

TRIPs 中商业秘密规定研究

潘永建

摘要: 商业秘密作为知识产权的新的客体形式,自 90 年代以来得到了迅猛的发展。TRIPs 是商业秘密领域第一个国际性立法文件,其有关商业秘密的属性、界定、法律保护的规定,对 WTO 成员的商业秘密法制具有约束力和学理意义。在我国加紧制定商业秘密法和加入 WTO 之际的双重背景下研究 TRIPs 中有关商业秘密的规定并提出符合国家利益的学理主张是十分必要的。本文拟从商业秘密保护与国家利益保护角度出发,分析 TRIPs 中的相关规定,并对我国的商业秘密立法与 TRIPs 的接轨提出若干思考意见。

关键词: 商业秘密;TRIPs;立法

中图分类号: F 744 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894(2002)01-0017-05

一、TRIPs 关于商业秘密属性的规定

TRIPs 将商业秘密界定为“未披露信息”,TRIPs 第 1 条第 2 款规定,“就本协议宗旨而言,知识产权这一术语系指第 2 编第 1 节至第 7 节的主题所含全部知识产权种类”,而第 2 编第 7 节就是有关未披露信息保护内容。从表面上看,TRIPs 已明确承认商业秘密为知识产权的客体形式,但仔细分析笔者认为尚不能得出如此结论。首先,第 39 条第 1 款特别指出对商业秘密的保护是在执行巴黎公约(1967 年)第 10 条之二规定(即对反不公平竞争提供有效保护)的过程中实施的,这一规定暗含的意义是对商业秘密的保护仍是在反不正当竞争领域内进行的;其次,整个条文始终未使用商业秘密所有人的概念,却反复强调权利主张人对商业秘密的合法控制,从侧面质疑了商业秘密的财产属性;最后,TRIPs 是南北对抗即发达国家集团利益与发展中国家集团利益斗争、协调的产物,^①并不能代表世界各国的普遍意见。尽管如此,TRIPs 第一次将商业秘密纳入全世界知识产权保护体制之中,仍具有不可忽视的学理意义,反映了商业秘密成为知识产权新兴客体形式的发展趋势。

笔者认为遵守 TRIPs 关于商业秘密属性的规定,在立法中明确承认商业秘密是知识产权的分支是适时和必要的。这是因为:一方面,我国在对外经济交往中已大量出现商业秘密作为财产出资、质押的现象,例如,《公司法》、《中外合资经营企业出资规定》都规定非专利技术可以作为公司、合资经营企业的资本出资,但一旦在履行以非专利技术形式的商业秘密出资义务的过程中出现纠纷时,由于现有法规对商业秘密财产属性未作明确规定,通常难以充

分保护商业秘密权人的合法利益;另一方面,从学理上看,商业秘密虽有其特殊性,但仔细研究仍可发现商业秘密具有知识产权的一般特征。首先,商业秘密具有无体性,符合知识产权的基本特征,这一点自不待言;其次,商业秘密具有地域性。商业秘密的地域性是指一个主权国家是否保护商业秘密,例如在我国制定《技术合同法》、《反不正当竞争法》之前,就不能认为在我国地域内,已经有立法保护商业秘密;再次,商业秘密具有时间性,这一点也是最具争议的。笔者认为知识产权的“法定时间性”在不同部门之间有着很大差别。专利权、著作权等的法定时间是享受保护的最长时间界限,商标权则具有永久权利性质。商业秘密从表面上看没有时间限制,但从严格意义上讲,商业秘密权在下列情形下终结:(1)权利人自愿将商业秘密公之于众;(2)权利人申请专利;(3)权利人将含有商业秘密的作品公开出版;(4)权利人的疏漏泄露;(5)第三人将商业秘密公开。最后,商业秘密具有排他性,这一点也是颇具争议的。确实商业秘密权人仅具有相对排他权,这主要是因为法律允许对同一商业秘密的“平行共有”所致。但不可否认的是权利人仍对除平行共有人之外的第三人享有排他权。同时,知识产权其他部门的排他权也不是绝对的,例如,我国《专利法》第 62 条第 3 款规定:“在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备,并且仅在原有范围内继续制造、使用的,不视为侵犯专利权。”

二、商业秘密的界定

1. 商业秘密的法定范围 关于商业秘密的保护范围,各国立法通常都是从两个方面,即范围的要求和法定构成要件来加以规定的。在范围的要求方面,一般认为商业秘密是一个动态发展的概念,应该包括技术秘密、经营秘密和管理秘密等内容。商业秘密法中的技术秘密主要是指不享有一般知识产权保护,尤其是专利法保护的实验、生产、装配、维修和操作等方面的技术秘密,并主要寓于图纸、资料、胶卷、软件等载体中。经营秘密是指技术信息以外的能够为权利人带来竞争优势的用于经营的各类信息,一般包括具有秘密性质的市场及与市场密切相关的情报或信息。管理秘密是指组织生产和经营管理的秘密,特别是合理、有效地管理各部门各行业之间的相互合作与协作,使生产与经营有机运转的秘密,通常表现为管理的模式、方法、经验及管理公关等。关于商业秘密的范围,TRIPs 没有正面作出规定,而是将商业秘密表述为“未披露信息”,从中可以看出事实上 TRIPs 赞同尽可能扩大商业秘密的涵盖范围。

2. 商业秘密的构成要件 这是指与社会竞争利益有关的信息,一旦满足其要求,就应该受到法律保护的条件。关于商业秘密的构成要件,有学者持三要件说,即认为商业秘密须具备秘密性、保密性、价值性 3 个构成要件;^②也有学者持五要件说,即认为商业秘密须具备秘密性、经济性、实用性、合法性、信息性 5 个构成要件。^③按 TRIPs 第 39 条第 2 款规定,商业秘密的构成须具备以下构成要件:(1)作为一个整体或者作为其组成部分的确切构造或组合,未被通常从事该类信息工作领域内的人们所普遍了解或者容易取得;(2)由于是秘密而具有商业价值;(3)合法控制该信息的人根据情况采取了合理的保密措施。从中可以看出 TRIPs 对商业秘密的构成要件规定有 3 个,即新颖性、价值性、秘密性,并且 TRIPs 对这些构成要件表达得非常原则、宽泛。例如,对价值性表述为“具有商业价值”,保密性表述为“采取了合理保密措施”,但究竟什么是“商业价值”、“合理保密措施”没有具体阐释,从中反映了

TRIPs 的立法背景,即以美国为代表的工业化国家集团寻求包括商业秘密在内的知识产权的最广泛范围,以便保护其在国际贸易中的利益。

关于商业秘密的构成要件,笔者认为须持谨慎态度。作为发展中国家,商业秘密保护并非“百利无害”:第一,先来分析一下专利,作为赋予专利权人一定时期的垄断权的制衡,专利权人必须将其发明公开,他人可以通过专利公告查阅专利权人的发明,这样可以节约整个社会的信息费用,减少已有技术的重复开发,避免社会资源的浪费。反观商业秘密领域则完全不同,商业秘密权人希望自己的商业秘密保密的程度越深越好,这样不可避免地会造成重复研究和社会资源的浪费。包括我国在内的发展中国家 R&D 经费都非常有限,由商业秘密引起的任何社会资源浪费造成的危害远比发达国家要严重得多;第二,在国际经济贸易中,如果过宽范围地保护商业秘密,极易造成发达国家的技术受让方以保护商业秘密为借口在技术贸易中设置不合理的障碍;第三,过宽范围地保护商业秘密不利于我国知识经济的发展。知识经济的标志之一,是承认知识的传播与转让同知识的生产同样重要。“知识传播网络”与“国家创新体系”同时存在和相互作用,支撑着在经济活动中的知识生产与利用。这种相互作用,决定了知识经济必然是学习经济。知识经济对学习、传播的强调,实际上是在知识的垄断性与公益性之间的平衡上对后者的倾斜。这种倾斜要求建立一种“中等”强度的知识产权保护:既保护知识创新者的利益,又引导知识的传播与扩散。商业秘密的本质特性(保密性)决定了它只能在小范围内受益,不利于知识的传播与扩散。因此如果过宽范围地保护商业秘密将对我国知识经济的发展不利。事实上,这一观点在 TRIPs 中亦有相应的规定,TRIPs 第 7 条明确指出,知识产权的保护与实施,旨在促进技术更新和技术转让及传播,技术知识的创造者与使用者的互利,增进社会与经济福利,平衡权利与义务。

一言以蔽之,我国在商业秘密立法中应制定明确、严格的商业秘密构成要件,以此来合理地限定商业秘密的范围。具体而言,在价值性方面需注意两个问题。第一,现有法律认为商业秘密的价值既可以是现实的经济利益也可以是潜在的经济利益。现实的经济利益比较容易理解,潜在的经济利益难以明确表达。在美国潜在的经济利益通常被表述为“领先时间”(head start),即权利人通过拥有商业秘密而获得的比竞争者在时间、成本上的领先优势。我国国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第 2 条第 3 款规定:“本规定所称能为权利人带来经济利益、具有实用性,是指该信息具有确定的可应用性,能为权利人带来现实的或潜在的经济利益或竞争优势。”这一规定看似全面,却给行政、司法实践中带来操作上的困难。其一,如果权利人将自己的商业秘密束之高阁,第三人侵犯其商业秘密权,如何证明权利人的将来使用中获得潜在利益?其二,判断商业秘密的价值是做出损害赔偿额的前提,不能将潜在利益量化,其结果必然是司法审判中赔偿额偏离公正标准;第二,有价值的消极信息是否应纳入商业秘密保护的范畴?消极信息是指诸如失败的实验报告、数据,建立最终客户名单中排除的名单,设计过程中被废弃的设计草图等,这些信息对于持有人而言,能够为其节省研究费用、少走弯路、提高经营效率,确实具有潜在的价值,但是如果立法保护这些消极信息,对于整个社会而言将会引发许多无用的重复研究,造成极大的资源浪费。因此,各国对此的规定是不同的,许多国家,如我国和美国都在立法上将商业秘密的价值性扩展为“能为权利人带来竞争优势”,从而将消极信息纳入商业秘密的保护体制之中,而在法国,由错误的知识构成的“消极”专有技术是不能得到法律承认的。因此,笔者认为有必要将价值限定为现实的价值,否定错误、消极的信息的价值性;在可复制性构成要件方面,

即商业秘密能够体现在一定产品或其他物品的复制活动上,我国现有法规尚无明确规定。商业秘密的可复制性要求可以明确地界定权利归属,方便商业秘密案件审理中的举证,从而节约争议解决费用及时间。因此,有发展中国家已注意到这一点,例如,安第斯集团第344号法令第74条规定,“构成工业秘密的信息必须记录于文件、电磁介质、光盘、微缩胶片或其他类似介质中”。笔者认为,我国的商业秘密立法应增加这一规定。

三、TRIPs 中商业秘密的行政、司法保护

TRIPs 制定了所有成员都必须达到的知识产权保护的最低标准。TRIPs 第39条第3款特别强调了政府部门在行政执法时应承担的保护商业秘密义务。按照第3款的规定,当成员要求提交未披露的实验或其他数据,作为批准使用新化学成分或农用化学产品上市的条件时,如果该数据的原创活动包含了相当的努力,则成员应该保护该数据,防止不正当的商业使用。在此情形下,政府部门承担保密义务是必要的,因为政府部门如果披露这些信息,技术信息将从权利人专有领域流入共有领域,权利人将有可能为此丧失竞争利益或优势。同时,根据 TRIPs 第7条的精神,即以有利于增进社会与经济福利的方式实行技术创新与技术转让、传播并重,实现技术知识创新人与使用人利益的平衡,规定了政府部门保密义务的例外,即政府部门为保护公众利益可作必要的信息披露。

值得注意的是,除确立了知识产权保护的实体标准之外,TRIPs 还制定了知识产权的实施制度。商业秘密的保护自然应遵守实施制度的规定,因此有必要对 TRIPs 实施制度作一简要的分析。TRIPs 第41条规定,各成员应制定有关知识产权实施的国内法或以国内一般法制来有效地制止侵犯本协议规定的各种知识产权的行为,但这些法律的实施程序应不构成贸易壁垒。TRIPs 第42条规定了民事司法、行政程序的公平、公正的程序,不言自明这是采用了美国等西方国家通常所说的“正当程序”(Due Process)概念,对商业秘密特别适用的是这种程序应保障当事人的保密要求。TRIPs 第42—46条规定知识产权保护救济措施,主要包括禁令、损害赔偿、销毁侵权物品等。TRIPs 最具特色之处在于增加了边境措施,这是因为上述民事和行政程序是对国内法实施机制而言的,但仅凭国内措施及各成员间的合作,仍难以根除国际贸易中的侵权行为,因此 TRIPs 第51—60条着重规定了有关边境措施,其中包括:第一,海关中止放行,各成员应采纳必要的程序,使得知识产权人在有充分理由,要求对进口的侵犯知识产权物品中止放行时,可以向有关行政或司法当局提出书面请求。第二,中止放行申请人应提供足够的证据。第三,中止放行申请人应提供一定的担保;当申请释放已被海关中止放行的产品涉及到外观设计、专利、拓扑图或未披露信息时,申请释放人应提供一定的担保,以保护权利人的利益。第四,在申请中止放行之日起10日内,海关当局没有采取申请人所要求的行动,或者有关当局已采取了暂时措施,被中止放行的产品应予释放。

四、我国商业秘密立法与TRIPs 的接轨

我国现行的商业秘密保护法制主要由《反不正当竞争法》、《刑法》、《合同法》、《劳动法》中有关商业秘密保护的规定与有关地方性法规、行政规章组成的。这种体制不可避免地存在着保护分散、不够全面系统等问题,因此我国正在积极制定《商业秘密法》。笔者认为在制

定立法的过程中,应充分考虑我国加入 WTO 的背景,注意与 TRIPs 的接轨。

1. 接轨的必要性 毋庸讳言,我国在对外开放过程中,通过国际贸易与国际投资的形式与国外的经济技术交流有了很大的发展,大量使用了国外的商业秘密(尤其是技术秘密)。因此,我们必须要注重对外国商业秘密的保护。我国如果不遵守 TRIPs 等国际惯例,对外国商业秘密不予保护或保护水平过低,有可能在技术贸易和争取外国直接投资问题上“授人以柄”,孤立于国际社会之外,最终的结果是在某些行业领域与发达国家的差距越来越大,这对我国的长远发展是极其不利的。因此我国在商业秘密立法中首先应调整与 TRIPs 规定不符之处。例如,TRIPs 专门规定了对于向政府或政府的代理机构提交的医用或农用化工产品相关数据的保护,而我国对此问题的规定尚属空白,因此必须在商业秘密立法中对此予以明确规定;TRIPs 第 39 条规定,在任何情况下,商业秘密的权利人均有权防止他人未经许可而以违背诚实商业行为的方式去披露、获得或使用其商业秘密。而 1988 年我国颁布的技术引进合同管理条例施行细则第 13 条规定,“引进技术秘密的合同中,不能将保密义务期限规定得比合同有效期限更长。”因此在商业秘密立法中有必要对此加以调整,规定商业秘密的受方任何时候都负有基于商业秘密法而产生的保密义务,直至商业秘密终止之时。

2. 接轨方式的合理谨慎性 从上述分析可以看出,TRIPs 规定的商业秘密构成要件要求非常低,涵盖的范围非常广,保护标准也非常严格。完全遵照执行不利于我国的对外经贸利益与技术进步。因此一方面我们要履行 TRIPs 等国际条约义务,另一方面应通过与 TRIPs 接轨的合理方式保护我国的民族利益。第一,由于 TRIPs 自身特点,协定不能在我国自动执行。这是因为:其一,协定第 1 条第 1 款关于“成员的义务与范围”规定,成员有义务使本协定的规定生效,同时承认成员有权在其法律制度和实践的范围内决定适当的方法执行协议;其二,TRIPs 协定赋予成员就协定规定的权利作出例外和限制规定的广泛自由,而且不仅限于协定明示允许的措施。这些措施的范围取决于成员根据协定序言表明的保护知识产权目的内容和第 7、8 条规定的基本原则和目标而分析作出的政策选择;其三,美国、欧盟等工业化国家不承认协定在国内法可以直接适用,这将从政治上对 WTO 的其他成员产生一定的示范效应。第二,TRIPs 协定序言宣布,“保证知识产权的执法措施与程序不至于成为合法贸易的障碍。”第 7 条规定,“知识产权的保护与权利的行使,目的应在于促进技术的革新、技术的传播与转让,以有利于社会及经济福利的方式去促进技术知识的生产者与使用者互利,并促进权利与义务的平衡。”第 8 条规定,“成员可在其国内法律及条例的制定或修订中,采取必要的措施以保护公众的健康与发展,以增加对其社会经济与技术发展至关重要领域中的公益,只要该措施与本协定的规定一致;成员可采取适当的措施防止权利人滥用知识产权,防止国际技术转让中的不合理的限制贸易行为或消极影响的行为,只要该措施与本协定的规定一致。”我国在制定商业秘密法时应充分利用上述条款,在立法中应对涉及履行 TRIPs 等国际条约义务的内容赋予一定的弹性,对履行 TRIPs 商业秘密规定而可能产生的负面效应利用国内法的例外规定予以消除,以达到充分保护国家利益的目的。

(作者单位:上海对外贸易学院)

注释:

- ① 伯纳德·霍克曼 迈克尔·考斯泰基著 刘平等译:《世界贸易体制的政治经济学——从关贸总协定到世界贸易组织》法律出版社 第 148 页
- ② 陈有西著《反不正当竞争法律适用概论》人民法院出版社 1994 年版 第 91—92 页
- ③ 关今华著《精神损害的认定与赔偿》人民法院出版社 第 168 页