条件下,企业间充满着竞争,经营信息在许多场合下比技术信息更为重要,如一个企业通过长期公关活动和信誉建立起来的供销渠道,被他人不正当地探明和利用,就会完全失去竞争优势。因此,给予经营信息以法律保护是十分必要的。

根据上述的商业秘密和范围,商业秘密具有以下特征:

1. 秘密性 商业秘密主要是靠保密而不是靠法律维持其价值。其秘密性,主要表现在两方面:一是不为公众所知悉,处于不公开状态。换句话说,凡是已为公众周知或公用的通用技术和普通的经营策略、经营方式等,都不属于商业秘密的范畴。专利、版权等知识产权,则是以牺牲其秘密性来换取法律的直接硬性保护,故亦与商业秘密有本质的区别。二是权利人采用了保密措施。不采取保密措施,任其在社会公众中广为传播的信息,就不具有秘密性,不再是商业秘密。何谓采取保密措施?它主要指权利人为了使自

己掌握的商业秘密获得更大的经济效益、营业获利而采取的一系列防止泄密的行为、手段(措施)。这些行为措施既包括积极的,也包括消极的。积极的行为措施,如不让人参观某项工艺流程、将技术图纸存入保险箱内等。消极的保密措施,即不故意将商业秘密的内容传播出去,只有权利人自己知道。这种情况也视为采取了保密措施,就象银行为储户保密,只要不把储户存款情况告知他人就足够了,毋需格外采取保密措施。

2. 价值性 价值性是指信息能给权利人带来利益,包括现实的经济利益和潜在的竞争优势。这是权利人之所以会把此类信息作为商业秘密保护的根本原因,也是商业秘密与政治秘密、个人隐私等一般秘密最为显著的区别。商业秘密必须能够完成工业实施的使命和为商业提供利润。商业秘密的价值性体现了保护商业秘密的内在原因。对权利人而言,维持商业秘密的秘密状态,其直接目的就是谋求经济上的利益,而国家法律保护商业秘密的目的也在于维护权利人的经济利益和社会的经济秩序。

商业秘密的价值性还表现为商业秘密的实用性,即法律保护的商业秘密必须达到一定的水平,并能够在生产经营中被实际利用。实用性并不等于完美无缺,信息中的某些缺陷不影响实用性的成立。而且实用性与时间密切联系,此时具有实用性的信息,彼时可能就失去实用性。

3. 独特性 独特性是商业秘密在“质量”上的特征,即法律保护的商业秘密必须达到一定水平的新颖性和非显而易见性,在较长的时期内不易被他人总结、研究而被知^②。因此一般的常识、同行或者同专业普通技术人员都知晓的经营、技术知识、信息或资料,以及根据已有的技术和经营知识能显而易见

① 参见李有星、丁卫强:《试论商业秘密的侵害与预防》,中国商业法制,1996年第8期第10页。

② 参见李永明:《商业秘密及其法律保护》,法学研究,1994年第3期第46-54页。

的技能、知识等,都不属于商业秘密。商业秘密的独特性体现了商业秘密中权利人的智力创造性劳动。保护商业秘密的实质是保护权利人智力创造性劳动。

4. 无绝对排他性 商业秘密的权利人不能对抗正当的竞争,即不能阻止他人独

立研究开发出谋而合的技术,也不能追回从自己手中逸出的商业秘密,更不能追究善意第三人的责任。

上述特征既是商业秘密的本质特征,也是司法实践中确认商业秘密保护客体的依据。

二、侵犯商业秘密的几种表现形式

实践中,侵犯商业秘密的表现形式多种多样,较为复杂。根据我国《反不正当竞争法》第10条之规定,主要表现形式包括三大类:

1. 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 盗窃商业秘密,即以非法占有为目的,秘密地占有他人的商业秘密。包括两种情况:一种是权利人内部职工秘密窃取属于权利人所有的商业秘密;另一种是外部人员为了经济目的窃取权利人的商业秘密。盗窃手法可以多种多样,除撬锁、扒取等手法外,掌握商业秘密的内部人员秘密地将商业秘密出卖获利的,也应属盗窃,但这与刑法中的盗窃罪构成显然是有区别的。利诱是指以物质利益或其他利益诱使、挖走掌握商业秘密的内部职工较为多见,如通过高薪挖走竞争对手中掌握关键技术的技术人员。有时并不需要技术人员把图纸带走,只要技术人员把该项关键技术用于生产经营就足以构成侵权。胁迫是指以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害,或以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损失相要挟,迫使其交出商业秘密的行为。

除了通过盗窃、利诱、胁迫手段获取商业秘密外,通过其他不正当手段,如抢劫、欺诈等获得权利人的商业秘密,同样构成对权利人商业秘密的侵害。

2. 披露、使用或者允许他人使用以盗窃、利诱、胁迫等不正当手段获取的权利人的商业秘密 行为人以不正当手段获取权利

人商业秘密,即足以构成对权利人商业秘密的侵害。但是,行为人往往不满足于非法占有商业秘密,获得商业秘密后一般都有进一步的目的,或出让,或使用,以牟取不法利益。《反不正当竞争法》将此规定为侵犯商业秘密的表现形式之一,实际上这是行为人对商业秘密的进一步侵犯,情节更为严重。

披露是指将商业秘密向他人或公众散布、传播。商业秘密的内容一旦被传播出去,权利人必然会蒙受损失。披露的目的并不一定都是为了经济利益,有的为了对权利人报复泄愤,故意将商业秘密泄露出去。使用是指将商业秘密直接用于生产经营之中,以取得经济利益。例如,将窃得的图纸用于加工,将非法截获的经营情报为自己所用等。允许他人使用是指以“权利人”的身份将非法取得的商业秘密转让,提供给他人使用。一般都从中收取“转让费”、“信息费”等,但也有无偿转让的,同样构成侵权。

3. 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 这一类侵权形式与前两类不同,行为人和权利人之间都有一种特殊的业务关系,行为人是通过合法手段获得或掌握权利人的商业秘密的,但他须按保密协议的约定或者应权利人的要求承担保密义务。行为人一旦不履行保密义务,披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密,即对权利人构成侵权。负有保密义务的人有:①因工作关系需了解商业秘密的雇员、法

法律顾问、律师、会计师等;②权利人的业务伙伴,如供货商、代理商、协作厂家等;③付出使用费后取得商业秘密使用权的受让人;④依法负有技术转让合同管理职能的国家机关及其有关工作人员。

除此以外,第三人明知或应知前述三类侵犯权利人商业秘密的违法行为,获取、使用或者披露他人商业秘密的,也视为侵犯商业秘密。换言之,第三人如果在不明知也不可能知道的情况下,善意地获取、使用或者披露他人的商业秘密,并不认为是不正当竞争行为,但知悉后应停止使用,否则可以构成侵权。

了解侵犯商业秘密的表现形式的同时,

应当明确下列情形不是侵害商业秘密的行为:①独立开发、研制而获取或使用与他人商业秘密相同或近似的技术信息或经营信息;②根据公知知识,对公开发行的文献,公开使用和展示的产品或信息加以观察、研究而获取和使用他人的商业秘密;③经商业秘密权利人授权,包括明示或默示同意而获取或使用权利人的商业秘密;④以其他善意方式获取、使用或披露他人的商业秘密,包括不知道或不应当知道该技术信息或经营信息是他人的商业秘密而获取、使用、披露的;第三人不知或不应该知道他人是以不正当手段获取的权利人商业秘密而获取、使用和披露的。

三、商业秘密的司法保护

根据我国《反不正当竞争法》、《民法通则》、《技术合同法》、《保密法》、《刑法》等法律的规定,我国对商业秘密的司法保护主要有以下几方面:

1. 民事司法保护 侵害商业秘密行为多为民事违法行为,因此对侵害商业秘密行为进行民事制裁是最重要的一种法律保护形式。行为人侵犯他人商业秘密承担的民事责任主要分为违约责任和侵权责任。

第一,违约责任形式。权利人与侵权人订有使用商业秘密的协议,后者违反保密协议的规定披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的,应按照合同的约定和有关法律的规定承担违约责任。例如,我国《技术合同法》规定,技术合同条款应包括“技术情报和资料的保密”内容,违反合同约定的保密义务,“应当支付违约金或者赔偿损失”。《技术引进合同管理条例》第7条规定:“受方应当按照双方商定的范围和期限,对供方提供的技术中尚未公开的秘密部分,承担保密义务”。如果违反约定,侵犯权利人商业秘密造成经济损失的,侵权人还应当承担民事赔

偿责任。

第二,侵权责任形式。权利人和侵权人没有订立使用商业秘密的协议,后者以不法手段侵犯权利人商业秘密的,应当承担侵权民事责任。根据我国《民法通则》和《反不正当竞争法》有关规定,承担侵权民事责任的方式主要有停止侵害、消除影响和赔偿损失三种,其中赔偿损失是侵权人承担民事责任最关键、最实质的方式。《反不正当竞争法》第20条对如何承担损害赔偿作了规定:“被侵害的经营者的损失难以计算的,赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得利润;并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。”损失可以计算的,则应按实际损失予以赔偿。

权利人的商业秘密受到侵犯,首先应当寻求的就是民事经济司法保护,这是一条最经济便捷的司法救济途径。

2. 行政司法保护 依照《反不正当竞争法》规定,各级人民政府都有采取措施、制止不正当竞争行为的义务,为公平竞争创造

良好的环境和条件。县级以上人民政府的工商行政管理部门是对侵犯商业秘密行为进行监督检查的法定机关。商业秘密的权利人遇到权利被侵犯,除可向人民法院起诉寻求民事经济司法保护外,也可向法定的监督检查机关——有关的工商行政管理部门请求查处,以保护自己的合法财产权利。工商行政管理部门应当依法履行自己的职责,及时查处违法行为,以维护正常的市场经济秩序。如若工商行政管理部门对权利人的请求不予答复甚至拒绝履行自己的职责,或者虽然对违法行为进行了查处,但权利人不服的,仍可进一步寻求行政司法保护,向人民法院提起行政诉讼。其法律依据是:①根据《反不正当竞争法》第20条、第25条的规定,对侵犯商业秘密的行为,监督检查部门应当责令其停止违法行为,赔偿损失,可以根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。②《反不正当竞争法》第29条规定,当事人对监督检查部门作出的处罚决定不服的,可以向上一级主管机关申请复议,对复议决定不服的,可以自收到复议决定书之日起15日内向人民法院提起诉讼,也可以直接向人民法院提起诉讼。③我国《行政诉讼法》第11条第1款第5项规定,申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责,行政机关拒绝履行或者不予答复的,申请人可以向人民法院提起诉讼。

3. 刑事司法保护 对商业秘密实行刑法保护,对严重侵害商业秘密的行为规定刑事责任,是国际上一种通行的做法。例如,德国《防止不正当竞争法》规定,对侵害商业秘密的行为人处以5年以下的有期徒刑或并科罚金;法国刑法典第418条规定,公司经理、雇员或工人将其在受雇期间了解的秘密泄露给外国人或在外国居住的法国人,判2~5年徒刑,并科以罚金。我国台湾省的《公平交易法》第19条规定对商业秘密的侵

害行为人可判处2年以下有期徒刑、拘役或并科罚金,被侵权人还可请求补偿或额外补偿。我国《反不正当竞争法》中没有对侵犯商业秘密的行为规定追究刑事责任,但是在我国已有法律中,有不少关于追究情节严重的侵犯商业秘密行为刑事责任的规定。具体讲:第一,是对于采用盗窃或者其他不正当手段获取商业秘密的行为,可以按刑法分则第5章侵犯财产罪的有关罪种定罪处罚。因为“财产”既包括有形财产,也包括无形财产。“技术是商品”也已成为无法否认的既成事实,所以商业秘密不管是附于载体(如图纸、报表、磁带、软盘),或不附于任何载体,而只作为一种无形的信息状态存在,都能够成为侵犯财产罪的对象。故对行为人以非法占有为目的,利用职务之便而侵占、盗窃、骗取本单位商业秘密,情节严重的行为可认定为贪污罪;对行为人以非法获得为目的,非基于职务之便而盗窃、骗取权利人的商业秘密,情节严重的行为可认定为盗窃罪、诈骗罪。^①1994年6月,最高人民检察院、国家科学技术委员会联合发布的《关于办理科技活动中经济犯罪案件的意见》中第5条规定:“对非法窃取技术秘密,情节严重的,以盗窃罪追究刑事责任。”1994年10月,最高人民法院发布了《关于进一步加强知识产权保护的通知》,指出对于盗窃重要技术成果的,应当以盗窃罪依法追究刑事责任。当然,某项被盗取的商业秘密在进入流通领域或者被实际利用之前,要计算其实际价值是很困难的,故对这类犯罪很难象对其他犯罪那样“计赃论刑”。第二,是泄露属于“国家秘密”的商业秘密,情节严重的,按照泄露国家秘密的犯罪追究刑事责任。我国刑法第186条明文规定了泄露国家秘密罪及其法定刑。我国《保守国家秘密法》规定,“国民经济和社会发展中秘密事项,科学技术中的秘密事项”属于“国家秘密”的

① 李卫红:《论侵犯商业秘密罪》,1995年全国刑事法研讨会论文。

范畴。1989年《国家秘密技术出口审查暂行规定》规定:“国家秘密技术,是指关系到国家的安全和利益,依照有关保密的法律、法规的规定,划定为秘密级、机密级和绝密级的发明、科技成果和关键性技术”。同时规定,凡属于国家秘密技术向国外单位和国内三资企业、驻华机构转让、交流等,需按规定办理审批手续,违者追究法律责任。全国人大常委会《关于惩治泄露国家秘密犯罪的补充规定》规定:“为境外的机构、组织人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密的,处五年以上十年以下有期徒刑;情节较轻的,处五年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处剥夺政治权利”。可见,商业秘密中属于“国家秘密”的那部分,是可以成为泄露国家秘密犯罪的犯罪对象的。

应当指出,我国对商业秘密的刑法保护

还不全面,保护范围较窄,尤其是在《反不正当竞争法》中没有对商业秘密给予刑法的普遍保护,这是立法上的一大缺陷。为了使刑事立法与社会主义市场经济相适应,立法机关已经考虑在修改刑法或《反不正当竞争法》时,增设有关侵犯商业秘密犯罪的罪名,给予商业秘密普遍的刑法保护。值得一提的是,我国《刑法》修订草案稿中有这方面的考虑;《刑法》(草案)第192条规定,经营者有侵犯商业秘密行为之一的,给商业秘密权利人造成重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役,可以并处或者单处罚金;造成特别严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑,可以并处或者单处罚金。但是,《刑法》(草案)将侵犯商业秘密罪列入扰乱市场秩序罪一节欠妥,根据知识产权的一般含义和通行做法,宜将侵犯商业秘密罪列入侵犯知识产权罪一节。

(上接第9页)

上文介绍的各国产品责任法情况来看,因产品责任产生巨额赔偿只在美国较为突出,而其他国家,如日本,1995年生效的《产品责任法》明确采用无过错责任原则,但赔偿数额却相对美国而言很低。因而,巨额赔偿并不是“严格责任”原则所必然导致,也不是其必然结果。

当然,由于产品责任是一种特殊的侵权行为,且原被告双方在诉讼活动和经济地位上存在明显差异,因此,我国产品责任法适当提高生产者赔偿限额以体现法律保护弱者、兼顾公平的理念亦在情理之中,并突出社会主义市场经济立法保护最广大人民利益的初衷。

产品责任法作为一个崭新的、不断发展的法律部门,真正得以建立、完善并深入人心,不仅需要立法者的努力,更需要极大提高全民的法律意识。法律赋予人们权利,但“大凡一切权利的前提就在于时刻都准备着去主张权利。”只有全民法律意识的提高,才会有法制的真正健全,这不仅是产品责任一个部门法面临的问题。