

论商业秘密的法律救济 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E8_AE_BA_E5_95_86_E4_B8_9A_E7_c122_480698.htm

内容提要：关于商业秘密，世界知识产权组织《反不正当竞争示范法》第六条作出了规定。据世界知识产权组织国际局的解释，该条规定是以TRIPS第三十九条的规定为基础的。依《反不正当竞争示范法》第六条第三款规定，商业秘密应具备以下三个条件：

作为一个整体或作为其组成部分的确切构造或组合，它未被通常从事该类信息工作的领域内的人们普遍知悉或者容易获得； 具有商业价值； 权利人根据情况采取了合理措施以保持其秘密性。本文拟从商业秘密保护的缘由，我国商业秘密立法的现状及完善等方面展开分析，从而对商业秘密的财产权属性和商业秘密保护的内在必要性及界限进行逻辑分析，回应知识经济时代对商业秘密的认识问题。 关键词：商业秘密 秘密性 新颖性 价值性 管理性 一、保护商业秘密的理由 从我国法律和世界贸易组织对商业秘密的定义中，可以总结出商业秘密必须具备三个要素：第一，秘密性。秘密性指商业秘密所处的状态应当是秘密的，没有被公开过，这也是商业秘密最本质的特征，同时又是商业秘密区别于专利的最显著特征。确定商业秘密的秘密性，客观标准是“不为公众所知悉”。例如美国可口可乐畅销世界已达100多年，但其配方只有10人左右知晓，该配方就是一种典型的商业秘密。第二，新颖性。正如著作权须有原创性，专利权须有新颖性（Novelty），商业秘密亦应具有新颖性，才能受到保护。第三，价值性。商业秘密正是“因其属于秘密而具有商业价值”

，所以价值性是商业秘密必须具备的特征，主要是指其能为权利人带来显在的或潜在的经济价值或竞争优势，也就是说能为或可能为权利人带来实际丰厚的利润。第四，管理性。是指权利人应对商业秘密进行管理，要采取合理的保密措施。合理的保密措施，就是建立在商业秘密相对秘密性的基础上，根据各种商业秘密的不同要求进行控制和保护的措施。如：制定企业保密规划，企业与有关人员签定保密协议等。以上所述商业秘密的四个要素，是商业秘密获得法律保护的必要条件，缺少其中任何一个条件都不可能得到有效的法律保护。为法律所保护的事物，必然有它存在的理由，商业秘密也不例外。总的来说，有关商业秘密保护的理理由主要有：第一，鼓励发明创造。法律对商业秘密的保护，在很大程度上是保护投资者、开发者的劳动成果，以此鼓励人们投资于技术开发，从事研究发明。在社会中，如果盗窃具有商业价值的信息的行为普遍存在，人人都可以挖走他的雇员而获取最先进的技术秘密，则人人都有可能因为其雇员跳槽而丧失其技术秘密，那么，人们就必然不会对发明研究投入更多的人力、物力和财力，其结果必然影响生产的发展、商业的繁荣，妨碍技术的进步。第二，保障竞争秩序。竞争是经济充满活力必不可少的因素。但是经济竞争必须公平正当，必须符合竞争规则。在探究商业秘密保护制度形成及发展进程方面，国内外许多学者和法官们曾先后提出了调整商业秘密关系的诸多理论，他们大多是从商业秘密的法律属性入手进行分析。

二、我国商业秘密立法的现状

商业秘密在我国法律中经历了一个从无到有、保护范围从窄到宽、保护力度从弱到强的过程。随着我国市场经济的逐步确立，国家立法机关也加

强了保护商业秘密的立法工作。由于我国采用以竞争法为主体的立法模式，对商业秘密的保护主要体现在一些单行法律、法规中。到目前为止，我国直接对商业秘密进行保护的单行法律主要有以下几种：1. 《反不正当竞争法》1993年9月2日，八届全国人大常委会第三次会议通过了《反不正当竞争法》。它将侵犯商业秘密的行为列为不正当竞争行为，标志着我国商业秘密保护法律制度的初步确立。其保护商业秘密的特点如下：（1）对商业秘密的概念进行了界定，但未规定商业秘密的范围。（2）规定了侵犯商业秘密的行为手段。（3）规定了侵犯商业秘密的行政责任和民事责任，但未规定刑事责任。这是当前保护商业秘密的最主要的法律形式，它将那些用不正当竞争手段获得他人商业秘密的行为视为非法，并追究有关当事人的法律责任，既克服了合同法保护商业秘密的缺陷，也部分排除了侵权行为法保护商业秘密的障碍。但它所反对的行为只是不正当竞争行为，而不是所有的竞争行为。如果第三人通过正当的手段或者方式获得了商业秘密权利人的商业秘密，就不属于非法行为。因此，通过《反不正当竞争法》保护商业秘密的同时，应利用其他法律进行辅助性保护。2. 《劳动法》1994年7月5日，八届全国人大常委会第八次会议通过了《劳动法》。它保护商业秘密的最大特点是规定将保守用人单位的商业秘密作为劳动约定条款之一。事实上这是由法律直接规定了合理竞业禁止制度。所谓竞业禁止，就是禁止员工在工作期间和离职后与雇佣单位业务竞争，包括在职竞业禁止和离职竞业禁止。其内容就是禁止员工在本单位任职期间同时兼职于业务竞争单位，禁止员工从本单位离职后从业于业务竞争单位，包括创建与本单

位业务范围相同的机构。竞业禁止是保护商业秘密的特定需要，也是防止商业秘密泄露的有效措施。实施保护商业秘密的合理竞业禁止的方式主要有两种，一是合同约定竞业禁止，即在单位与其员工签订的劳动合同、聘用合同或者保护知识产权合同中明确约定竞业禁止条款。二是在单位制定的内部规章中明确规定竞业禁止。但我国《劳动法》没有对保护商业秘密的竞业禁止，具体规定时间、主体、范围等合理限制条件，在实际操作中难以把握竞业禁止的合理尺度，为纠纷的发生埋下了隐患。

3. 《合同法》我国《经济合同法》、《技术合同法》和《涉外经济合同法》都未明确规定保护商业秘密的法律制度。1999年3月15日，九届全国人大二次会议通过了《合同法》。它将合同对方当事人保守商业秘密的义务法定化，通过规定合同当事人对商业秘密的保密责任，实现对商业秘密的保护。如果对方当事人泄露或者不正当地使用，则应当承担损害赔偿责任。《合同法》将商业秘密的保护纳入其中，标志我国对商业秘密的保护提高到一个新的水平。通过《合同法》保护商业秘密，这是传统法律形式之一。它对于那些接触商业秘密的人是非常有效的。在保密合同中，对于保密的要求、范围、责任等，都可以做出明确的规定。但通过《合同法》保护商业秘密有一个严重缺陷，那就是合同的效力在通常情况下并不及于合同当事人之外的第三者。

4. 《刑法》1997年3月14日，八届全国人大五次会议修订、通过的新《刑法》中，规定了侵犯商业秘密罪。《刑法》保护商业秘密的特点表现在：（1）明确规定了侵犯商业秘密罪的概念和构成要件。（2）明确界定了“商业秘密”和“权利人”的涵义。（3）规定了有期徒刑或者拘役、罚金等

刑罚适用。新《刑法》的规定，标志着我国对侵犯商业秘密行为的制裁发生了质的变化，由原来的仅限于民事责任和行政责任，上升到刑事责任，加大了对商业秘密的保护力度。由此可见，我国上述单行法律，均从不同侧面对商业秘密的保护作了有关规定。综合来看，我国的商业秘密保护的法律制度基本上形成体系。我国现行商业秘密的法律保护的基本框架可概括如下：（1）《民法通则》第118条和关于“侵权”的规定，以及《民事诉讼法》第66条、120条关于“不公开审理”的规定。（2）《合同法》第42、43、60、92、125条及第18章的规定。（3）《反不正当竞争法》第10条和第20条，以及1995年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》对该条的完善。（4）《劳动法》第22条、第102条，关于“劳动合同”约定保密条款和损害赔偿规定的规定。（5）《公司法》第61条、第62条、第115条关于董事、监事、经理“竞业禁止”的规定。（6）知识产权法：1）《著作权法》中的版权保护；2）《商标法》中的“驰名商标”保护；3）《专利法》中的“模糊申请法”，即在整体专利中保留核心秘密，使外人难以掌握全套技术。（7）《律师法》第33条关于律师应当保守在执业活动中知悉的当事人的商业秘密；（8）《刑法》第219条“侵犯商业秘密罪”，在1997年10月1日之前，则适用刑法中关于“泄露国家机密罪”、“盗窃罪”、“贪污罪”的规定。（9）1994年4月15日签署、1995年1月1日生效的《与贸易有关的知识产权的协议》（简称TRIPS协议）第7节关于“未披露的信息的保护”。由于我国已于2001年12月11日正式成为世界贸易组织的成员，根据该组织的条约的规定，它对我国已经产生法律拘束力

。可见，为了适应建立社会主义市场经济体制的需要，我国加速了商业秘密立法保护进程，在较短的时间里，走过了西方国家商业秘密保护的百年历程，使我国摆脱了商业秘密保护无法可依的状况。

三、我国商业秘密立法的完善

上述法律的制定，形成了我国保护商业秘密的基本框架。但是由于商业秘密本身的特殊性所产生的特殊复杂的社会关系，就我国前面的法律保护体系来说，尚存在许多不足之处：

- 1、单一依据某一部法律，无法很好地保护商业秘密。首先，由于合同的效力在通常情况下并不及于合同当事人之外的第三者，因此通过合同法保护商业秘密有一个严重缺陷，就是对合同之外的第三者侵害商业秘密的行为无能为力，在这种情况下只好转而适用其他的法律。因此，合同法对商业秘密的保护是极为有限的。其次，使用侵权行为法保护商业秘密，虽然可以给予任何第三人，但是受害人必须证明自己是一个合法权利的享有者，还需证明侵权行为人主观上有过错。这是商业秘密持有人在侵权诉讼中承担了大量的举证责任。即权利人要求保护自己的商业秘密，首先应证明自己拥有这项商业秘密，包括提供该商业秘密是否具备《反不正当竞争法》第十项第三款规定的要件，其来源是否合法等等；其次，权利人还要证明义务人确已泄密或证明义务人所使用的信息以自己的商业秘密具有一致性或相同性；最后权利人还必须证明义务人有获得其商业秘密的条件。只有当权利人就上述问题一一举证证明后，义务人才开始承担证明其所使用的信息是合法获取或者使用的义务。如果权利人不能提供或者拒不提供其秘密的具体内容，裁判机关或查处机关就无法判断义务人是否侵犯其商业秘密。在这种情况下，权利人的请求必然

被驳回。这对本来已经是受害人的权利人来说是非常不公平的。再次，运用反不正当竞争法对商业秘密的保护也存在着很大局限性。反不正当竞争法所反对的行为只是不正当竞争行为，而不是所有的竞争行为。如果第三人通过正当的手段或者方式获得了商业秘密持有人的商业秘密，就不属于不正当竞争行为。进而导致反不正当竞争法对这种行为失去效用。而且，商业秘密持有人需要证明第三人的行为是不正当的，在实践中也会遇到一定的障碍。

2、对侵害商业秘密的行为处罚力度不够。我国《反不正当竞争法》关于侵犯商业秘密的民事责任问题，只规定了加害人承担实际损失的赔偿责任，即采用的是单一的补偿性赔偿金制度，没有规定惩罚性赔偿金制度。这种规定对加害人的制裁力度明显不够，容易导致某些侵犯商业秘密的行为人抱有侥幸逃脱或不惧索赔的心理，为获取非法利润，铤而走险，即使偶尔引发赔偿诉讼也因仅仅是赔偿实际损失，数额有限。对加害人的经济利益威胁不足，不能有效起到警示作用，以法律手段调整这种非法行为的效能就受到很大的约束。至于加害行为人有可能被处以行政罚款，这只是基于侵害商业秘密的违法行为在侵害个人利益的同时，还破坏了正常的市场竞争秩序，损害了社会公共利益，是加害行为人对国家和社会应负的责任，且罚款上交国家，于受害人的损失无补。也就是说罚款的行政制裁不能代替惩罚性赔偿金的民事制裁。

3、我国法律缺乏确认商业秘密的条件，因此，实践中缺乏可操作性。《反不正当竞争法》虽规定了商业秘密的概念及构成要件，但法律所保护的商业秘密究竟包括哪些具体内容，保护的範圍究竟有多宽，涉及哪些方面和类型等等，却未作任何规定，这就使

得实践中对商业秘密的解释、认定缺乏必要的法律依据，导致适用法律中争议较多，难度较大，甚至造成一些侵犯商业秘密的诉讼案件难以正常处理。这种立法上的空白在很大程度上影响了对商业秘密的有效保护。

四、如何完善我国的商业秘密立法

针对目前这种状况，为了更好地保护商业秘密，必须完善我国的商业秘密立法。

第一，必须明确规定商业秘密的具体内容、保护范围，以避免由于对商业秘密的不同理解而使争议无法处理的局面。我国《反不正当竞争法》规定了商业秘密的两种形式，即技术秘密和经营秘密，而没有包括管理秘密。所谓管理秘密是指有关生产和管理的秘密，如管理经验、管理公关、管理模式等。这些秘密机具有“三性”又可以给拥有者带来经济利益及竞争优势。因此，应将其作为商业秘密的一种形式加以规定。具体来说，商业秘密包括以下几种形式：设计、程序、产品配方、制作工艺、制作方法、管理诀窍、客户名单、货源情报、产品策略、招投标中的标底及标书内容等。

第二，增加惩罚性赔偿的规定。我国《反不正当竞争法》只规定了加害人承担实际损失的赔偿责任，即采取的是单一的补偿性赔偿金制度，这种惩罚的力度太小，缺乏对加害人的惩罚，因而不利于对商业秘密的保护。因此，为了加强对加害人的惩罚力度，应增加惩罚性赔偿金制度，以弥补单一补偿性赔偿金制度的不足。

第三，对于侵犯商业秘密的举证责任，应规定为“举证责任倒置”，而不适用“谁主张，谁举证”的原则。即规定只要原告举出被告产品与自己产品的一致性或相同性，同时证明被告有不正当获取商业秘密的条件或能力，就可以推定被告事实上使用了原告的商业秘密。被告要推翻这个结论，必须证明自己

是独立完成或由反向工程或合法渠道获得该商业秘密的。这样以来，就可以消除直接证明被告实施不正当行为的困难，更好的保护权利人的利益。第四，规定通过正当竞争行为而侵犯商业秘密的方式。《反不正当竞争法》规定了通过不正当竞争方式侵犯商业秘密的行为，但对许多通过正当竞争获取商业秘密的行为却不能适用，因而无法对这类行为进行处罚。所以，应增加这方面的规定，列举出这些行为的具体形式。综上所述，随着十七大的胜利召开，对外开放必将进一步扩大，商业秘密的法律保护应尽快与国际惯例接轨。因而，我国有必要制定一部专门的商业秘密法，在其中对商业秘密的实质条件、商业秘密权利人的权益、商业秘密的保护方法、商业秘密侵权行为及应负的责任作出详细规定，使其成为知识产权法律体系的一个组成部分。从而从根本上解决有关商业秘密的法律问题，使中国经济更好的和世界接轨。参考书目：1 戴永盛：《商业秘密法比较研究》，华东师范大学出版社，2005年1月。2 程乾平：《商业秘密侵权的民事救济》，载于《法制与经济》，2005年5月（总第121期）3 李春华 王合新：《论我国商业秘密的立法完善》4 张秦一：《我国商业秘密立法探析》5 郑成思主编：《知识产权法教程》，法律出版社，1993年第1版。6 刘春茂主编：《知识产权法原理》，知识产权出版社，2002年第1版。7 李强著：《知识产权的法律保护》，中国政法大学出版社，1995年第1版。8 刘家琛主编：《常见知识产权纠纷案例解》，四川人民出版社，2001年第1版。9 寿步主编：《知识产权名案新析》，吉林人民出版社，2002年第1版。（作者：刘晓芬，湖南省茶陵县人民法院）

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com