



法官文库

法官专著

TRIPS协议与 商业秘密民事救济制度 比较研究

沈强 著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

法官文库·法官专著

TRIPS 协议与商业秘密民事 救济制度比较研究

沈 强 著

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书重点研究商业秘密民事救济制度在司法实践中的突出问题,以商业秘密的界定、构成要件和救济理论及模式为基础,着重分析了商业秘密权利的认定、侵权行为的识别、举证责任及其分配、禁令救济的适用以及损害赔偿等重要的法律理论与实践问题,试图将商业秘密的民事救济理论与司法实践经验有机结合。书中所涉商业秘密民事救济的诸多法律问题,很多都是从司法实践中归纳和提炼而出。

本书适合从事民商法研究的理论界人士和相关司法工作者。

图书在版编目(CIP)数据

TRIPS 协议与商业秘密民事救济制度比较研究/沈强
著. —上海:上海交通大学出版社,2011

(法官文库系列)

ISBN 978-7-313-07249-8

I. ①T… II. ①沈… III. ①商业秘密—国际贸易—贸易
协定—研究 IV. ①D997.1②F744

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 070111 号

TRIPS 协议与商业秘密民事救济制度比较研究

沈 强 著

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

常熟文化印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 787×960 1/16 印张: 22 字数: 377 千字

2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-313-07249-8/D 定价: 39.00 元

版权所有 侵权必究

序

当前经济全球化深入发展、国际金融危机影响深远、世界经济缓慢复苏,全球经济结构加快调整、科技进步酝酿新突破、产业发展出现新趋势;与此同时,气候变化、能源资源、自然灾害、公共卫生、粮食安全等全球性问题日益突出。中国经济在率先走出国际金融危机影响、取得历史性巨大成就的同时,面临资源环境约束不断强化、科技创新能力不强、产业结构不合理等不平衡、不协调、不可持续等突出问题。面对经济发展的严峻挑战和历史机遇,2011年3月14日十一届全国人大四次会议表决通过了《关于国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要的决议》,纲要明确提出,坚持把经济结构战略性调整作为加快转变经济发展方式的主攻方向;坚持把科技进步和创新作为加快转变经济发展方式的重要支撑。

我国高度重视知识产权保护政策在转变经济发展方式、加快科技进步和创新中的支持地位与作用。党和国家领导人多次指出:没有知识产权保护,就不可能有自主创新。保护知识产权,不仅是树立我国国际信用、扩大国际合作的需要,更是激励国内自主创新的需要。保护知识产权就是尊重劳动、尊重知识、尊重人才、尊重创造,就是鼓励科技创新。加强我国知识产权制度建设,是增强我国自主创新能力、建设创新型国家的迫切需要,是完善社会主义市场经济体制、规范市场秩序和建立诚信社会的迫切需要,是增强我国企业市场竞争力、提高国家核心竞争力的迫切需要,也是扩大对外开放、实现互利共赢的迫切需要。为此,《关于国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》中明确提出:“实施知识产权战略,完善

知识产权法律制度,加强知识产权的创造、运用、保护和管理,加大知识产权执法力度。”

商业秘密作为一种与专利权、商标权和著作权等传统知识产权相区别的知识产权,对于市场竞争主体而言,成为其不断创新与保持竞争优势的重要手段。美国、德国、日本等国通过成文立法或司法判例的形式确立了国内商业秘密的保护和救济制度,并不断发展和完善。国际社会早就对商业秘密保护的法律问题予以关注。商业秘密的国际保护可追溯到 1883 年保护工业产权的《巴黎公约》;国际商会于 1961 年制定的《有关保护 Know-How 的标准条款》以及联合国贸发会议于 1985 年主持制定的《联合国国际技术转让行为守则(草案)》都涉及商业秘密保护问题。1995 年生效的 TRIPS 协议将“未披露的信息”(商业秘密)作为与贸易有关的知识产权纳入了多边贸易体制,要求 WTO 各成员按照 TRIPS 协议保护商业秘密所确立的标准对其国内立法进行修改,大大推动了商业秘密民事救济制度的建立和完善;同时也极大促进各国学术界、实务界对商业秘密保护研究与讨论的热情与兴趣。

沈强在法院长期从事知识产权领域的审判工作。在攻读博士学位期间,他将司法审判实践与专业理论学习相结合,并将《TRIPS 协议与商业秘密民事救济制度比较研究》作为其博士论文的选题。本书正是在其博士论文的基础上修改而成的。本书重点研究商业秘密民事救济制度在司法实践中的突出问题,以商业秘密的界定、构成要件和救济理论、救济模式为基础,着重分析了商业秘密权利的认定、侵权行为的识别、举证责任及其分配、禁令救济的适用以及损害赔偿等重要的法律理论与实践问题,试图将商业秘密的民事救济理论与司法实践经验有机结合。书中所涉商业秘密民事救济的诸多法律问题,很多都是作者从司法实践中归纳和提炼而出。无论是描述其他学者的观点,还是阐述作者自己的观点,都能注意联系法院在司法实践中特别是在不同时期的相关判决,注意归纳商业秘密法律法规发展以及司法保护的基本线索和脉络。同时,本书还注重借鉴国外对于商业秘密保护的成文立法和司法判例,吸取其合理内核,在充分考察中国自身实际情况和发展阶段的基础上,对商业秘密保护制度的完善提出相应建议。

商业秘密民事救济制度的研究是一个长期的课题,不仅是学术界所关注的理论问题,而且也是实务部门所关注的热点问题。沈强在这方面的研究具有理论与实践价值。

当然,由于包括商业秘密在内的知识产权司法领域存在诸多新情况、新问题,作者的认知水平亦有限,本书中的不足之处在所难免。作为他的博士生导师,我希望本书的出版能成为他的新起点,激励他勇于探索、勇于创新,始终以更严格的标准要求自己,为国家实施知识产权战略贡献自己的智慧和力量。

是为序。



目录

导 言	1
第一章 TRIPS 协议框架下商业秘密民事救济的理论研究	9
第一节 TRIPS 协议与国内法中商业秘密的含义及构成要件与学说研究	9
一、TRIPS 协议与国内法中商业秘密的含义界定	9
二、各国商业秘密的构成要件与学说评析	22
第二节 商业秘密救济的法学基础理论	37
一、关于合同法理论问题	37
二、关于侵权法理论问题	40
三、关于财产权理论问题	42
四、关于竞争法理论问题	44
五、关于商业秘密救济理论发展的阶段性和必然性	45
六、TRIPS 谈判中关于商业秘密救济的利益协调问题	47
第三节 TRIPS 协议与各国对商业秘密侵权救济模式的定位	56
一、商业秘密法律救济模式的国内法比较分析	56
二、TRIPS 协议对知识产权法律救济模式的规定	66
第四节 商业秘密救济中的法律问题	69
一、商业秘密行政救济中的法律问题	69
二、商业秘密刑事救济中法律问题	76
三、商业秘密民事救济中的法律问题	80
第五节 商业秘密侵权责任模式的界限问题	88

一、民事责任、行政责任和刑事责任的竞合	88
二、行政、民事和刑事案件审理的交叉与协调	89
三、行政、民事和刑事救济的定位和完善	94
第二章 商业秘密权利判定问题研究	97
第一节 TRIPS 协议与各国商业秘密权利判定的基本问题研究	97
一、关于商业秘密权利的主体	97
二、关于商业秘密权利的客体	103
三、关于商业秘密的载体	109
四、关于公有领域的确定	111
第二节 TRIPS 协议与各国商业秘密权利判定的特殊问题研究	114
一、社会公共利益对商业秘密权利的限制	114
二、其他合法权利对商业秘密权的限制	118
三、反垄断法对商业秘密权利的规制	122
第三节 商业秘密权与专利权比较研究	126
一、商业秘密、专利权保护政策的正当性和国际自由贸易的假象冲突	126
二、商业秘密与专利保护方式比较分析	128
三、我国商业秘密与专利权相比较的相对优势和缺陷	132
第四节 商业秘密权利特征及发展趋势	135
一、TRIPS 协议关于商业秘密权利特点	135
二、商业秘密权利的发展趋势	137
第三章 TRIPS 协议与各国关于商业秘密侵权行为的判定研究	141
第一节 各国商业秘密侵权行为的类型比较	141
一、各国国内法对商业秘密侵权行为的主要规定比较	141
二、WIPO 与 TRIPS 协议对商业秘密侵权行为的主要规定	147
三、我国对于侵犯商业秘密行为的法定类型	150
四、善意第三人责任的各国立法比较	156
第二节 TRIPS 协议关于商业秘密侵权归责原则的法律问题	161
一、侵权归责原则的含义	161
二、商业秘密侵权的主要归责原则及评析	161

三、TRIPS 协议中商业秘密侵权的归责原则	165
四、我国司法实践中归责原则的适用	168
第三节 违反保密义务的商业秘密侵权的法律问题	172
一、雇用期间与退職后的保密义务比较	172
二、劳动雇佣关系中保密协议条款的法律问题	175
第四节 违反竞业禁止的商业秘密侵权的法律问题	177
一、竞业禁止的含义、分类及主要价值	177
二、外国国家主要立法例	180
三、竞业禁止协议主要内容	183
四、竞业禁止协议效力的判断及合理处置方式	186
 第四章 商业秘密侵权举证责任分配制度的比较研究	188
第一节 各国侵权举证责任及分配制度概述	188
一、举证责任的主要学说	188
二、大陆法系和英美法系对举证责任及分配	192
三、我国对举证责任的主要理论	194
第二节 TRIPS 协议关于商业秘密侵权举证责任的一般性问题	196
一、TRIPS 协议及 WTO 争端解决机制中对举证责任及分配的规定	196
二、商业秘密侵权案件中举证责任分配	199
三、商业秘密侵权中的司法鉴定	202
四、优势证据举证规则	207
第三节 商业秘密侵权案件举证责任的特殊规则	211
一、关于举证责任的倒置	211
二、关于举证责任的推定	215
三、关于举证责任的转移	218
四、关于法院依职权取证和证据保全的问题	220
第四节 我国商业秘密案件的举证责任的完善	224
一、“不为公众所知悉”要素的举证责任	224
二、先刑事后民事案件中刑事判决的证据效力的认定	231
三、商业秘密侵权案件中法官的释明权问题	234

第五章 各国禁令制度和不可避免披露原则的比较研究	237
第一节 TRIPS 协议及各国商业秘密侵权案件中禁令制度的适用	237
一、TRIPS 协议关于禁令制度的法律要件问题	237
二、美国禁令制度的适用	240
三、德国、日本、我国台湾地区的禁令制度及类似措施	245
四、诉前禁令与其他禁令制度的区别	247
第二节 商业秘密侵权中不可避免披露原则的适用问题	249
一、不可避免披露原则的形成和演进	249
二、不可避免披露原则的理论依据和衡平法基础	254
三、不可避免披露原则的适用条件和限制	256
四、不可避免披露原则产生的影响	260
第三节 禁令制度在我国商业秘密侵权案件中的适用	263
一、我国目前禁令制度在知识产权侵权案件中的适用情况分析	263
二、在商业秘密侵权案件中适用诉前禁令制度的必要性和现实基础	270
三、商业秘密侵权案件中适用诉前禁令的制度设计	273
第六章 TRIPS 协议与各国关于商业秘密侵权损害赔偿研究	278
第一节 各国商业秘密侵权损害赔偿立法比较	278
一、英美法系国家有关商业秘密侵权损害的立法体例	278
二、德、日等大陆法系有关商业秘密侵权损害的立法体例	281
三、TRIPS 协议有关商业秘密损害赔偿原则的适用	285
第二节 各国有关补偿性的填平原则的适用	289
一、补偿性赔偿原则的民法传统	289
二、关于损害赔偿的确定和范围	290
第三节 各国有关惩罚性赔偿原则的适用	295
一、惩罚性赔偿原则的竞争法法理基础	295
二、惩罚性赔偿原则的必要性和经济合理性	297
三、惩罚性赔偿的适用原则	300
四、惩罚性赔偿原则的具体适用和考虑因素	302
第四节 我国商业秘密侵权赔偿实践中存在的问题与思考	303
一、关于我国知识产权损害赔偿原则	303

二、关于商业秘密的价值评估	305
三、关于损害赔偿的计算方式	307
四、关于商业秘密侵权损害赔偿的实践完善	310
结 语	313
一、我国商业秘密民事救济的政策选择	313
二、规划商业秘密专门立法、重视法院的判例指导制度	314
三、商业秘密民事救济制度完善的重点方面	315
参考文献	324
后 记	339

导言

如果你向国内知识产权法官请教,知识产权侵权纠纷案件中哪一类最难审理,估计十有八九回答都是“商业秘密侵权纠纷案件”,这是他们从日常审理知识产权纠纷民事案件所积累的办案经验中得出相同的回答。的确,相比其他传统知识产权侵权案件,如专利侵权或者商标侵权案件,商业秘密侵权案件在商业秘密权利的确定、侵权行为的判定、举证责任及分配、停止侵权和损害赔偿的适用等方面,确实存在诸多审理的难点。可以这样说,商业秘密本身就是一项通过诉讼程序得以证明的特殊的知识产权,而法院的司法判决也从一个侧面动态体现了国家对于商业秘密的法律保护水平,是商业秘密法律救济中重要的组成部分。形形色色的商业秘密侵权纠纷案件中,法官作为司法者在审理具体案件时,对于商业秘密民事救济中存在的诸多问题是难以回避的,必须在实践中通过现有的理论和能动的实践来解决这些问题。商业秘密的法律救济问题的确是实践中需要研究和解决的问题,因此笔者试图顺着这样的思路,由点及面,深入思考,系统研究商业秘密的民事救济制度问题。

身处在经济全球化和知识经济日益发展的时代,商业秘密作为一种与专利权、商标权、著作权等传统知识产权相区别的知识产权,具有重要的战略价值,它对于市场竞争主体体现的是潜在或现实的经济价值和竞争优势,也是国家提高国际竞争力和综合国力的重要手段。美国、日本、德国等发达国家通过成文立法或司法判例的形式确立了商业秘密救济制度,各有特色并不断发展和完善。特别是 TRIPS 协议将“未披露的信息”(商业秘密)纳入知识产权保护的范围后,为世界贸易组织各成员方通过国内法保护商业秘密确定了最低标准。各国国内立法也根据 TRIPS 协议的要求进行了修改,对商业秘密民事救济制度建立和完善起到了很大的推动

作用。我国也并不例外,根据 TRIPS 协议的基本精神,初步建立了以《反不正当竞争法》为主要框架的商业秘密民事救济制度。

商业秘密民事救济制度发展的原动力在于社会科技、经济的发展,国内外的市场竞争主体通过自己的创新活动,创造更多的智力成果,在竞争中赢得更多的竞争优势。从国际层面看,随着国际投资贸易的不断发展,货币资本与知识产权都在国家之间不断流转,特别是跨国公司的发展使得集团内部的知识产权和其他信息资源的共享更加便捷。而这些“技术信息或者经营信息”的资本在跨国转移时,作为权利人首先会注意国内法的知识产权保护制度,选择合适的权利形式来确保自己的智力成果不受侵犯。笔者注意到,国外学者对我国国内商业秘密法律制度也产生兴趣,如内森·格林(Nathan Greene)《中华人民共和国商业秘密法的可执行性:在中国的技术转让的影响和成功许可的准备》^①和罗伯特·拜伊斯基(Robert Bejesky)《在龙的故乡投资:在中国的跨国公司是决定运用专利还是商业秘密保护》^②都对我国商业秘密相关法律制度进行了研究,也是国际技术资本进入中国寻求保护的直接需求。对于已经在国内通过合资、独资等三资企业和外国企业通过商业秘密保护自身的技术信息和经营信息的需求在具体的案件中也日益显现。^③

在国内层面,我国国内企业对商业秘密的重视程度和保护需求也不断提高。特别是我国在建设社会主义市场经济体制过程中,无论是国有企业、民营企业或者混合所有制企业或其他组织等都是市场竞争中的经营者,而商业秘密的价值就在于为市场竞争主体带来经济利益和竞争优势,从法院审理的商业秘密侵权案件看,种类繁多,涉及各个行业,从个人到公司企业,甚至科研院所都需要通过法律救济的途径来主张自己的商业秘密。虽然原告总体上胜诉的比例并不高,但是个别案

① Nathan Greene, Enforceability of The People's Republic of China's Trade Secret Law: Impact on Technology Transfer in The PRC And Preparing For Successful Licensing, 44 IDEA 437, (2004).

② Robert Bejesky, Investing In The Dragon: Managing The Patent Versus Trade Secret Protection Decision For The Multinational Corporation In China, 11 Tulsa J. Comp. & Int'l. 437, (2004).

③ 如原告通用电气公司、通用电气(中国)有限公司、通用电气医疗系统贸易发展(上海)有限公司与被告西安九翔电子科技有限公司、王晓辉侵犯商业秘密及侵犯著作权纠纷案。一审:西安市中级人民法院(2007)西民四初字第26号。二审:陕西省高级人民法院(2007)陕民三终字第66号。该案中,法院认为,原告主张其维修人员维修GE CT设备所必须使用的技术信息,符合中国法律规定的商业秘密的构成要件,属于通用公司的商业秘密。被告王晓辉以不正当手段获取通用公司的商业秘密,向接受培训的人员讲授、发放涉及通用公司的商业秘密资料,九翔公司明知王晓辉的行为违法,仍多次举办GE CT维修技术培训班,使用、披露并允许他人使用通用公司的商业秘密。同时,九翔公司、王晓辉以营利为目的,使用通用公司的商业秘密为国内诸多医院和医疗机构提供GE CT设备的商业维修。两被告的行为属于我国反不正当竞争法禁止的侵权行为,侵犯了原告的商业秘密。

件中我国国内商业秘密权利人通过法律救济所获得的侵权损害赔偿数额高达1782万元。^①此外,TRIPS协议的规定对于商业秘密救济制度的构建和完善也有着持续的推动作用,我国改革开放和经济的持续高速增长,预示着我国会由资本和技术的主要输入国逐步向技术和资本的输出国转变,虽然道路很漫长,但是从商业秘密救济制度而言,也会随之进行合理的调整。这些因素都使得商业秘密的民事救济制度研究具有理论和实践的双重意义。

综观国内外学界对商业秘密保护的理论研究,主要可归纳为以下几方面:

1. 国内文献资料

(1) 公开出版物:张玉瑞(1996)以200个问题解答的方式,从商业秘密的保护范围、商业秘密的构成条件、商业秘密保护宗旨、商业秘密权及限制、商业秘密的管理、商业秘密保护与人才流动、商业秘密的合作开发和许可使用等方面进行了研究。^②张玉瑞(1999)从商业秘密保护的对象与宗旨、商业秘密构成与保护理论、商业秘密的合同保护以及商业秘密侵权诉讼四个方面全面详实地研究了商业秘密法学中的基本问题。^③孔祥俊(1999)运用比较法的方法,研究了大量外国法律、判例和法理,阐述商业秘密的界定和构成、范围、法律性质、权利主体与消灭、竞业禁止、侵权行为类型及法律救济等方面的问题。^④唐海滨(1999)介绍了以《统一商业秘密法》、《侵权法重述》为主的美国商业秘密法律保护制度。^⑤吕鹤云、刘立、徐朝贤(2000)从法理、法律、救济及商业秘密与其相关问题四个层面入手,进行了系统研究,突出法制化、法理化与实践性的特点。^⑥谢铭洋、古清华、丁中原、张凯娜(2003)对营业秘密的意义、性质、类型、归属、使用、保护以及侵害营业秘密的类型、营业秘密受到侵害时法律上可以采取的救济手段、营业秘密的消灭、如何采取适当的保密措施以保护营业秘密等都有详尽的介绍和解说。^⑦张玉瑞(2005)分两个部分研究了商业秘密和商业贿赂的相关问题。^⑧戴永盛(2005)运用比较法的方法,介绍了美国、德国、日本等国及我国台湾地区有关商业秘密立法内容,阐述了商业秘密基本

① 《西安市人民检察院诉裴国良侵犯商业秘密案》,载《最高人民法院公报》2006年第12期,第36页。

② 张玉瑞:《商业秘密运用和保护200题》,人民法院出版社1996年版。

③ 张玉瑞:《商业秘密法学》,中国法制出版社1999年版。

④ 孔祥俊:《商业秘密保护法原理》,中国法制出版社1999年版。

⑤ 唐海滨:《美国是如何保护商业秘密的》,法律出版社1999年版。

⑥ 吕鹤云、刘立、徐朝贤:《商业秘密法论》,湖北人民出版社2000年版。

⑦ 谢铭洋、谢铭洋、古清华、丁中原、张凯娜:《营业秘密法解读》,中国政法大学出版社2003年版。

⑧ 张玉瑞:《商业秘密·商业贿赂》,法律出版社2005年版。

法律范畴、保密义务与竞业禁止义务、商业秘密侵权行为和救济以及商业秘密法与其他法律关系问题。^① 倪才龙(2005)主编《商业秘密保护法》结合教学与研究成果,主要阐述了商业秘密法概述、商业秘密的构成要件、商业秘密权、商业秘密权的侵害、商业秘密与竞业禁止、商业秘密权利人的自我保护、商业秘密的实体法和程序法保护以及国际保护等方面的问题。^② 张耕等(2006)主要对商业秘密的界定、理论基础、立法的演变、商业秘密权、商业秘密合同、商业秘密管理、人才流动与商业秘密保护、侵犯商业秘密的认定和法律救济等方面系统研究商业秘密的法律保护,思考我国商业秘密保护的立法和司法问题。^③ 赵天红(2007)研究了商业秘密的基本原理、制度,从实体和程序两个方面论述了我够现行法律框架内对商业秘密进行刑事保护的特点,并指出了在立法和司法实践中对商业秘密保护的不足并完善。^④ 齐爱民、李仪(2008)以判解研究的方式,主要研究了商业秘密保护法的基础,商业秘密及商业秘密权、保护商业秘密的其他法律制度以及侵犯商业秘密的民事责任、刑事责任和行政责任,通过案例阐述商业秘密保护法理论与制度,并指出现行法的不足和发展方向。^⑤ 周铭川(2008)主要研究了侵犯商业秘密犯罪的客体 and 对象、客观方面、主体和主观方面、犯罪形态以及与相关犯罪的界限等问题。^⑥ 祝磊(2008)主要介绍了美国商业秘密法律制度的基本理论、商业秘密许可制度、竞业禁止制度、侵占行为的判定、网络环境下的保护、法律选择以及法律救济制度。^⑦ 郑璇玉(2009)主要研究了商业秘密的源起、法理分析、构成、适用原则以及保护和发展等问题,提出了扩大商业秘密的概念、商业秘密立法的调整范围,明确商业秘密和其他相关概念的区别和梳理侵害商业秘密的救济手段等立法建议。^⑧

(2) 非公开出版物:吴寿腾(2007)《商业秘密侵权案件举证探究》中主要阐述了商业秘密侵权案件的特点、商业秘密侵权构成要件、是否存在商业秘密的举证、是否构成商业秘密侵权举证、商业秘密侵权纠纷举证难原因分析及对策等内容。^⑨ 韩

① 戴永盛:《商业秘密法比较研究》,华东师范大学出版社 2005 年版。

② 倪才龙主编:《商业秘密保护法》,上海大学出版社 2005 年版。

③ 张耕等:《商业秘密法》,厦门大学出版社 2006 年版。

④ 赵天红:《商业秘密的刑事保护研究》,中国检察出版社 2007 年版。

⑤ 齐爱民、李仪:《商业秘密保护法体系化判解研究》,武汉大学出版社 2008 年版。

⑥ 周铭川:《侵犯商业秘密犯罪研究》,武汉大学出版 2008 年版。

⑦ 祝磊:《美国商业秘密法律制度研究》,湖南人民出版社 2008 年版。

⑧ 郑璇玉:《商业秘密的法律保护》,中国政法大学出版社 2009 年版。

⑨ 吴寿腾:《商业秘密侵权案件举证探究》,西南政法大学 2007 年硕士论文。

敬梅(2005)《论商业秘密侵权诉讼中的举证责任分配》中指出我国商业秘密侵权诉讼适用的是过错责任原则,基于商业秘密侵权诉讼特殊性,应采取分段举证方式。^①钟芸莹(2007)《商业秘密禁令救济制度研究》主要阐述了禁令制度的起源、类型和功能、核心内容和时空范围、适用条件以利益平衡的考虑因素。^②张继红(2006)《论商业秘密法上的不可避免披露原则》主要从商业秘密传统保护的不足、不可避免披露原则的沿革、内容、相关问题及对我国的启示等方面归纳出商业秘密的原则性规定,提出利益共享原则以平衡雇主商业秘密的保护和雇员的择业自由。^③彭日峰(2004)《论商业秘密的竞争法调整》比较了各国反不正当竞争法及反垄断法及TRIPS协议竞争法规则对商业秘密的调整情况,从法律调整的价值理念、范围方式、违法追究等方面阐述了商业秘密法律调整的竞争法理论^④。刘洪(2004)《论商业秘密的诉讼保护》从实务角度阐述了商业秘密的构成要件、提出“接触+实质相似—合法来源”的侵权判断法则,对诉讼中的举证责任合理分配,平衡商业秘密权利人与雇员之间的利益为切入点,认定涉及商业秘密的竞业禁止协议的效力。^⑤易静(2006)《商业秘密国际保护法制研究》中通过分析商业秘密国际保护法制存在的主要问题和发展趋势,指出需要融合两大法系立法观念的冲突,制定商业秘密保护统一实体法规范。^⑥郑晶晶(2006)《论侵犯商业秘密罪》中阐述了侵犯商业秘密罪的立法沿革、构成特征、司法实践及立法中存在的缺陷,需要从量刑幅度、重大损失的认定、主观故意分类明确化等方面进行完善。^⑦董邦林(2001)《论完善我国商业秘密侵权的民事救济制度》中阐述了商业秘密法律保护理论的发展、停止侵权和损害赔偿的主要民事救济方法、保护国家公共利益、第三人合法利益对商业秘密的限制等内容。^⑧

2. 国外文献资料

(1) 在专著方面:艾利森·科尔曼(Allison Coleman, 1992)在《商业秘密的法律保护》(The Legal Protection of Trade Secrets)简明扼要的阐述了商业秘密的概念和

① 韩敬梅:《论商业秘密侵权诉讼中的举证责任分配》,对外经济贸易大学2005年硕士论文。

② 钟芸莹:《商业秘密禁令救济制度研究》,西南财经大学2007年硕士论文。

③ 张继红:《论商业秘密法上的不可避免披露原则》,华东政法大学2006年硕士论文。

④ 彭日峰:《论商业秘密的竞争法调整》,华东政法大学2004年硕士论文。

⑤ 刘洪:《论商业秘密的诉讼保护》,华东政法大学2004年硕士论文。

⑥ 易静:《商业秘密国际保护法制研究》,西南政法大学2006年硕士论文。

⑦ 郑晶晶:《论侵犯商业秘密罪》,华东政法大学2006年硕士论文。

⑧ 董邦林:《论完善我国商业秘密侵权的民事救济制度》,中国社会科学院研究生院2001年硕士论文。

描述、保密义务、雇员和独立的合同缔约方、披露中的公共利益、不正当手段获得商业秘密、商业秘密的刑法保护等问题,主要研究英国、美国和加拿大的立法和判例为主,也涉及法国、德国、瑞士和日本的一些立法。^① 梅尔文·F. 贾格尔(Melvin F. Jager, 1999)《商业秘密法》(Trade Secret Law)主要分为两大部分,第一部分是商业秘密法的基本理论,第二部分是美国各州商业秘密立法的介绍。书中阐述了商业秘密法中公共政策、商业秘密概念的历史发展和现代定义,在商业秘密诉讼中的重要因素和救济方式、商业秘密的所有权、计算机技术的商业秘密保护、商业秘密与专利和版权法、反垄断法、信息自由法案、竞业禁止协议的关系、商业秘密的税收、许可等问题。^② 特伦斯·F. 麦克拉伦(Terrence F. MacLaren, 1999)《全球商业秘密法》(Worldwide Trade Secrets Law)运用比较法的方法,对各国商业秘密相关立法进行研究,给人感觉是商业秘密各国相关法律的百科全书,全书分为北美和中美洲、欧洲、亚洲、南美洲和非洲四大部分,介绍了美国、加拿大、墨西哥、英国、法国、意大利、匈牙利、丹麦、比利时、荷兰、奥地利、德国、爱尔兰、瑞典、芬兰、日本、韩国、菲律宾、以色列、马来西亚、印度、新加坡、泰国、新西兰、澳大利亚、巴西、阿根廷、智利、哥伦比亚、厄瓜多尔、秘鲁、南非以及我国和我国台湾地区和香港地区有关商业秘密的法律制度,收集的立法和判例覆盖面很广,资料详实。^③ 迈克尔·J. 洛克比(Michael J. Lockerby, 2000)《商业秘密手册》(the Trade Secret Handbook)主要从实务的角度阐述了特许经销网的公司商业秘密的维持、商业秘密和特许披露、侵犯特许经销网公司商业秘密的救济以及加拿大商业秘密保护等具体内容。^④ 布赖恩·M. 马尔斯伯格(Brian M. Malsberger, 2003)《商业秘密:各州调查》(Trade Secrets: A State-By-State Survey)主要对商业秘密的各州法的保护进行介绍和分析,包括各州的商业秘密法在各州之间采取的救济的区别等。^⑤ 多伦·S. 本阿塔儿(Doron S. Ben-Atar, 2004)《商业秘密:智力盗版和美国工业实力的起源》(Trade Secrets: Intellectual Piracy and the Origins of American Industrial Power)从美国历史发展的角度阐述美国对技术信息保护政策的变化,从早期鼓励欧洲技术工人流动带来的技术秘密盗版政策到保护知识产权的政策变化历程,从一个层面体现了

① Allison Coleman, The Legal Protection of Trade Secrets, Sweet & Maxwell © 1992.

② Melvin F. Jager, Trade Secret Law, west Group © 1999.

③ Terrence F. MacLaren, Worldwide Trade Secrets Law, West Group © 1998, 1999.

④ Michael J. Lockerby, The Trade Secret Handbook, American Bar Association © 2000.

⑤ Brian M. Malsberger, Trade Secrets: A State-By-State Survey, Washington, D.C. Bureau of National Affairs © 2003.