



西南政法大学

■ 21世纪知识产权法学系列 ■

总主编 张玉敏

商业秘密法

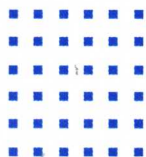
张耕

等

著

商业秘密法是知识产权法的重要组成部分。世界贸易组织的TRIPS协议明确规定了成员国的保护义务，因而商业秘密的知识产权保护已达成国际共识。通过反不正当竞争法、合同法、劳动法保护商业秘密的大陆法系国家也逐渐改变了认识，开始从知识产权的视野研究和保护商业秘密。在知识产权制度中，商业秘密的理论和实务问题都甚为复杂，有关纠纷有增无减，但商业秘密立法和理论研究却是我国知识产权领域中最薄弱的环节之一。本书试图通过对商业秘密法律保护的系统研究，促进人们进一步思考我国商业秘密保护的立法和司法问题。本书既立足于当今中国社会的现实，又将论题置于世界法学之林加以阐释，注重运用比较法学的研究方法考察主要国家和地区的有关立法；既从学术之争的视野介绍、评价有关的理论学说和做法，借鉴该论题的最新理论研究成果，又进行了独立思考，形成了一些创新性观点，或对已存在的理论、观点、做法进行了更有说服力的论证；既解释现行法条，阐述支撑该法条背后的理论，更注重分析现行法条之弊端，提出了部分立法建议或创新性制度构想；既阐述有关法学理论之重点与难点，又密切联系实际，预测和解决司法实践中已经或可能遇到的重大、疑难问题，分析了部分国内外经典案例。

厦门大学出版社



商业秘密法

S H A N G Y E M I M I F A

张耕 熊晖 陈鹏飞 刘有东
郑重 周娟 李晓秋

著



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商业秘密法/张耕等著. —厦门:厦门大学出版社, 2006. 3

(西南政法大学 21 世纪知识产权法学系列/张玉敏主编)

ISBN 7-5615-2549-4

I. 商… II. 张… III. 商业-保密法-中国 IV. D922. 294

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 012541 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

三明地质印刷厂印刷

2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:17 插页:2

字数:294 千字 印数:0001—3 000 册

定价:25.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换

作者简介

张耕:男,1964年出生,重庆璧山县人,1985年毕业于西南政法大学法律系,现为西南政法大学民商法学院副院长、教授、硕士生导师、重庆市优秀中青年骨干教师。主要从事知识产权法、合同法等民商法教学和研究工作,出版学术专著《知识产权民事诉讼研究》、《商业秘密法律保护研究》(主编)、《走向21世纪的中国知识产权法》(副主编)、《知识产权与市场竞争》(合著)、《商业标志法》(合著)、《区域法制建构论》(合著)6部、译著《法律谈判的理论与技巧》1部、教材10部,发表学术论文30余篇,主持或承担国家级和省部级课题3项。

熊晖:男,1973年出生,四川省阆中市人,法学硕士,西南政法大学民商法学院讲师、博士研究生,合作出版著作5部,发表学术论文数篇。

刘有东:男,1973年出生,吉林省东辽县人,法学硕士,西南政法大学民商法学院讲师,合作出版著作6部,发表论文数篇。

郑重:女,1981年出生,四川省达州市人,西南政法大学2003级硕士研究生,发表论文10余篇。

周娟:女,1980年出生,重庆市人,法学硕士,在中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会工作,发表论文数篇。

李晓秋:女,1972年出生,重庆市潼南县人,法学硕士,重庆大学法学院讲师,合作出版著作4部,发表论文数篇。

总序

21 世纪是知识经济的时代,知识已经(在发达国家)或正在(在像我国这样的发展中国家)取代土地、机器设备、资金等有形资产的地位,成为推动经济发展的最主要的要素。与此相适应,知识产权法自上个世纪中后期开始,在全球范围内呈现出强劲的发展势头,无论是在国际层面上还是在国内法律体系中,知识产权法的地位迅速提高。美国自上个世纪 80 年代开始实施知识产权战略,通过立法促进技术的开发与转化,并在国际贸易中迫使贸易伙伴加强对美国知识产权的保护,迅速扭转了美国在国际贸易中的巨额逆差,实现了美国经济的长期稳定、高速发展。2002 年,日本公布实施知识产权战略大纲,成立了以小泉首相为首的知识产权战略本部,正式将“技术立国”的口号修改为“知识产权立国”。韩国等许多国家也都纷纷制定自己的知识产权战略,其目的非常明确,就是要在 21 世纪的国际竞争中抢占有利地位。我国政府十分重视知识产权保护工作,明确指出“21 世纪的竞争就是知识产权的竞争”,并开始制定中国的知识产权发展战略。

当我们大力推进中国的知识产权事业的时候,遇到的第一个问题就是人才奇缺——企业缺少合格的知识产权管理人才,司法机关缺少合格的知识产权审判和侦查人才,社会缺少高水平的专利代理、商标代理、无形资产评估等知识产权中介服务机构。在有条件的高校中设置知识产权专业博士点和硕士点,是国家为解决知识产权专门人才奇缺而采取的重要措施。我们的这套系列丛书就是为适应新形势下知识产权法教学需要而编写的。本套丛书共六本,包括知识产权法原理、著作权法、专利法、商业标志法、商业秘密法和知识产权法实践教程。

对于中国来说,知识产权法是地地道道的舶来品。如果说法学在中国是一门幼稚学科,那么,知识产权法学就是幼稚学科中的幼稚学科。仅仅在二十多年前,当我国与美国谈判签订中美经济贸易和技术合作协议,美国谈判代表提出协议中必须有知识产权保护条款,否则美国总统不批准的时候,中国人还不知道知

识产权为何物。在外部的压力和内部发展需求的双重推动之下,我们用二十几年的时间从立法上实现了“与国际接轨”,但是,从社会生活的层面上观察,知识产权保护远没有成为人们的自觉行动。另外,科学技术的迅速发展不断给知识产权法提出新的课题,知识产权的保护对象不断扩大,权利内容不断扩张,加剧了知识产权的拥有者和知识产品的使用人、知识产权的输出国和进口国在知识产权保护问题上的利益失衡,引发了人们对知识产权正当性的不断追问。丛书将系统地、全面地和力图深入地对知识产权法的基础理论、基本制度和前沿问题进行阐述,对立法和执法实践中的争议问题进行讨论,对知识产权的正当性和权利人利益与社会公共利益的平衡问题作出自己的回答。

编写一套用于研究生教学的知识产权法丛书是一项开创性的工作,意义很大,困难不少。好在有我们多年来培养硕士和博士研究生的经验,有业界朋友的关心和支持。由于知识产权法学从整体上来说仍然十分幼稚,以及我们的能力所限,丛书在内容和结构上难免存在一些问题甚至错误,我们衷心希望各位方家和读者不吝赐教!您的批评是对我们最好的帮助。

感谢厦门大学出版社的同仁,他们为中国知识产权法学教育事业做了一件好事。没有他们的热情推动和精心组织,本套丛书是不可能面世的。

张玉敏

2006年1月20日



前 言

知识经济和信息社会的到来,使知识产权在国际范围内获得了非同寻常的地位。在由知识产权制度支撑的全球知识经济新秩序中,非常引人注目的方面是知识财富分布的巨大地区差别,从而产生了知识沙漠和知识绿洲。知识产权从总体上讲是一种承认和奖励对知识宝库作出重要贡献的创新者的制度,其具体制度设计的合理与精巧与否,决定了全球范围内知识财富的流向。贫穷和落后,是产生无偿剥夺或利用他人物质财富和知识财富思想的温床。然而,这种“均贫富”思想被物权和知识产权这些私权制度无情地否定。尽管知识产权从产生之日起人们对它的攻击和责难就从没有停止过,但是世界经济和社会发展的历史和现状都告诉我们,没有合理的知识产权制度,不仅在精神财富创造方面缺乏基本正义,更是一个国家或民族贫困和落后的根源之一。世界贸易组织中的TRIPS协定表明,在属于知识绿洲地区的西方世界强力主导下确立了一个发展中国家不得不遵守的游戏规则:建立和完善知识产权制度是缩小知识沙漠、增长各种财富的必由之路。

商业秘密的法律保护是知识产权制度的重要组成部分。世界贸易组织中的TRIPS协定强制性地规定了成员保护商业秘密的义务,因而商业秘密的知识产权性质已形成了国际共识,即使习惯通过反不正当竞争法、合同法、劳动法保护商业秘密的大陆法系国家也逐渐改变了认识,开始从知识产权的视野研究和保护商业秘密。在知识产权制度中,商业秘密的理论和实务问题都甚为复杂,有关纠纷有增无减,但商业秘密立法和理论研究却是我国知识产权领域中最薄弱的环节之一。本书试图通过对商业秘密法律保护的系统研究,促进人们进一步思考我国商业秘密保护的立法和司法实务问题。本书既立足于当今中国社会的现实,又将论题置于世界法学之林加以阐释,注重运用比较法学的研究方法考察主要国家和地区的有关立法;既从学术之争的视野介绍、评价有关的理论学说和做法,借鉴该论题的最新理论研究成果,又进行了独立思考,形成了一些创新性观



点,或对已存在的理论、观点、做法进行了更有说服力的论证;既解释现行法条,阐述支撑该法条背后的理论,又注重分析现行法条之弊端,提出了部分立法建议或创新性制度构想;既阐述有关法学理论之重点与难点,又密切联系实际,预测和解决司法实践中已经或可能遇到的重大、疑难问题,分析了部分国内外经典案例。

本书的写作分工如下(以撰写章节先后为序):熊晖,第一章;陈鹏飞,第二章和第三章;刘有东,第四章和第五章;郑重,第六章;周娟,第七章;张耕,第八章;李晓秋,第九章。囿于作者们的认识能力和研究水平,对于书中的缺点和谬误,诚恳欢迎读者批评指正。

张 耕

2006年4月5日



【 目录 】

Contents

第一章 商业秘密的界定	(1)
第一节 商业秘密的定义	(1)
第二节 商业秘密的要件	(5)
第三节 商业秘密的范围	(23)
第四节 商业秘密与相关概念辨析	(29)
第二章 商业秘密法的理论基础	(36)
第一节 商业秘密法的伦理道德基础	(36)
第二节 商业秘密法的经济学基础与博弈分析	(47)
第三节 商业秘密法的法理基础	(58)
第三章 商业秘密保护立法的演变	(68)
第一节 商业秘密保护立法的产生与发展	(68)
第二节 外国商业秘密保护立法的演变	(76)
第三节 国际组织商业秘密保护立法的演变	(92)
第四节 我国商业秘密保护立法的演变	(94)
第四章 商业秘密权	(103)
第一节 商业秘密权的界定	(103)
第二节 商业秘密权的主体、客体和内容	(119)
第五章 商业秘密合同	(130)
第一节 商业秘密合同概述	(130)
第二节 技术秘密开发合同	(144)
第三节 技术秘密转让合同	(154)
第四节 技术秘密使用许可合同	(159)
第五节 商业秘密保护合同	(161)

第六章 商业秘密的管理	(166)
第一节 商业秘密管理的重要性	(166)
第二节 商业秘密保护现状与误区	(168)
第三节 商业秘密的泄密方式	(170)
第四节 商业秘密的管理措施	(179)
第七章 人才流动与商业秘密保护	(193)
第一节 人才流动与商业秘密保护的利益冲突	(193)
第二节 竞业禁止制度	(196)
第三节 人才流动中商业秘密保护立法的完善	(215)
第八章 侵犯商业秘密的认定	(220)
第一节 侵犯商业秘密的表现形式	(220)
第二节 商业秘密权的限制	(230)
第九章 侵犯商业秘密的法律救济	(234)
第一节 侵犯商业秘密法律救济概述	(234)
第二节 侵犯商业秘密的民事救济	(236)
第三节 侵犯商业秘密的行政救济	(246)
第四节 侵犯商业秘密的刑事救济	(252)

第一章 >> 商业秘密的界定

第一节 商业秘密的定义

美国信息探索研究所在其 1993—1994 年年鉴中,以“知识经济:21 世纪信息时代的本质”为总标题发表了 6 篇论文,作出了有别于传统经济学的重要结论:“信息和知识正在取代资本和能源而成为创造财富的主要资产,正如资本和能源在二百年前取代土地和劳动一样,本世纪技术的发展使劳动由体力变为智力。”这一准确断言已为现实所证实并将继续被证实。作为保护信息、知识的有效方法之一的商业秘密法律制度,在知识经济的今天其重要性自不待言。然何谓商业秘密、哪些信息能构成商业秘密?我国学者莫衷一是,这实与商业秘密术语作为相应法律制度之基本范畴的应有研究相去甚远,也给司法实务带来诸多困扰。在商业秘密侵权纠纷中,有的当事人对构成商业秘密的法律要件缺乏正确认识,不清楚哪些信息属于员工不能带走的法律保护的商业秘密,哪些属于员工自己拥有并能服务于新单位的知识、经验或技能,甚至分不清作为商业秘密的信息和载体之间的关系,因而常会出现单位和员工离职时对能否带走有关资料,对留下文件、磁盘等信息载体后是否还会发生侵权等问题的认识各执一词。在有关商业秘密的诉讼中,常出现原告多次变更诉讼请求或有关事实,提供无关联性的证据;被告也常作无谓的辩解,或举无关痛痒的反证。^①

① 杨均:《审理商业秘密案件若干问题的思索》,载《知识产权》1997 年第 3 期。

一、外国法中商业秘密的定义

我们不是言必称希腊的教条主义者。但对商业秘密科学而周延的定义只能从外国法谈起。这一方面缘于商业秘密法律制度源自外国:远可以追溯至古罗马时期,古罗马法禁止第三人诱使奴隶主的奴隶泄露主人有关商业事务的秘密,并明确了法律责任;而且作为现代意义上的专门法律制度,商业秘密法律制度乃以19世纪英国衡平法为开端。另一方面缘于在商业秘密法律制度上我国无本土资源可言:虽然我国历代以祖传秘方、家传(或师门)绝技的形式秘而不宣地存在着的信息,如中医治疗中的“验方”、“单方”,酿酒、烹饪中的独门手法,冶炼、织绣中的秘诀等,便是我们现今所谓的商业秘密,但相应的法律制度一直不发达。我国古代保护秘密信息的制度和法律均为国家秘密而设。据《太公六韬》记载,早在夏商时期,当时朝廷即设立了负有保密职责的卜官,专门处理一些公务秘事和军事机要。到了西周,保密事务更受重视,由六官中的大宰主管,创设了“一合而再离,三发而一知”的阴书等制度,并对泄密者予以刑事处罚。《周礼·秋官·士师》记载的八类罪名(即“八成”)就包含了涉及保密的“邦勺”罪与“邦谍”罪。此后,历代封建王朝关于“保密”的罪名、处罚等法律规定日渐完备,但都未跳出国家秘密的窠臼。这与我国封建社会商品经济极不发达、私法自治与私法精神不能弘扬有关,也与现代法治社会保护商业秘密的目的及有关法律制度相去甚远。我国《反不正当竞争法》“在商业秘密保护条件、规定内容及表述方式上,较多地借鉴了美国商业秘密法的做法,也适当地吸收了大陆法系的规定”,^①是以上论述之明证。

商业秘密(trade secret)术语由英国率先提出,现已为国际社会广泛认可和使用。虽然世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》(简称TRIPS协定)使用了“未披露的信息”(或未公开的信息,undisclosed information)术语,但从该协议规范的信息必须具有商业价值的限定来看,^②“未披露的信息”与商业秘密并无实质区别。在英美法系长达100多年的普通法保护商业秘密的实践中,对商业秘密的界定及理解一直众说纷纭,这既与英美法系国家不注重对法律概念的认识进行抽象概括的法文化传统有关,也从一个侧面反映了商业秘密本身的

① 王学政:《中国反不正当竞争法的理论与立法经验》,载《工商行政管理研究》1998年第11期。

② 参见TRIPS协定第39条第2款。

复杂性、隐蔽性和模糊性。至 20 世纪初,无论大陆法系国家还是英美法系国家,都认识到通过成文法系统规范商业秘密保护的重要性,皆纷纷立法规定商业秘密保护制度。

纵观各国的商业秘密立法,对商业秘密的界定主要有三种做法:其一是概括式地揭示商业秘密的内涵和特征,明确为商业秘密下定义。如日本《反不正当竞争法》第 1 条第 3 款、^①墨西哥《工业产权法》第 82 条的规定等。这种立法所揭示的商业秘密的外延广,包容性强,但显得抽象,不利于理解和操作。其二是采用概括和列举相结合的体例,明确列举法律保护的商业秘密常见形式的同时,抽象概括出商业秘密的定义。如加拿大 1998 年《统一商业秘密法(草案)》第 1 条规定:“商业秘密指特定信息,该信息:(1)已经或可能用于商业或经营之中,(2)在该商业或经营中尚未公知,(3)因尚未公知而具有经济价值,并且(4)在特定情势下为防止公知已尽合理保密努力。”“为定义之目的,商业秘密的‘信息’包括记载、包含或体现于但不限于配方、样式、计划、编辑产品、计算机程序、方法、技术、工艺、产品、装置或机器之中的信息。”美国也采用这种立法体例。其三是成文法中没有明确揭示商业秘密的定义和范围,只有法院判例和学者解释对商业秘密进行了界定,如德国和英国。^②

二、国际组织对商业秘密的定义

各国法律对商业秘密的定义、构成要件上有一定的差异,在保护的方式和程度等方面存在更大的不同。为了便利世界经贸往来和适应全球经济一体化的发展趋势,多年以来一些国际组织一直在努力,试图缩小这种差别。例如,国际商会 1961 年制定的《有关保护专有技术(know-how)的标准条款》对商业秘密中的技术秘密的定义作出了统一规定。1964 年保护知识产权联合国际事务局在其草拟的《发展中国家发明示范法》中再次明确了对商业秘密的定义。在《保护工业产权巴黎公约》1967 年斯德哥尔摩文本中,“反不正当竞争”只涉及假冒商品、虚假宣传违背诚实信用原则的商业行为,没有直接涉及商业秘密的保护问题。鉴于对商业秘密的认识和保护力度与世界贸易的紧密联系,世界贸易组织对“未披露的信息”作了界定,TRIPS 协定第 39 条规定:“在保证按巴黎公约 1967 年

① 关于美国、英国、德国和日本法律对商业秘密的定义,请参见本书第三章“商业秘密保护立法的演变”之第二节“外国商业秘密保护立法的演变”部分。

② 孔祥俊:《反不正当竞争法的适用与完善》,法律出版社 1998 年版,第 408~411 页。

第 10 条之 2 的规定为反不正当竞争提供有效保护的过程中,成员应依照本条 2 款,保护未披露的信息;应依照本条 3 款,保护向政府或政府的代理机构提交的数据。只要有关信息符合下列三个条件:

(1)在一定意义上,其属于秘密,就是说,该信息作为整体或作为其中内容的确切组合,并非通常从事有关该信息工作领域的人们所普遍了解或者容易获得;

(2)因其属于秘密而具有商业价值;

(3)合法控制该信息之人,为保密已经根据有关情况采取了合理的措施。”^①

目前,通说认为,TRIPS 协定中的“未披露的信息”就是指商业秘密。^②考虑到各国法律的差异,因而该定义对商业秘密在范围上未作任何限制,在构成要件上规定了大多数公约成员国共同认可的秘密性、价值性和管理性。但也有一些学者认为未披露的信息在范围上比商业秘密更广泛,且使用该概念的本身尚存一些缺陷。TRIPS 协定第 39 条是“美国人起草的。在这个协议中商业秘密被广泛地定义为‘未公开的信息’,而在美国国内则被定义为‘能给拥有者以竞争优势的具有商业价值的并采取合理措施努力保护的特定信息’,等等,这是一种狭义的定义”。显然 TRIPS 协定中的“定义非常广义,并且要求广大发展中国家遵守,而后一个定义又是特定的。这就明显看出,存在双重标准来定义商业秘密。美国的起草者承认这是一个矛盾,应该进行修改”。^③“鉴于该协议仅要求其签署方对这些未公开信息提供保护,且并未明确其就是商业秘密;发展中国家还一致认为,对这些宽泛的信息提供保护,会给予太多的垄断权;加之该协议的效力范围并非及于世界各国、各地区,因而,很难说协议的上述规定统一了世界各国、各地区立法理论和实践对商业秘密的界定。”^④国际工业产权保护协会(AIPPI)执委会 1994 年哥本哈根会议认为,“TRIPS 第 39 条有关商业秘密必须具有‘商业价值’这个条件应予取消”。“如果取消这一条件,则个人隐私、个人档案、数据等等,均可以作为商业秘密加以保护。”^⑤此后,1994 年达成的北美自由贸易协定

① 郑成思译:《知识产权协议》,学习出版社 1994 年版,第 28 页。

② 孔祥俊:《商业秘密保护法原理》,中国法制出版社 1999 年版,第 129 页;张玉瑞:《商业秘密法学》,中国法制出版社 1999 年版,第 151 页;罗玉中、张晓津:《TRIPS 与我国商业秘密的法律保护》,载《中外法学》1999 年第 3 期。

③ 唐海滨主编:《美国是如何保护商业秘密的》,法律出版社 1999 年版,第 14~15 页。

④ 韩天森主编:《走向二十一世纪的中国知识产权法》,中国工人出版社 1999 年版,第 529 页。

⑤ 郑成思:《世界贸易组织与贸易有关的知识产权》,中国人民大学出版社 1996 年版,第 232 页。

也专门规定了商业秘密保护的问题。该协定第 1711 条第 1 款对商业秘密进行了界定,除了以“商业秘密”一词代替“未披露的信息”外,其他内容与 TRIPS 协定完全一样。世界知识产权组织公布的《反不正当竞争示范法》第 6 条第 3 款也规定了商业秘密的定义,该条规定是以 TRIPS 协定第 39 条为基础制定的,内容基本一致,只是以“秘密信息”(secret information)代替“未披露的信息”。

三、我国对商业秘密的定义

在我国,商业秘密作为法律术语最早出现于 1991 年《民事诉讼法》,该法第 66 条规定:“对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密。”第 120 条第 2 款规定:“……涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。”但该法并未对商业秘密予以界定。1991 年 4 月 12 日中美两国签订的《关于延长和修改两国政府科学技术合作协定的协议》在附件中确认:“符合下列条件的信息应当确认为商业秘密:拥有该信息的人可以从中获得经济利益或者据此取得对非拥有者的竞争优势,该信息是非公知的或者不能从其他公开渠道获得,该信息的拥有者未曾在没有保密义务安排的情况下将其提供给他人。”1992 年 7 月 14 日最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》首次对商业秘密作出司法解释,其第 154 条规定,商业秘密“主要是指技术秘密、商业情报及信息等,如生产工艺、配方、贸易联系、购销渠道等当事人不愿公开的工商业秘密”。1993 年《反不正当竞争法》对商业秘密作了较为完整的概括,其第 10 条第 3 款规定,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”。目前,这一定义为我国法学界所普遍采用。《商业秘密保护法(送审稿)》在对商业秘密的定义上稍作了一些调整:“本法所称商业秘密,是指具备下列条件的技术信息、经营信息:(1)不为该信息应用领域的人所普遍知悉;(2)具有实际的或潜在的商业价值;(3)经权利人采取了合理的保密措施。”应当说,这一定义与《反不正当竞争法》的基本思路是一致的,但在用语上更为准确、科学和具体,在构成要件的概括上更符合 TRIPS 协定的要求。

第二节 商业秘密的要件

任何术语的界定都在于抽象出该事物的质的规定性,就商业秘密术语的界



定而言,其核心就在于揭示商业秘密的构成要件或特征。现代社会充斥着各种各样的信息,但并非任何与技术、经营或商业有关的信息都是商业秘密。要成为商业秘密,必须具备相应的构成要件。这些构成要件作为商业秘密必须具备的质的规定性,不仅使之与国家秘密、个人隐私等其他秘密相区别,而且使之与专利、商标等其他知识产权相区分。“虽然各国在政治经济条件、文化传统等诸多方面存在差异,在对商业秘密进行法律保护的理论依据上也有不同看法,但在商业秘密构成要件的认识上大同小异,而非有的学者所宣称的那样两大法系在商业秘密的界定上存在重大差别。”^①“其原因是有着广泛成员的世界贸易组织中的 TRIPS 协定对商业秘密的条件作了明确的规定,对协调各国国内商业秘密立法起了重要作用。该协定第 72 条对条款的保留问题作了非常严格的限制,因而可以认为各成员或缔约方原则上是认同 TRIPS 协定规定的商业秘密条件的。”“认为各国对商业秘密的界定有重大差别的学者的理由之一是英美法系国家还明确要求商业秘密必须符合社会公众利益,大陆法系国家则无此方面的明文规定。英美法系国家通过立法或判例确立了保护商业秘密不得与公共利益冲突的原则,但这并非英美法系国家在商业秘密界定上的特色,大陆法系国家有关保护商业秘密的立法或司法同样体现了该原则。‘权利不得滥用’和‘公序良俗’原则是各国民商立法的共同原则和基础。因而 TRIPS 协定和绝大多数国家认为没有必要单独将社会公共利益条款列为商业秘密的构成要件。这种情况仅仅反映了各国在商业秘密保护立法风格上的差异,并不表明对商业秘密的界定和实质理解上有重大分歧。”^②

对于商业秘密的构成要件或特征,我国学者见解不一:有学者认为商业秘密是一种知识信息,是人类智力活动的产物,具有非物质属性,具有可传授性和可转让性,未获得传统的知识产权法的直接保护,具有秘密性,具有价值性,具有一定的新颖性;^③有学者认为商业秘密的构成要件是秘密性、价值性、独特性;^④有学者认为其仅指秘密性、价值性、防范性;^⑤有学者认为是秘密性、价值性、实用

① 唐昭红:《商业秘密研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第6卷,法律出版社1997年版,第745页。

② 张耕:《知识产权民事诉讼研究》,法律出版社2004年版,第537~540页。

③ 种明钊主编:《竞争法》,法律出版社1997年版,第258~262页。

④ 张今:《知识产权新视野》,中国政法大学出版社2000年版,第12~13页。

⑤ 唐大江:《论商业秘密的范围和构成要件》,载《广东工业大学学报(社会科学版)》2002年第3期。

性、保密性；^①有学者认为其指秘密性、价值性、新颖性、独特性；^②有学者认为秘密性、价值性、保密性；^③有学者认为是实用性、价值性、秘密性、新颖性和管理性。^④现阶段，主张严格按照 TRIPS 协定，商业秘密的构成要件为秘密性、价值性、管理性的学者越来越多。这些分歧，除去商业秘密与其他类型的知识产权的共性以及仅内涵相同而表述有异的外（如管理性、防范性、保密性、主观秘密性就属于此），主要集中于两方面：实用性是否能成为商业秘密的构成要件，新颖性是否有独立于秘密性而存在的必要。对此问题的解答，仍取决于对相关构成要件的正确理解。

一、秘密性和新颖性

秘密性是指商业秘密不为该信息本行业的人普遍知悉，新颖性是指商业秘密不是该信息本行业内的公开和公知信息，不是通过正常手段能获知的既存信息。世界各国法律在秘密性和新颖性的规定上不尽一致，但就其实质意义而言应当说是一致的。以具有代表性的美、日两国为例。美国的《统一商业秘密法》及《经济间谍法》对此都要求：不为众所周知，不能通过正当手段获知。日本《不正当竞争防止法》则要求：不为一般公众所知悉。美国法明确昭示了秘密性和新颖性，而日本法虽只明确昭示了秘密性，但也可理解为包含了秘密性和新颖性，因为若是既存的公知信息，又怎能称之为不为一般公众所知悉？我国《反不正当竞争法》第 10 条将此规定为“不为公众所知悉”，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》第 2 条及 1998 年国家工商行政管理局《关于商业秘密构成要件问题的答复》都将其解释为“该信息是不能从公开渠道直接获取的”，最高人民法院在 1995 年《关于审理科技纠纷案件的若干问题的规定》中也认为其是指“不能从公共渠道直接获得”。那么，这些规定是只指秘密性，还是既包括秘密性又包括新颖性？

（一）秘密性和新颖性的联系与区别

1. 联系。从某种意义上讲，秘密性和新颖性是一个问题的两个方面，密不

① 衣庆云：《客户名单的商业秘密属性》，载《知识产权》2002 年第 1 期。

② 张向群：《浅谈商业秘密的法律保护问题》，载《当代法学》2003 年第 1 期。

③ 梁平：《商业秘密及其法律保护》，载《经济论坛》2003 年第 10 期。

④ 孔祥俊：《商业秘密保护法原理》，中国法制出版社 1999 年版，第 26～84 页；张玉瑞：《商业秘密法学》，中国法制出版社 1999 年版，第 157～208 页。