



沈阳师范大学法学学术文库

SHENYANGSHIFANDAXUE FAXUE XUESHU WENKU

商业秘密预防性保护之比较研究

周琳◆著

中国社会科学出版社



沈阳师范大学法学学术文库

SHENYANGSHIFANDAXUE FAXUE XUESHU WENKU

商业秘密预防性保护之比较研究

周 琳◆著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商业秘密预防性保护之比较研究 / 周琳著. —北京: 中国社会科学出版社, 2013. 10

ISBN 978 - 7 - 5161 - 3017 - 9

I. ①商… II. ①周… III. ①商业秘密—保护—对比研究 IV. ①F713.51

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 170676 号

出 版 人 赵剑英
选题策划 蔺 虹
责任编辑 蔺 虹
责任校对 吕 宏
责任印制 戴 宽

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 三河市君旺印装厂
版 次 2013 年 10 月第 1 版
印 次 2013 年 10 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32
印 张 5.625
插 页 2
字 数 191 千字
定 价 28.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010 - 64009791
版权所有 侵权必究

总 序

以前，我对沈阳师范大学知之甚少，实属孤陋寡闻。自从沈阳师范大学法学院的单晓华教授加盟法学所博士后流动站后，我作为她的合作导师，才开始逐步了解、关注这所具有悠久历史的学府。在沈师大校庆 60 周年到来之际，沈阳师范大学法学院隆重推出“沈阳师范大学法学学术文库”，法学院领导希望我能为之作序，虽明知难当此任，但却之不恭，不如从命。

早在新中国成立之初，根据中共中央七届三中全会的部署，国家对当时的教育和科学文化事业进行了调整和改造，即调整一批老式高等院校，建立一批新式社会主义高等院校，东北教育学院——沈阳师范大学的前身就在这样的历史背景下成立了。

沈阳师范大学法学院也经过近二十年的发展与变革，取得了丰硕的成果和骄人的业绩。1996 年 4 月，经国务院学位委员会批准，法律系取得了民商法学硕士学位授予权，成为当时

全国高等师范院校中第三个法学硕士学位点。2007年4月民商法专业被辽宁省委宣传部批准为省哲学社会科学重点建设学科，2008年3月民商法专业被辽宁省教育厅批准为省重点培育学科，2009年3月民商法专业被辽宁省教育厅批准为省优势特色重点学科，尔后又分别取得法学理论、诉讼法学硕士学位授予权。2007年5月又获得法律硕士专业学位授予权。经过沈阳师范大学法律人的不懈努力，学科建设取得一定成绩并初具规模，积累了大批优秀的科研成果，形成了自己的特色和优势。

在沈阳师范大学法学院的教师队伍中，活跃着一批学历高且富有朝气的年轻学者，他们颇具法学素养，潜心学术研究；他们热爱三尺讲台，勤勉教书育人；他们关注国计民生，重视法治实践；他们开阔国际视野，借鉴他山之石。沈阳师范大学法学院的广大教师在平时的教学耕耘与学术研究中收获了累累硕果。在此基础上，他们决定编辑出版“沈阳师范大学法文学术文库”系列丛书，这既是对沈阳师范大学60华诞的一份厚礼，也是对这所辽宁法律教育与学术研究的重镇所取得成就的一次检阅。我希望这套法文学文库能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续攀登的阶梯，更希望通过这些文章，能够向热爱法学、崇尚中国法律研究的读者展示沈阳师范大学的治学精神与科研传统。

《中庸》论道：“博学之、审问之、慎思之、明辨之、笃行之”，阐释了学术研究探索真理的精神以及达到知行合一境界的必由之路。从对世界历史进程的审视与洞察来看，社会发展、科学昌明、思想进步、制度革新，从来都离不开法学研究

的力量与成就的滋养与推动。

一所优秀的综合性大学是国家与社会发展中一种不可或缺的重要力量，而法学研究的水平则体现了中国社会主义法治的发展程度和综合实力，是社会进步、法制文明的重要标志。因此，一所大学的学术氛围，不仅在很大程度上影响和引导着学校的教学与科研，而且渗透和浸润着这所大学追求真理的精神信念。正如英国教育思想家纽曼所言，大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量，它的态度自由中立，传授普遍知识，描绘理智疆域，但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会；高等教育发展的核心是学术和人才。因此，大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地，在国家创新体系中具有十分重要的地位和意义。沈阳师范大学法学院是一所正在迅速兴起的学院，其注重内涵建设和综合协调发展，法学院贯彻“强管理、重服务、育队伍、出精品”的工作理念，通过强化科研管理，建立、健全科研制度、凝练科研队伍、打造科研精品、营造科研氛围，使教师们的科研积极性空前高涨，取得了丰厚的科研成果。近五年来，法学院教师出版专著 53 部，发表论文 180 多篇，科研立项 60 余项，科研获奖 60 余项。法学院秉承“博学厚德 求是笃行”的院训，以培养适应社会主义市场经济和法治建设需要的应用型、复合型法律人才为目标，以本科教学为中心，以学科建设与队伍建设为重点，大力发展研究生教育，努力建成专业特色显著，国内知名、省内一流的法学教育研究与法律实务相结合的法学院。

这套文库的出版，将有助于提升法学科学的学术品质和专业素质。法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型时期，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。沈阳师范大学法学教育适应侧重培养懂法律、懂经济、懂管理、懂外语的高层次复合型、应用型人才的目标定位，在培养具有复合知识结构的本科生、研究生方面形成了鲜明的法律实务特色。法科学生在重点学好法学核心课程和教学计划的其他课程外，适当广泛涉猎、阅读学术专著，对巩固、深化课堂知识是十分必要的。在教材之外，出版一批理论精深、博采众长、体察实践、观点新颖的专著，可以有效满足学生解惑之需。本文库诸部著作，围绕诸多法学领域及法治实践中的重大疑难问题，对我国相关法律制度加以细致的探讨与阐述。这将有助于拓展法科学生的视野，为他们思考、研究问题以及应用法律提供新的方法和视角，进而登堂入室、一窥门径。

这套文库，在选题和策划上，偏重法学领域中实践意义重大且学界较少探讨的具体问题；在内容上，较为侧重对具体问题的深入分析和制度的合理构建。这固然与沈阳师范大学法学院以理论法学为基础，以诉讼法学为特色，以民商法为支撑，集中发展新兴二级学科的学科发展战略有关，也是对法学研究方向思考的智慧结晶。从宏观角度而言，目前我国的法学学科框架已经基本成熟，法学界对法学各学科的体系、基本原则和基本理论已难觅较大争议。因此，沈阳师范大学法律人能应法律实践的需求和

法治完善的需要，对前人较少涉及的一些具体法律制度及其微观层面展开深入细致的研究，揭示其所依存的理论基础，提供富有可操作性的制度设计，以此推动法学研究与法学教育的进步，并推动我国法制臻于完善，这无疑是一种值得嘉许的学术视角和探索尝试。

是为序。

陈泽宪

2010 年秋谨识于北京景山东隅

目 录

引 言	(1)
第1章 商业秘密预防性保护的基本法律问题	(4)
1.1 商业秘密预防性保护的概念界定	(5)
1.1.1 商业秘密的内涵及外延	(5)
1.1.2 商业秘密预防性保护的广义与 狭义之分	(10)
1.2 商业秘密预防性保护的情形解析	(12)
1.2.1 商业秘密威胁性侵害的内涵界定	(12)
1.2.2 商业秘密威胁性侵害的表现形式	(13)
1.2.3 商业秘密威胁性侵害的法律特征	(15)
1.2.4 商业秘密威胁性侵害的性质	(20)
1.2.5 商业秘密威胁性侵害与商业秘密 侵权的辨析	(23)
1.3 商业秘密预防性保护的法律特征	(28)
1.3.1 商业秘密预防性保护是一种事前保护 ...	(28)

1.3.2	商业秘密预防性保护的目的在于 消除危险	(29)
1.4	商业秘密预防性保护与事后救济之比较	(29)
1.4.1	保护阶段之比较	(29)
1.4.2	保护作用之比较	(29)
1.4.3	法律保护具体方式之比较	(30)
第2章	商业秘密预防性保护之必要性分析	(31)
2.1	商业秘密预防性保护的根本原因	(31)
2.1.1	商业秘密的价值性是预防性 保护的起因	(31)
2.1.2	激励创新是预防性保护的本源	(33)
2.2	商业秘密预防性保护的法理分析	(34)
2.2.1	预防性保护是商业秘密知识产权属性的 内在要求	(34)
2.2.2	预防性保护是商业秘密秘密性的 必然需要	(42)
2.3	商业秘密预防性保护的现实原因	(44)
2.3.1	社会化大生产使得知晓商业秘密的 主体日益增多	(44)
2.3.2	竞争的加剧让“挖墙脚”愈演愈烈	(45)
2.3.3	预防性保护是商业秘密法律保护中的 重要一环	(45)

第3章 商业秘密产权式预防性保护之比较	(47)
3.1 产权式预防性保护的具体规定之比较	(48)
3.1.1 产权式预防性保护具体规定之考察	(48)
3.1.2 产权式预防性保护具体规定之评价	(50)
3.2 产权式预防性保护方式之比较	(51)
3.2.1 产权式预防性保护方式的 阶段性之比较	(51)
3.2.2 产权式预防性保护方式的性质之比较 ...	(54)
3.2.3 产权式预防性保护方式的 适用条件之比较	(56)
3.2.4 产权式预防性保护方式的内容之比较 ...	(58)
3.3 产权式预防性保护的判定方法之比较	(61)
3.3.1 独立判断的产权式预防性保护	(61)
3.3.2 合同确定的产权式预防性保护	(68)
第4章 商业秘密契约式预防性保护之比较	(73)
4.1 保密合同之比较	(74)
4.1.1 保密合同效力之比较	(74)
4.1.2 保密合同适用对象之比较	(75)
4.2 竞业禁止合同之比较	(76)
4.2.1 竞业禁止合同效力来源之比较	(78)
4.2.2 竞业禁止合同合理性之比较	(80)
4.2.3 竞业禁止合同与保密合同之比较	(85)
4.3 附随保密义务之比较	(87)

4.3.1	附随义务的内容及制度构建之比较	(88)
4.3.2	附随义务于商业秘密保护之比较	(91)
第5章	商业秘密预防性保护模式之比较	(93)
5.1	产权式保护与契约式保护并用模式	(94)
5.1.1	独立判断的产权式保护与契约式保护 并用模式	(94)
5.1.2	合同确定的产权式保护与契约式保护 并用模式	(99)
5.2	契约式预防性保护模式	(102)
5.2.1	契约式预防性保护模式的适用	(102)
5.2.2	契约式预防性保护模式的评价	(104)
5.3	预防性保护不同模式选择下的价值平衡	(106)
5.3.1	商业秘密保护与择业自由间的 价值冲突	(106)
5.3.2	商业秘密保护与择业自由间的 价值平衡	(108)
第6章	商业秘密预防性保护于我国的启示	(114)
6.1	我国于商业秘密预防性保护方面的现状	(114)
6.1.1	我国商业秘密采用单一的契约式预防 性保护模式	(114)
6.1.2	我国商业秘密预防性保护在 司法中的困境	(117)

6.1.3 我国商业秘密威胁性侵害在现实中的大量涌现	(117)
6.1.4 我国商业秘密预防性保护在理论研究上的不足	(120)
6.2 我国商业秘密预防性保护的 mode 选择	(120)
6.2.1 产权式保护是与商业秘密性质相符的保护方式	(121)
6.2.2 合同确定的产权式保护是符合我国现状的保护方式	(122)
6.2.3 我国合同确定的产权式保护与契约式保护并用模式	(124)
6.3 我国商业秘密预防性保护模式的建立	(125)
6.3.1 我国于立法上应增加产权式预防性保护的有关规定	(125)
6.3.2 我国于司法上要规范对竞业禁止合同合理性的判定	(135)
6.4 我国商业秘密预防性保护配套制度的建立及完善	(143)
6.4.1 企业应具有保护其商业秘密的意识	(144)
6.4.2 企业应加强对商业秘密的制度管理	(145)
结 论	(155)
参考文献	(157)
致 谢	(165)

引 言

随着知识经济的到来，商业秘密的重要性和不可替代性已逐渐呈现，且大有凌驾于版权、专利和商标之上的趋势，成为知识产权领域的又一重要组成部分。^① 但如此重要的商业秘密，其本身却是一项脆弱的法律权利，此时商业秘密的预防性保护就显得尤为重要，且相对于商业秘密的事后救济，前者的意义更为深远。广义上的商业秘密预防性保护是针对所有处于秘密状态下的商业秘密而言的，而由于每一商业秘密所处的环境及面临的危险不同，因此广义上预防性保护的研究范围过于宽泛，而且研究的针对性也不突出。基于上述考虑，将商业秘密预防性保护的范围缩小，仅限于商业秘密处于将必然被泄露或使用的危险——威胁性侵害时这一情况下，在此基础上的研究更具有针对性，也更具有现实意义。

目前，我国对商业秘密予以保护的法律依据散见于各个部门

^① 斯蒂格利茨：《经济学》，中国人民大学出版社1997年版，第406页。

法中,《劳动合同法》《合同法》《公司法》中均有对商业秘密预防性保护的规定,但作为商业秘密保护的基本法律《反不正当竞争法》中却没有预防性保护的相关规定,1986年的《民法通则》虽然未使用商业秘密这一术语,但其中对一切科技成果的保护予以了概括性的规定,但也只局限于对侵权情况下商业秘密的救济。

我国学者对商业秘密的研究主要集中在对其的概念界定、构成要件、权利内容、法律属性等基础理论方面。如孔祥俊教授的《商业秘密保护法原理》、张玉瑞《商业秘密法学》等;在期刊论文方面有单海玲《论知识经济时代商业秘密保护主流理论:保密关系学说与财产权论》等;在对商业秘密的传统侵权方面,如归责原则、举证责任、法律救济等方面也有较多的论述,如彭学龙《美国商业秘密法中的禁令救济》、张广良《知识产权侵权民事救济》、徐朝贤《美德日商业秘密侵权救济制度的发展与借鉴》;对于商业秘密保护中的权利冲突也有涉及,如付慧姝《商业秘密保护中的价值冲突与权利冲突研究》。但至今国内就商业秘密预防性保护的系统论述却极少,仅有樊晓霞《试论商业秘密的预防性保护》与张成立《论商业秘密的预防性保护》这两篇短小的期刊论文。虽然目前有少数关于美国在此方面的判例研究,如彭学龙《商业秘密“不可避免披露原则”初探》《不可避免披露原则再论》,但也只是局限于对美国判例的简单介绍。

本书以商业秘密预防性保护为切入点,对商业秘密预防性保护予以系统性论述,尤其是对商业秘密预防性保护的范围——威胁性侵害予以界定。由于各国均有对商业秘密预防性保护作出规定,因而只能选取其中具有代表性的国家或国际条约的相关规定

作以比较分析。美国作为英美法系的代表，同时也是世界上对商业秘密保护最为完备的国家，其对于本书研究的重要性不言而喻，而日本与德国同为大陆法系国家，但二者在商业秘密预防性保护上却在相同中有着差异性，因此选取德日两国进行研究对同为大陆法系的我国的借鉴意义更为重大。加之，随着我国加入 WTO，TRIPS 协议中有关商业秘密保护的规定也不得不引起我们的重视。因此基于以上考虑，本书选取了美国、日本、德国、我国及 TRIPS 协议的相关规定做比较分析，而其中由于美国与日本在此方面的理论及法律规定更为成熟及完善，因此在比较分析上有所侧重。本书在对上述各国及国际条约于商业秘密预防性保护进行比较分析的基础上，结合分析我国于商业秘密预防性保护上的缺陷，试着找寻出适宜我国的商业秘密预防性保护之路。

第1章 商业秘密预防性保护的基本法律问题

商业秘密 (Trade Secret), 又称秘密信息 (Confidential Information), 世界贸易组织 (World Trade Organization, 简称 WTO) 于《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement On Trade - related Aspects of Intellectual Property Right, 以下简称 TRIPS 协议) 中称之为未披露信息 (Undisclosed Information), 该概念源于普通法, 经由英美法系的一系列判例而逐渐形成。现今各国大都将商业秘密作为一法律术语对待, 虽然会因经济发展、法律传统、定义模式等因素对商业秘密的界定而有所出入, 但大多认为商业秘密是一种由所有人采取了保密措施的、有价值的且不为相关领域或行业所知的信息。商业秘密不同于其他传统知识产权的特殊性决定了对它不仅要在侵权后给予法律救济, 更需要在侵权发生前给予其预防性的保护。本章主要解决的就是对商业秘密预防性保护的基本法律问题, 包括内涵界定、范围界定、法律特征及与事后救济的比较分析四个方面。