

知名商品和商业秘密的法律保护探索 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E7\\_9F\\_A5\\_E5\\_90\\_8D\\_E5\\_95\\_86\\_E5\\_c122\\_483360.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_9F_A5_E5_90_8D_E5_95_86_E5_c122_483360.htm) 在第二个世界知识产权日之际，由上海市工商行政管理局和上海市天宏律师事务所联合主办的“WTO与反不正当竞争研讨会”4月18日在上海召开。参加会议的有北京和上海知识产权领域的工商行政执法人员、法官、律师、专家、学者40余人。我国《反不正当竞争法》1993年实施以来，为鼓励和保护公平竞争，制止不正当的竞争行为，保护广大生产经营者和消费者的合法权益，促进市场经济的健康发展，发挥了重要作用。10年来，我国市场经济不断发展变化，该法在实施中遇到了不少新问题，需要研究解决。反不正当竞争的新问题 顾仁达(上海市工商行政管理局副局长)：近年来，上海各级工商部门大力整顿和规范市场秩序，不断加大反不正当竞争法的执法力度，全面制止该法规定的11种不正当竞争的违法行为，其中仿冒知名商品和侵犯商业秘密是热点和难点问题。1999年以来，上海各级工商部门已查处各种仿冒知名商品案90多起，罚没金额1133多万元，处理侵犯商业秘密案8起。上海正在迅速融入国际大市场，国内企业之间、中外企业之间、在我国的外国企业之间的竞争日趋激烈，各种不正当的竞争行为不断增多，形式更为复杂。反不正当竞争的立法和执法与现实经济生活已不相适应，各种规定不够完善，法律责任不尽明确，执法不到位等等。人们要求建立公平竞争的市场秩序的呼声越来越高。吕国强(上海市第二中级人民法院副院长)：由于反不正当竞争涉及面广，难以具体规范，其立法比较原则

而不具体。该法实施10年来尚未修改，而相关的商标、专利、著作权等法律已经多次修改。在当前经济现实和审判实践中，出现了许多当年立法尚未规范和预见的新情况。该法对调整当前经济活动中的各种不正当竞争所产生的矛盾与纠纷，已远远不够。现实中不少属于不正当竞争的行为，在该法中却找不到相应条文来处罚和制止。直接依据该法的总则条文来审理，尽管已有判例，亦仍欠妥。立法滞后亟待完善。

须建楚(上海市高级人民法院民三庭庭长)：目前，法院审理涉及知识产权的各种案件，设有3个审判庭：1，行政审判庭，审理专利局、版权局和工商局等部门的行政行为所产生的诉讼；2，刑事审判庭，审理侵犯知识产权构成犯罪的案件。这两类案件分散在全市各级法院中。3，审理民事案件的知识产权审判庭，审理知识产权侵权等案件，其案件相对集中在中级法院和少数基层法院，这有利于审判的统一性和法官专业素质的提高。我们法院和其他机关对反不正当竞争问题，都在探索，取得不少进展，当然也遇见一些新问题。

朱妙春(上海市天宏律师事务所主任)：我国反不正当竞争的法治建设发展很快，但仍尚在初始阶段，入世后日显重要，亟待加强。对商业秘密案，我代理过原告也代理过被告，从中发现，代理原告，要证明其商业秘密的权利来源和构成要件等，十分复杂难办，从而影响对其权益的保护。而当前侵权之风日烈，故司法部门对原告的诉讼要求应从宽掌握。对知名商品特有标识的保护，应包括服务业的特有名称。对知名商品的保护

黄建刚(上海市工商局经检处处长)：近年来，上海工商部门作为该法的主要执法机关，处理了大批不正当竞争案，其中侵害“知名商品特有的商业标识”案所占比例很大，其

仿冒手段日趋隐蔽巧妙。在执法中，包括律师办案，遇到的问题有：对知名商品如何认定；对其保护是否仅限于相同或相类似的商品；保护的地域性如何；商标法、专利法、著作权法与反不正当竞争法都保护知识产权，在执行中如何协调；服务性行业的仿冒商业标识，可否适用该法来制止。刘敏(国家工商行政管理总局公平交易局反不正当竞争处副处长)：由于立法对知名商品没有界定，各方对其认定的标准不尽相同。对此，国家工商总局在操作实务上作了一些明确：一是，看其产销的数量，如数量小，范围不广，消费者知道得少，一般不会被仿冒；二是，看销售的区域、时间、市场占有率、广告发布情况、消费者知悉程度等。商品的名称、包装、装潢凡被他人擅自作相同或近似使用，足以造成购买者误认的，该商品可以被推定为知名商品。刘晓海(国浩律师事务所律师)：由于竞争的实质是损害对方利益，所以竞争必须有序。其关键是竞争是否造成了市场上商品的混淆与混乱，来判断不正当的竞争行为是否成立。反不正当竞争不是给生产经营者以专有的权利，而是一种应该保护的利益。与会者认为，该法对知名商品特有商业标识的保护，也应包括对知名服务特有商业标识的保护。服务性行业的店内外的特色装潢和服务员的服饰、菜单餐具样式等，应当认定是经营者提供餐饮服务的整个包装、装潢。上海知名的“避风塘餐馆”，其“避风塘”3个字，可被认定为知名餐饮服务的特有名称，依法应予保护。对商业秘密的保护任荣祥(上海市科委法规处副处长)：从科技创新角度看，保护技术秘密非常重要。只有产权归属明确，才能防止市场混乱，形成有序竞争。商业秘密对企业很重要，即使其技术将由专利制度保护，但在

这之前亦处于保密状态，在人才及科研人员的流动中应予保护。吕国强：商业秘密案的审理要比专利等其他知识产权案的难度大，其难点是：1、原告告诉至法院要求保护时，是否应向被告出示其所称的商业秘密的秘密点，原告担心这会使被告因此反尔能全面了解其商业秘密；2、原告在法院审理案件过程中，是否应限制其为防止继续泄密而变更其技术秘密；3、如何界定商业秘密“不为公众所知悉”的概念；4、对有关方面出具的技术鉴定，怎样质证；5、客户名单是否构成商业秘密；6、原告起诉后，被告往往会辩称该商业秘密是向案外人“合法取得”的，被告对此的举证至何种程度。朱谢群(中国社科院知识产权中心在读博士生)：商业秘密的控制者有排它性。例如我国企业从某国引进技术，合同中并未明确是独占许可，还是非独占的普通许可，一般就被认为是普通许可。如该企业的某位雇员跳槽，带走了技术秘密，造成与该企业的竞争，侵害其利益，该企业能否起诉？一般认为，对非独占许可不予保护，该企业则似乎没有诉权，只能要求转让方来主张权利。而《Trips协议》中对商业秘密的规定很特殊，稍不注意容易被忽视，其中对版权、商标、专利权的规定，用的是“所有权人”或“拥有人”是“owner”，唯独对商业秘密的规定，用的是“控制人in the controller of the information”，即为控制信息的人，这是一个范围较广的整体。不论自然人还是法人，都有权防止别人通过不正当手段获取、披露、使用其商业秘密，维护自身利益。同为知识产权的商标、专利、著作的信息，都是在公开中实现其利益。唯商业秘密的信息不公开，不能通过大规模的许可来满足权利人的利益，从而使其知识产权的流动性很差，不能像商标

、专利那样被共享，只能在小范围和受限制的情况下，让别人来使用。被许可使用的人就成为该商业秘密的控制者，也就享有了排它的利益。因此，他就可以针对别人以不正当手段获取、披露、使用其商业秘密的行为请求司法救济。须建楚：商业秘密的普通受让人是否可以起诉，并没有被哪个法律或判例限制。对普通受让人不能起诉的误解原因似是：受让人觉得其权利来源有欠缺；最高法院关于专利法和商标法的两个司法解释中规定，排他许可人和独占许可人可以起诉，未包括普通受让人，这是考虑到其情况比较复杂，要根据实际情况审理。主要是看，有否符合条款规定的情况，是否有连接点，如第三人故意或明知采取偷窃、贿赂等不正当手段去挖取技术等等。抓住这些法律要点，就有了起诉的可能。

蒋丽珍(上海市第一中级人民法院民五庭庭长)：司法实践中能否直接适用该法的总则条文，应有所突破，学界和实务界对此有争议。商业秘密案件数量近年来直线上升，是法院司法实践中的难题之一。办案中的问题是：1，商业秘密中的技术到底是公知技术还是属于秘密技术，掌握起来有难度。2，第一权利处于闭合状态，第二被告使用了该商业秘密时，其侵权行为如何判断。3，构成侵权行为，要有商业秘密的接触点，如果没找到接触点，就无法主张权利，但接触点的举证有难度，原告往往认为是跳槽引起的，但只能拿出名片来举证，这在法律上的证据效力很弱，如果找不到接触点，鉴定就没有意义。最高法院新规定，原告和被告分别都可以请专家鉴定，双方还可以委托法院来请。行业协会中，只要有专家资质，且没有回避事项，其鉴定也有效。

王锡麟(交通大学教授)：权利被侵犯的一方，只要能证明自己单位掌握商业

秘密的员工跳槽到其他单位，并且证明该单位生产的产品与本单位一致，工商局或法院等机关就应该有一个基本的认定，要求被诉方提出证明自己不侵权的证据。同时，要注意避免原告的商业秘密在诉讼中第2次被侵权。在证明事实的问题上，由于商业秘密案件的特殊性，被侵权方不可能像专利、商标案件那样，充分说明纠纷的来龙去脉。因此，应该更多的考虑被侵权方的实际情况。近年来，因技术人员跳槽而带走技术秘密的现象十分普遍。与会人员认为，经营者的保密意识有待提高，对商业秘密诉讼案中作为被侵权证据要件的庭审要求，应从宽掌握，不宜过分强调企业是否有具体的保密措施等等，否则难以制止恶意挖取竞争对手的关键技术人员，侵犯他人商业秘密的不正当竞争行为。与会者指出，在立法上对商业秘密权利人的规定有出入。我国《刑法》和国家工商总局发布的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》中，对商业秘密权利人的界定是包括“使用权人”，而作为专门法的《反不正当竞争法》对“权利人”的概念却含糊不清，导致司法实践中，商业秘密的使用权人难以成为原告。而且还会造成对某种商业秘密的侵权行为，依据《刑法》构成侵犯商业秘密罪，但却依据《反不正当竞争法》又不构成侵权，致使商业秘密的使用权人难以成为原告，以致无法维权索赔的矛盾现象。应尽快修订《反不正当竞争法》，使之与《刑法》协调一致。与会者认为，在侵犯商业秘密罪的刑事审判实践中，法律对商业秘密的使用权人也是保护的。在民事诉讼中虽有不同规定，但只要是商业秘密的使用权人与商业秘密的侵权者之间，存在着市场竞争关系，而且侵权者获取商业秘密的途径是通过不正当手段从使用权人那里得

到的，法院就应对商业秘密的使用权人予以保护。关于商业秘密侵权的损害赔偿。有学者认为，由于原告的损失或者侵权者的获利，不仅是法律问题，更是经济问题，应由经济技术专家鉴定。对原告的损失，可以由无形资产评估机构来评估，经庭审质证，作为法官裁判的依据。有法官认为，在刑事审判中，为制裁侵权者而采取这种评估的方式是可行的，但在民事诉讼中，法院应采取损失多少赔多少的填平原则，原告就其损失或者被告的非法获利负有举证责任。《WTO规则》的实施要通过国内立法 吕淑琴(华东政法学院教授)：按照《民法通则》第142条：“中国缔结或者参加的国际条约同中国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中国声明保留的条款除外。”这使国际法的效力高于国内法，对我国很不利，也有悖于各国通行的做法，这一民法原则应尽快修改。把《WTO规则》直接在本国适用，这在美国、加拿大等国也都是不允许的，他们都是通过本国立法来实施。同理，把《WTO规则》直接在我国适用，也是不公平的，况且要国内的司法人员去解释和运用《WTO规则》，尚无这样的水平和能力，亦不现实。《WTO规则》对各国应如何适用并无具体要求，我们应采取间接适用，即制定成国内法再适用。任荣祥：《民法通则》第142条规定，国际法的效力大于国内法。但在适用方式方面有直接适用和间接适用两个方面。在中美知识产权谈判期间，我们对一些问题的处理，直接适用中美知识产权备忘录是有问题的，在未公开的情况下，这样做至少违背透明度原则。我国入世后，尽管我们承诺WTO规则优于国内法，但主要是通过修改和完善国内法的方式来适用，因此当前国内法的立改废很重要。反不正

当竞争法在我国的兴起和发展 俞梅荪(中国经济法研究会研究部主任)：1984年我在国务院经济法规研究中心，当时武汉市市长吴官正要我们帮助其制定反不正当竞争的政府规章，他主持起草并力排众议，几个月内制定并实施了《武汉市制止不正当竞争行为试行办法》，开了先例。1987年上海和黑龙江政府发布《制止不正当竞争暂行规定》。1988年吴官正调任江西省长，该省很快发布这一法规。当时我国经济开始搞活，各地政府迫切需要制止不正当的竞争行为，作了大量探索。1989年11月，联合国世界知识产权组织总干事鲍格胥和中国经济法研究会会长顾明发起，召开反不正当竞争国际研讨会，14国和我国10省市专家学者百余人探讨我国反不正当竞争的立法。万里委员长到会指出：“经济治理整顿，实行法治化，要借鉴发达国家的立法经验。”经各方努力，1993年全国人大发布了该法，10年来蓬勃发展，如今应进一步完善。各国反不正当竞争法大都包括：制止违反诚实信用的行为和限制性商业活动即反垄断反倾销。由于当年垄断行为尚未构成大的危害，未予立法。近年来各种垄断的危害日烈，尤其是一些国外的软件业巨头，对一些常用正版软件一直保持几千元的垄断暴利价。应尽快制定反垄断法。与会者一致认为，近年来为适应入世，我国调整了知识产权的法律制度，先后修订了专利法、商标法、著作权法，但是，作为知识产权法律体系中的基本法及其具有经济领域的宪法之称的《反不正当竞争法》仍未修订，立法的滞后，影响我国市场经济的健康发展。会议提出，尽快修订该法，刻不容缓。

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](http://www.100test.com)