

论商业秘密及法律保护 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_AE_BA_E5_95_86_E4_B8_9A_E7_c122_484421.htm 在财产权中占据相当内容的知识产权的范畴内有一项特殊的权利，即商业秘密权。商业秘密如同知识产权的其他权利特别是专利权、商标权一样作为一种无形财产，以能给权利人带来丰厚的实际或潜在的经济利益和竞争优势而成为现代市场极富竞争价值的重要手段。早在古代社会商业秘密即以“祖传秘方”、“家传绝技”等形式存在了，只不过当时尚未从法律上赋予其财产权的性质。近代法律意义上的商业秘密是随着市场经济的发展，作为对专利制度的补充面出现的。它首先受到英、美等判例国家的重视和法律保护，并在市场竞争中发挥着日益突出的作用。随着高科技的飞速发展和运用，经济竞争、国力竞争越来越表现为科学技术的较量，由此导致侵犯商业秘密行为由最初的不自觉状态发展为自觉状态，并呈现出隐蔽性、多样性和职业化的展趋势，致使国际上的地下、幕后激烈进行的产业间谍大案频频成为新闻媒体曝光的主题。为了商业秘密的安全，世界各国纷纷立法，强调实行依法保护。近年来随着世界科技、经济、贸易一体化的发展，商业秘密的保护也日益成为一个国际问题。关贸总协定(现为世界贸易组织)乌拉圭回合谈判达成的《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)，以及1992年中美两国政府达成的《关于保护知识产权的谅解备忘录》，均对商业秘密保护问题作了专门规定。故而对商业秘密保护，从时间上考察，其保护的历史悠久；从力度上考察，有些市场经济发达的国家和地区及世界范

围内，其法律保护体系愈来愈完备，保护力度不断加大。我国在改革开放之前，有关单位拥有的大量先进实用技术，除纳入国家秘密范畴的以外，大部分处于公有领域，既没有秘密保护问题，也没有有偿使用的问题，因此很难构成商业秘密。改革开放以来，随着竞争的展开，人才流动频率的提高，一方面是商业秘密的大量涌现，另一方面是商业秘密侵权现象也大量发生。例如，职工“跳槽”另谋高就或自立门户而使用原单位的商业秘密问题，竞争对手以不正当手段窃取对方商业秘密问题，合同当事人擅自泄露对方商业秘密等问题，目前已发生很多。这些问题如果任其泛滥，不仅侵害权利人的利益，而且还将严重影响社会主义市场经济秩序。而我国商业秘密法律保护的历史较短，保护商业秘密的法律不完善，国家对相关商业秘密及法律保护的知识 and 理论宣传也极为不够。时至今日，人们往往连商业秘密及法律保护的基本知识与基本理论都知道甚少，有关商业秘密及其保护意识极为薄弱。因此加强商业秘密保护立法工作十分必要，加强商业秘密及其保护的理论探讨和研究也是题中之意，这对提高社会各界的商业秘密保护意识大有裨益。本文只是简单介绍商业秘密基本知识，粗浅地论述了商业秘密的基本理论，论述了商业秘密的法律保护，旨在引导人们自觉地爱护商业秘密这一无形财富，强化法律保护意识，以推动我国高科技和社会主义市场经济的高速发展，确保社会主义市场的稳定，促使社会财富的激剧增长，提高综合国力。

一、商业秘密及商业秘密法的概述

商业秘密是随着商品生产和发展而产生，并随商品经济的发达而不断发展。作为一种特殊的知识产权，它是历史发展到一定时期的产物，是人们在激烈社会竞

争中保持其竞争优势的“秘密武器”。从商业秘密产生和发展上看大致可分为三个阶段：(1)封闭阶段。这一阶段主要形成于生产力和市场经济极为不发达的奴隶社会和封建社会的早期，基本上反映了当时社会经济发展的客观要求。当时商业秘密一般只允许掌握该秘密的人或圈内人知道和使用，只传给自已的晚辈或徒弟，并以此谋生。那时，人们一般没有意识到而且也不可能那么快全面意识到商业秘密可以作为一种商品有偿许可或转让他人使用。这一阶段主要表现为技术诀窍。(2)流动阶段。此阶段商业秘密不仅自己使用，而且也在有限范围内有条件地传给他人使用，被传授者需向传授者支付一定的报酬。这一阶段开始形成于封建社会中晚期，在资本主义早期得以较快的发展。随着个体经济的逐步瓦解，生产规模的日益扩大，以前那种不传外的小生产者的习性已不适应日趋社会化的大生产和商品经济发展的要求。掌握商业秘密的人未必具备较大规模生产所必需的各种条件，小作坊的生产已不能满足一些商业秘密应用的客观要求。在如此的背景之下，人们越来越感觉到除自己使用商业秘密外，同时有偿转让与他人使用会得到更多的利润。自此时起，商业秘密开始进入商品经济的轨道。(3)与专利制度互为补充的阶段。近代和现代社会，由于社会化大生产及国际经济技术贸易的空前发展，高新技术的大量涌现，“技术是商品”“知识是财富”“信息是资源”“管理是生产力”等等观念的逐步形成，商业秘密的范围也进一步得以扩充。需要法律给予保护的现实需要日益增强。而以技术公开与独占为特征的专利制度和其他相应制度顺此建立。因此此阶段形成了商业秘密与专利制度互补的形态。商业秘密从其产生的第一天起就

受到人们的重视，它受保护的历史悠久。在古代时期它以“祖传秘方、家传绝技”等的形态存在时，对其保护只是属于自我保护的范畴，其保护的范围也只是局限于家族，如前述也没有给予其法律上财产属性。但随着近现代工商业的出现、发展、成熟，商业秘密作为一项特殊知识产权的奇异功能也突现出来，并迫切需要国家以具有国家强制力的法律予以保护。近现代法律意义上的商业秘密首先受到一些判例国家以判例法予以的保护，继而又受到实体法的进一步回响。据考证商业秘密的保护一般是在18世纪信托关系产生，并与信托关系有关的法律关系引起法学界重视后才陆续见之于判例。商业秘密第一次作为法律用语使用是在1883年7月14日美国的《纽约》杂志上，第一个商业秘密案是1817年发生于英国的“Newbery V. James”案。到了1820年的一个案件中，英国法庭开始采用秘密审理程序，表现了对商业秘密这一无形权利权利的尊重和保护。20世纪50年代以来商业秘密这一术语被广泛用于国际经济技术贸易领域，特别是80年代以来商业秘密保护立法成为了世界各国立法的热点。如1979年美国统一州法委员会制定的《统一商业秘密法》，日本1991年、1993年连续对所制定的《不正当竞争防止法》进行了修订。同时，也有不少的国家通过投资贸易法、雇员法、知识产权法以及信息方面的立法来保护商业秘密。尤其是近几年来对商业秘密的立法又呈现出专门立法的趋势。1990年瑞典制定了《商业秘密法》；我国台湾也于1995年专门制定了《营业秘密法》。不仅西方发达国家注重商业秘密的保护，一些发展中国家也注意到了商业秘密的法律保护，如巴林的《劳工法》、沙特阿拉伯的《劳工法》中的有关规定。有关的国际组织

和国际公约对商业秘密的保护也给予了高度的重视，如国际商会(ICC)理事会1961年通过《保护技术秘密标准条款》等。随着我国社会主义市场经济的建立和发展，我国商业秘密的立法也有了长足的发展，我国的《反不正当竞争法》、《刑法》、《劳动法》、《公司法》、《民事诉讼法》、《会计法》、《律师法》等都有有关商业秘密保护的立法规定。据知《商业秘密法》也正起草中。商业秘密顾名思义是指权利人商业运营过程中所掌握的秘密。商业秘密有广义和狭义之分。广义的是一般泛指工业、商业和管理三方面的秘密信息，包括工业技术、商务、管理、财务或其他性质的秘密知识和经验；狭义的通常限定为工业适用的技术，如设计图纸、工艺流程、配方、公式、生产数据等。对此世界法学者们有相当的论述，例如日本学者认为商业秘密是指企业在化学合成物、制造方法、物质处理、储存方法以及在推销方面，具有秘密性或专用性的发明、发展或构思，它能够使所有人在竞争中取得优势地位。各国的立法和国际性条约及国际惯例也有一定的相应规定。因此商业秘密宜理解为广义之义，我国的《反不正当竞争法》第十条规定：本条所称的商业秘密，是指不为公众所知悉，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。其对商业秘密作了恰当的定义。商业秘密保护的對象是信息，但不包括所有的信息，只有与个人、企业的生产经营活动有关的信息才可构成商业秘密。商业秘密是一种技术和经营等方面的特定信息，具有无形的特征，常常表现不新技术、新工艺、新方法、新材料、新流程以及情报、规程、技巧、报表、名单、计划、数据等。这些商业秘密的對象往往以有形的物质载

体加以体现或记载，诸如照片、图纸、软盘等。正因为商业秘密与有形的载体紧密相联，一旦载体被丢失或窃取，其上体现或记载的商业秘密也可能被窃或丧失秘密性。但有形载体并不是商业秘密必备的，商业秘密作为一种信息可以直接以人的大脑为载体。一些关键的工艺流程、数据、配方以及一些诀窍、经验性的技术与知识储存于管理和技术人员的大脑中，只要是持有者秘而不宣，他人也就无法得知。所以目前人们普遍采用“混形商业秘密”，即对一项商业秘密一部分以有形载体的形式体现，而另一部分则以持有者的大脑记忆，这样这类商业秘密具有保密效果好的特点。商业秘密的对象很广，各国法学者有不同的主张，但大致认为商业秘密的对象包括三种；(1)技术秘密。技术秘密又可称为技术诀窍，是指人们从经验或技艺中得来的，能在实践中特别是在工业中应用的技术信息、技术数据或技术知识。它是人们脑力劳动活动的产物，是商业秘密的重要组成部分。它包括有关制造技术、生产工艺、配方、设备、材料等知识和经验，以及有关技术信息，如技术水平、技术潜力、新技术和替代技术的预测、专利动向、新技术影响和预测等。(2)经营秘密。是一切与经营活动有关的经验总结、信息知识。如产品推销计划和市场占有率情况、产品的社会购买力情况、产品的区域性分布情况、客户名册、经营战略、广告计划、原材料价格、流动渠道和机构，以及企业资信状况，资产购置计划、投资计划等。(3)管理秘密。管理模式、方法、经验等，是指组织生产和经营管理和秘密，特别是合理、有效地管理各部门、各行业之间和相互合作与协作，使生产与经营有机运转的秘密。

二、商业秘密的属性和法律特征

长期以来，人们都认

为商业秘密不属于知识产权的范畴，不具有知识产权的基本特征，即专有性、地域性和时间性而没有知识产权的法律属性。但国内大多数法学者认为商业秘密是一项特殊的知识产权。知识产权的专有性、地域性和时间性是相对的，不是绝对的，知识产权制度的宗旨在于保护人类的智力劳动成果，这一劳动成果体现为一种无形财产。而商业秘密依然具备所有权、无形财产的法律属性，也正因此其应作为一项特殊的知识产权。商业秘密的知识产权属性已受到国际组织、大多数国家法学者的认同。在20世纪60年代，国际商会开始把商业秘密当作工业产权(属于知识产权范畴)看待。同一时代，保护知识产权联合国际局起草的《发展中国家保护发明模范法》，在54节至57节中把商业秘密列入并与专利并列。20世纪80年代后，西方许多国家及我国的许多知识产权教科书把商业秘密与专利权、商标权、著作权等知识产权放在一起讲授。商业秘密是权利人的财产，是一种无形财产，但不是专有权的客体，不具有一般知识产权的排他性，没有地域性和时间性。那么商业秘密有何法律特征呢？商业秘密具有以下法律特征：1、秘密性，商业秘密的秘密性是指技术信息或经营管理信息必须非公开的，不为公众所知悉，也即商业秘密必须处于秘密和难以为公众所知悉的状态。秘密性是商业秘密的最基本特征，是维系其经济价值和法律保护的前提条件，也是区分于专利、商标、版权等具有公开性的无形财产的显著特点。不为公众所知悉，不能从公开渠道直接获取。“公众”一般指社会上不特定的多数人，但“秘密性”相对的公众是指与权利人有竞争关系的人。“公众”在地域范围内也具有相对性。我国与世界先进国家在科技方面存在着

较大差距，某些国外早已成型甚至即将淘汰的技术，被我国企业引用后，可能被视为先进的技术，具有了秘密性。而我国地域辽阔，各地经济、文化发展不平衡，有些在沿海和经济发达地区已推广应用而公知的技术，在边远和经济欠发达地区可能还鲜为人知，成了先进的技术。因此，“公众”的地域范围是随着个案中涉及的有利益冲突的主体的性质的不同而不同。“公众渠道”包括以下几种情况：(1)在国内外公开发行和出版物公开发表，并付诸实施的；(2)商业秘密被公开使用的；(3)产品被公开销售、陈列；(4)以口头谈话、报告发言、视听报道、模拟演示等形式为公众所知的信息，也丧失其秘密性。对“公开渠道”的判断应当注意下列例外情况：(1)成果鉴定不一定会破坏秘密性。国家科委1994年《科学技术成果鉴定办法》第15条第2款规定：参加我国鉴定工作的专家应当保守被鉴定成果的技术秘密。含有或全部有商业秘密组成的技术成果完成后，按照惯例举行成果鉴定会，按照上述规定，鉴定会是秘密举行的，鉴定会参加人员负有保密的义务，符合要求的鉴定会在法律上不会破坏商业秘密的秘密性。(2)在企业内被有关职工所知不一定会破坏秘密性。如果一商业秘密仅在企业内部中被有关职工“因职务需要所知”，而按企业的规章制度或劳动合同，职工对所接触的商业秘密负有明示或默示的保密义务的话，该信息仍属于商业秘密。(3)为业务关系人所知也不一定会破坏秘密性。商业秘密因业务所需，被企业外部的原材料供应商、产品销售商、加工承揽商、修理商所知，只要局限于小的范围，即所知人不扩散，且按照当时当地的行业习惯或当事人的约定，这些外部知悉人有保密义务，那么这种知悉并不影响信息的秘密

性。2、实用性，商业秘密必须能被应用到实际生产或经营管理中去，并且是有经济价值而能够为其权利人带来实际的或潜在的经济利益和竞争优势。维持商业秘密状态，其直接的目的就是为谋求经济上的价值(包括直接的和间接的)，而且其经济效益也甚大，如果不具有经济利益或经济利益较少，就不是法律上所要保护的商业秘密了。也有学者称之为商业秘密的“价值性”。3、保密性，商业秘密必须由权利人采取合理的保密措施，也即某项信息是否构成商业秘密要看信息持有人是否尽合理的努力去维护它不为公众所知悉的秘密状态。保密措施不仅是事实行为，也是法律行为。权利人通过采取措施保密，表明了商业秘密的存在，对其进行控制从而主张权利，也使相关人员承担了不得泄漏秘密的义务，产生了创设商业秘密权的法律后果。具体而言，保密措施可以划分为教育措施、机制措施和日常措施。教育措施是商业秘密保护措施的前提。企业管理层应当对保守商业秘密达成共识，并采取各种方式方法对职工加强保密思想教育。机制措施是保护商业秘密的重要内容，指企业建立健全商业秘密管理体制，安排有关机构和人员，从机制上保障商业秘密保护工作的开展。日常措施是指在日常工作中按照保护商业秘密的规章制度进行保护工作。对商业秘密的法律特征国内法学者们有不同的观点，除本文所持的三特征说外，还有张玉瑞所认为的有秘密性、新颖性、实用性和价值性四特征说，另有论著认为商业秘密有秘密性、经济性、实用性、合法性、信息性的法律特征，即五特征说。三、商业秘密的法律适用迄今为止尚未有一部专门性的法律规范性文件对商业秘密进行规制，但是仍有针对商业秘密的规定散见于一些法律、

法规及其他规范性文件当中，也许立法者正是出于慎重起见或其他各中因素考虑而择之。

- 1、《民法通则》中的有关规定：《民法通则》规定，法人的著作权、专利权、商标专用权、发现权、发明权和其他科技成果权受到剽窃、篡改、假冒等侵害的，有权要求停止侵害，消除影响，赔偿损失。
- 2、有关单行法中如《反不正当竞争法》的有关规定：《反不正当竞争法》第十条规定：经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密；a、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；b、披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；c、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。第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。第二十条规定：经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任……第二十五条规定：违反本法第十条规定侵犯商业秘密的，监督检查部门责令停止违法行为，可以视情节处以1万元以上20万元以下的罚款。
- 3、有关行政法规中的有关规定：国务院1986年发布的《关于促进科技人员合理流动的通知》规定，科技人员调离原单位不得私自带走原单位的科技成果、技术资料和设备器材等，不得侵犯原单位权益，如有违反，必须严肃处理。国家科委1988年发布的《关于科技人员业余兼职若干问题意见》规定，科技人员所在单位可以决定科技人员不得兼职。1997年7月2日，国家科委印发的《关于科技人员流动中技术秘密的若干意见》进一步规范了科技人员流动中的商业秘密保护问题。
- 4、《中华人民共和国刑法》中的规定：1997年新刑法规

定，侵犯商业秘密给商业秘密权利人造成重损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处罚金；造成特别严重后果，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。四、商业秘密保护的意義 商业秘密是企业的无形资产，它对企业市场竞争中的生存发展有着重要的影响。随着我国社会主义市场经济的发展，商业秘密已成为企业形成和保持竞争优势的重要手段。加强商业秘密保护工作，对保护企业知识产权，提高企业管理水平，增强企业竞争能力有着重要的意义。五、商业秘密的保护措施 通过前面概述了商业秘密及商业秘密法，论述了商业秘密的属性和法律特征，介绍了商业秘密的法律适用，简述了对商业秘密进行保护的重要意义，因而我们对商业秘密的有关问题有了大致的了解和理会。但是对于国家和各个个体来说，更为重要的是如何采取措施保护商业秘密，当商业秘密被侵害时如何进行救济。1、对于国家来说，应当尽快将制定《商业秘密法》纳入国家立法计划内，以打破迄今止尚未有一部统一的商业秘密法的窘境，以便于进一步规制商业秘密。同时各级司法机关及各地仲裁机构应当为保护商业秘密作好服务。2、各个经济实体(特别是各个公司)应当采取切实的措施来保护已有(或持有)的商业秘密；企业法律顾问承担商业秘密的管理工作，应结合实际情况对本公司的商业秘密进行清理，合理确定适当的知识产权保护形式。制定保护商业秘密的规章制度。这类规章制度针对性强，一般根据本公司的特点制定。这些规章制度一般包括：商业秘密事项产生和认定管理办法；商业秘密资料使用和销毁管理办法；商业秘密秘级确定及保护期限管理办法；职工保守商业秘密管理办法；对外接待保密管理办法；商业

秘密要害部门保密工作管理办法；传真机、计算机和通讯设备使用管理办法等。 划定商业秘密范围。主要内容为：第一，设定秘密范围，如：新产品、新物质、新技术、新工艺、新材料、新配方、新设计以及不为公众所知的管理、工程、设计、经营、财务信息、工艺流程、市场营销方案、人事档案等；第二，划定特定区域，对一些涉及商业秘密的关键部门，通过严格限定非有关人员进入、加强内部保安措施、禁止参观等方式，来保护商业秘密；第三，明确商业秘密级别，划定绝密级事项、机密级事项、秘密级事项等；确定涉密人员范围等。 确定涉密人员的权利和义务。方式为：根据有关法律制定制度，明确规定涉密人员的权利义务；与有关人员订立保密合同或在劳动合同中规定保密内容，如在聘用合同中明确规定若干年内不得流动，泄露公司有关秘密的责任，调离时交还资料等内容；思想教育的方法，通过良好的公司文化培养员工对公司的爱护，增强其对保护商业秘密的认识和自觉性。 在正常经营活动中采取法律手段进行预防性保护。如通过合同法保护商业秘密，即在合同中规定保密条款，对泄露者追究违约责任；通过现有的知识产权法间接进行保护，如采用部分申请专利的办法，保留核心秘密，使被许可人难以利用全套技术等。特别是在签订商业秘密许可转让合同时，应注意对其的法律保护。 运用仲裁、诉讼等方式请求停止侵害。由于商业秘密本身具有秘密性，使得商业秘密的保护较为困难。在具体仲裁或诉讼中，最为关键的两个问题是：商业秘密的构成和侵权行为的认定。权利人一方面要证明自己拥有这种秘密，另一方面还要证明侵权人或义务人确已侵权或泄密。证据及举证责任至关重要。 参考

书目： 1、《商业秘密的法律保护》 张玉瑞 专利文献出版社 1993年5月 2、《知识产权法学》 李永明 杭州大学出版社 1995年12月 3、《知识产权法通论》 郑成思 法律出版社 1986年 4、《知识产权诉讼法律手册》 北京市高级人民法院知识产权审判庭 中国政法大学出版社 1994年6月 5、《商业秘密法原理》 孔祥俊 中国法制出版社 1999年 6、《知识产权法》 程开源 南开大学出版社 1993年 7、《反不正当竞争法的适用与完善》 孔祥俊 中国法律出版社 1998年 8、《知识产权损害赔偿》 王谢春 中国经济出版社 1997年（作者：朱红泉，浙江裕丰律师事务所） 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