

商业秘密法律保护 研究

张耕 编著

● 重庆出版社

SHANGYEMIMI FALVBAOHU YANJIU

商业秘密法律保护研究

主 编 张 耕

副主编 丁新朝

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

熊 晖 陈鹏飞 丁新朝

刘有东 秦 洁 韦忠语

杜 军 张 耕 邓宏光

重 庆 出 版 社

2002 年·重庆

图书在版编目(CIP)数据

商业秘密法律保护研究/张耕编著. —重庆:重庆出版社, 2001

ISBN 7-5366-5356-5

I. 商... II. 张... III. 商业—保密法—研究—中国 IV. D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 038441 号

商业秘密法律保护研究

张 耕 编著

责任编辑 张 茗

重庆出版社出版发行

新华书店经销

西南政法大学印刷厂印刷

*

开本: 850×1168 1/32 印张: 14.75 字数: 366 千字

2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月第 1 次印刷

印数: 1—1000

ISBN 7-5366-5356-5/D·237 定价: 25.00 元

前 言

随着我国西部大开发战略的实施和世界贸易组织的加入,市场竞争特别是科技竞争、人才竞争日趋激烈,拥有商业秘密等高新技术必然能在竞争中居于主动和有利的地位。而在市场经济建立初期,旧的体制弊病尚未完全克服,新的体制又未臻完善,政府管理和法律制度诸方面必然存在漏洞,尚未形成规范、健康、有序的经营环境和竞争秩序。经营者在深刻认识到不提高产品技术含量增强产品竞争力必将被无情的市场淘汰的竞争规律后,有的通过诚实经营的手段不断开发新产品,有的则钻市场经济转轨过程中管理和法制上的漏洞,采用各种不正当手段获取他人能为其带来竞争优势和巨大商业利润的商业秘密,从而引发大量侵犯商业秘密的纠纷。美国参议院赞同制定《1996 年经济间谍法》的报告中指出:“在今天,商业秘密的价值犹如工厂之于企业一样。盗窃商业秘密所造成的损害甚至要比纵火者将工厂付之一炬的损害还要大”。作为知识产权重要内容的商业秘密被侵权现象,近年来在我国呈加剧的趋势,日益引起法学界、经济学界、企业界和社会媒体的广泛关注。对商业秘密进行法律保护,不仅有利于保护商业秘密权利人的合法权益,制裁和惩戒违法行为,促进科技进步及科技与社会、经济的协调发展,而且对于维护健康的市场经济竞争秩序,推动我国知识产权法制建设的发展,都具有十分重要的意义。

在国家加强商业秘密立法的同时,我国法学界也更加重视商业秘密法律保护的理论研究,取得了不少研究成果。本书为西南

政法大学“九五”科研规划项目,是西南政法大学法学一系部分青年教师、研究生和广东海埠律师事务所部分律师共同完成的一部理论研究专著。本书在参考和运用近年来商业秘密法律保护最新理论研究成果的基础上,注重理论与司法实际的结合,在体例和内容上有所创新。如有关商业秘密管理、商业秘密鉴定和评估、商业秘密纠纷的处理以及世界贸易组织与商业秘密的保护等章内容,是现有商业秘密保护方面理论研究著作没有涉及过的。本书适合从事商业秘密法律保护司法实务、研究、学习以及企业管理等方面的人员阅读。

本书分工如下(以撰写章节先后为序):熊晖,第一章;陈鹏飞,第二章;丁新朝,第三章;刘有东,第四章和第五章;秦洁,第六章;韦忠语,第七章;杜军,第八章;张耕,第九章;邓宏光,第十章。全书由张耕统一修改定稿,张玉敏教授审稿。

由于学识有限,时间仓促,书中不妥之处,恳请各位专家、学者及同仁批评指正。

编 者

2001年1月1日

目 录

第一章 商业秘密概述

一、商业秘密的定义.....	(1)
(一)外国对商业秘密的定义	(2)
(二)国际组织对商业秘密的定义	(3)
(三)我国对商业秘密的定义	(5)
二、商业秘密的构成要件.....	(6)
(一)实用性	(7)
(二)经济性	(11)
(三)秘密性和新颖性	(14)
(四)管理性	(22)
三、商业秘密的范围.....	(27)
(一)技术秘密及其范围的确定	(30)
(二)经营秘密及其范围的确定	(32)
四、商业秘密与相关概念辨析.....	(32)
(一)商业秘密与国家秘密	(32)
(二)商业秘密与个人隐私	(38)

第二章 商业秘密法律保护的理论基础

一、概说.....	(41)
-----------	------

二、商业秘密法律保护的伦理道德基础	(42)
(一)保护商业秘密是传统道德观念的普遍要求	(43)
(二)商业伦理对于保护商业秘密的理论贡献	(54)
三、商业秘密法律保护的经济学基础与博弈分析	(59)
(一)有利于提供激励机制	(60)
(二)可以减少间接费用、降低交易成本	(65)
(三)商业秘密法律保护的博弈分析	(68)
四、商业秘密法律保护的法理基础	(74)
(一)财产权理论	(74)
(二)保密合同理论	(77)
(三)侵权行为理论	(80)
(四)反不正当竞争理论	(82)
(五)隐私权理论	(85)

第三章 中外商业秘密保护的法律制度考察

一、商业秘密法律保护制度的产生	(87)
(一)商业秘密产生的历史背景	(87)
(二)商业秘密法律保护的实现	(89)
二、商业秘密法律保护制度的发展	(92)
(一)法律保护的商业秘密的内容逐步扩大	(92)
(二)呈现出从判例法向成文法发展的轨迹	(95)
(三)从英美法系国家向大陆法系国家扩展 并最终走向世界	(97)
三、主要西方国家对商业秘密的法律保护	(100)
(一)美国	(100)
(二)英国	(107)
(三)德国	(112)

(四)日本	(115)
四、国际组织保护商业秘密概况	(121)
五、我国商业秘密法律保护概况	(124)
(一)我国台湾地区对商业秘密的法律保护	(124)
(二)我国对商业秘密法律保护发展概况	(126)

第四章 商业秘密权

一、商业秘密权的界定	(134)
(一)商业秘密权的定义	(134)
(二)商业秘密权的特征	(134)
(三)商业秘密权与其他知识产权的联系与区别	(138)
二、商业秘密权的法律属性	(150)
三、商业秘密权的主体、客体和内容	(154)
(一)商业秘密权的主体	(154)
(二)商业秘密权的客体	(167)
(三)商业秘密权的内容	(168)
四、商业秘密权的限制	(172)
(一)他人合法权益对商业秘密权的限制	(172)
(二)公共利益对商业秘密权的限制	(174)
(三)证券交易对商业秘密权的限制	(175)

第五章 商业秘密合同

一、商业秘密合同概述	(177)
(一)商业秘密合同的定义	(177)
(二)商业秘密合同的特征	(178)
(三)无效商业秘密合同	(180)

(四)可变更和可撤销的商业秘密合同	(188)
(五)商业秘密合同无效和被撤销的法律后果	(192)
二、技术秘密开发合同	(194)
(一)技术秘密开发合同的定义和种类	(194)
(二)技术秘密开发合同的主要条款	(195)
(三)技术秘密委托开发合同	(200)
(四)技术秘密合作开发合同	(203)
(五)技术秘密开发合同的解除	(204)
(六)风险责任的承担	(206)
(七)合同成果权利和利益的分配	(206)
三、技术秘密转让合同	(208)
(一)技术秘密转让合同的定义	(208)
(二)技术秘密转让合同的主要条款	(209)
(三)双方当事人的主要义务	(211)
(四)违约责任	(213)
(五)后续改进成果的分享原则	(215)
四、技术秘密使用许可合同	(216)
(一)技术秘密使用许可合同的定义	(216)
(二)技术秘密使用许可合同的主要条款	(217)
(三)双方当事人的主要义务	(217)
(四)后续改进成果的分享原则	(218)
五、商业秘密保护合同	(218)
(一)商业秘密保护合同的定义	(218)
(二)商业秘密保护合同的性质	(219)
(三)劳动合同性质的商业秘密保护合同	(220)
(四)民事合同性质的商业秘密合同	(226)

第六章 商业秘密的管理

一、加强商业秘密管理的必要性	(228)
二、商业秘密的泄密方式	(230)
(一)权利人泄密	(231)
(二)合同当事人泄密	(234)
(三)国家机关工作人员泄密	(236)
(四)产业间谍	(237)
(五)雇员泄密	(239)
(六)其他原因	(241)
三、管理措施	(241)
(一)法律措施	(243)
(二)物质性措施	(248)
(三)教育措施	(254)

第七章 商业秘密的鉴定和评估

一、商业秘密的鉴定	(260)
(一)商业秘密鉴定的定义	(260)
(二)商业秘密鉴定的意义	(262)
(三)商业秘密鉴定机构和鉴定人员	(264)
(四)商业秘密鉴定的程序和方法	(270)
(五)商业秘密鉴定结论	(275)
(六)商业秘密鉴定制度的完善	(277)
二、商业秘密的评估	(280)
(一)商业秘密评估的定义	(280)

(二)商业秘密评估的意义	(284)
(三)商业秘密评估机构和评估人员	(287)
(四)商业秘密评估的程序和方法	(290)
(五)商业秘密评估报告	(301)
(六)商业秘密评估制度的完善	(305)

第八章 商业秘密侵权行为

一、商业秘密侵权行为的认定	(308)
(一)侵犯商业秘密行为的客体是他人 的商业秘密权	(313)
(二)侵犯商业秘密行为的主体是商业 秘密权利人以外的其他人	(314)
(三)侵犯商业秘密的行为人在主观上 具有故意或过失	(318)
(四)在客观方面行为人实施了侵犯 商业秘密的行为	(319)
二、商业秘密侵权行为的法律责任	(336)
(一)侵犯商业秘密的行政责任	(339)
(二)侵犯商业秘密的民事责任	(347)
(三)侵犯商业秘密的刑事责任	(364)

第九章 商业秘密纠纷的处理

一、商业秘密纠纷的概念和种类	(376)
(一)商业秘密纠纷的概念	(376)
(二)商业秘密纠纷的种类	(376)
二、商业秘密纠纷的特点及产生原因	(379)

(一)商业秘密纠纷的特点	(379)
(二)商业秘密纠纷的产生原因	(380)
三、商业秘密纠纷的处理原则	(385)
(一)以事实为根据以法律为准绳原则	(385)
(二)平等原则	(386)
(三)保密原则	(388)
四、审理商业秘密纠纷的依据	(390)
(一)直接依据	(390)
(二)参照规章	(391)
(三)法学理论对商业秘密审判的指导作用	(395)
五、商业秘密纠纷的非诉讼处理方式	(405)
(一)概述	(405)
(二)协商	(406)
(三)调解	(408)
(四)仲裁	(411)
六、商业秘密民事诉讼	(416)
(一)商业秘密民事诉讼的特征	(416)
(二)商业秘密诉讼时效	(418)
(三)举证责任倒置和法律推定原则	(421)
(四)商业秘密诉讼中的证据保全和财产保全	(423)
七、商业秘密行政争议的处理	(425)
(一)商业秘密行政复议	(425)
(二)商业秘密行政诉讼	(427)

第十章 世界贸易组织与商业秘密的保护

一、TRIPS 协议保护商业秘密的社会和经济背景	(428)
(一)制定 TRIPS 协议的社会背景	(428)

(二)商业秘密的内在价值是 TRIPS 协议	
保护商业秘密的根源	(430)
二、TRIPS 协议对商业秘密保护规定之成就与不足	(432)
(一)TRIPS 协议对商业秘密保护的成就	(432)
(二)TRIPS 对商业秘密保护规定之不足	(435)
(三)TRIPS 协议关于商业秘密保护对发展中	
国家的影响	(441)
三、TRIPS 协议对商业秘密保护规定与其他	
公约的联系	(442)
四、许可证贸易中对商业秘密保护的几个	
特殊问题	(445)
(一)后续改进成果与商业秘密的保护	(445)
(二)在技术转让中对共有技术秘密的保护	(449)
五、知识产权的执法与商业秘密的保护	(450)
(一)总义务	(451)
(二)民事程序及救济	(452)
(三)临时措施和边境措施	(454)

第一章 商业秘密概述

一、商业秘密的定义

“商业秘密”一词所揭示的类似含义实为古已有之,我国民众对之并不陌生。我国历代中医治疗中的“验方”、“单方”,酿酒、烹饪中的独门手法,冶炼、织绣中的秘诀等,多以祖传秘方、家传(师门)绝技的形式秘而不宣地存在着,并以此谋求经济利益和竞争中的优势地位,这便是我们现今所谓商业秘密的雏形。我国古代也有对“秘密”进行保护的零星法律规定。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,专门处理一些公务密事和军事机要。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,但都只涉及了对国家秘密的保护,这与我国封建社会商品经济极不发达、专制主义统治盛行、社会个体的自由与权利未得到应有的尊重有关。这些规定与现代法治社会保护商业秘密的本旨及有关法律制度相距甚远,在以法律保护商业秘密方面,似无本土历史资源可言。

在国外,对商业秘密的保护可以追溯至古罗马法时期(古罗马法禁止行为人诱使他人的雇员泄露主人有关商业事务的秘密),但商业秘密保护作为专门的法律制度,是工业革命和市场经济发展的产物,起源于19世纪的英国,并为众多国家所纷纷仿效和发展。

这些国家在数百年中经不懈努力所创设的商业秘密保护法律制度,值得我们学习和借鉴。尤其是近年来全球经济一体化的发展,使商业秘密的法律保护备受世界各国关注,使之也与经贸法律一样具有趋同化的发展趋势,世界贸易组织关于商业秘密的统一要求便是其例,我国商业秘密立法自然不能无视这一趋势。所以,基于鼓励革新、维护正当的竞争秩序和诚实信用的商业道德的共同目的,以及实行市场经济和加入世界贸易组织的需要,加上我国商业秘密法律保护历史较短的原因,我国对于商业秘密的法律保护制度建立和完善,更应广泛借鉴国外的先进制度和经验。

(一) 外国对商业秘密的定义

商业秘密(Trade secret)概念是由英国率先提出来的,已成为国际社会广泛认可和使用的一个专门术语。虽然世界贸易组织中的《与贸易(包括假冒商品贸易)有关的知识产权协议》(简称TRIPS协议)使用了“未披露的信息”(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,^①“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的立法与实践都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《不正当竞争法》第一条第三款、墨西哥《工业产权法》第八十二条的规定等。这种立法所揭示的商业秘密的外延广,

^① 参见TRIPS协议第三十九条第二款。

包容性强,但显得抽象,不利于理解 and 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)》第一条规定:“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。^① 美国保护商业秘密的法律比较发达和先进,是世界上在此方面影响最大的国家之一。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作法,也适当地吸收了大陆法系的规定”^②。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。^③

(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

① 关于美国、英国、日本和德国法律对商业秘密的定义,请参见本书第三章“中外商业秘密保护的法律制度考察”部分。

② 王学政:“中国反不正当竞争法的理论与立法经验”,《工商行政管理研究》1998 年第 11 期。

③ 孔祥俊:《反不正当竞争法的适用与完善》,法律出版社 1998 年 5 月出版,第 408 ~ 411 页。

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。TRIPS 协议第三十九条也对“未披露的信息”作了界定。目前,通说认为未披露的信息就是商业秘密。^① 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、经济性和管理性。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 协议第三十九条是“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 协议中的“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。”^② “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。”^③ 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

① 孔祥俊:《商业秘密保护法原理》,中国法制出版社 1999 年 7 月第一版,第 129 页;张玉瑞:《商业秘密法学》,中国法制出版社 1999 年 10 月第一版,第 151 页;罗玉中、张晓津:“Trips 与我国商业秘密的法律保护”,《中外法学》1999 年第 3 期,第 24 页。

② 唐海滨主编:《美国是如何保护商业秘密的》,法律出版社 1999 年 1 月第一版,第 14 ~ 15 页。

③ 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 1 月第一版,第 529 页。