

□ 宋锡祥 俞敏

完善我国商业秘密保护的法律思考

随着我国科技体制改革和劳动人事制度改革的不深入,人才市场和劳务市场日趋活跃,科技人员的流动频率越来越高。随之产生大量的商业秘密侵权问题,给商业秘密权利人造成重大经济损失,严重扰乱了公平竞争的市场经济秩序。保护商业秘密,是维护市场正常秩序、保障和促进经济健康发展的必然要求,也是完善我国知识产权保护制度,促进科学技术进步,开展国际间科技、经济、文化交流与合作的基本环境和条件之一。随着我国加快加入世界贸易组织(WTO)的步伐,我国更注重使自己的知识产权制度符合知识产权国际化协调趋势。关贸总协定乌拉圭回合达成的《与贸易有关的(包括假冒商品)知识产权协议》,将未泄露信息列作知识产权加以规范,扩大了传统的知识产权范围,为此要求各缔约国配套制订相应的法律、法规。作为缔约国之一,近年来,我国商业秘密保护的立法与司法实践取得了一定的成绩,但尚跟不上当前的经济发展速度,所以亟需加快立法步伐,加大司法保护力度,进一步完善我国的商业秘密保护法。

一、我国商业秘密法律保护现状

1985年1月10日国务院发布《关于技术转让的暂行规定》明文承认非专利技术是一种商品,并且可以在当事人之间自由进行有偿转让。自此,开始对商业秘密予以法律保护,主要的法律、法规有《技术合同法》、《科技进步法》、《民事诉讼法》、《劳动法》、《反不正当竞争法》,以及1995年11月23日国家工商局依据《反不正当竞争法》有关规定,制定发布的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》。今年修改颁布的《刑法》第一次将商业秘密列作知识产权的一种加以保护,标志着我国知识产权保护的立法日渐成熟、全面,已基本与国际标准接轨。但综观目前我国有关商业秘密保护的立法现状,主要存在以下几方面的不足:第一,我国现行立法商业秘密保护的规定过于分散、片面。如《技术合同法》只保护动态的技术信息,对于静态的即由企业自己掌握的技术信息及经营信息,则未加保护;《劳动法》只从规范企业与职工之间劳动合同关系角度,对商业秘密的保护作了原则性规定,但对商业秘密转让中的法律问题未作规定;《反不正当竞争法》只规范经营者之间的竞争关系,对于企业与其内部职工的保密关系未加调整。第二,称谓不统一,概念比较混乱,对商业秘密的定义、范围、确认依据及其财产性质缺乏统一科学的界定。第三,有关规定过于原则,操作性不强,为正确、及时地解决商业秘密侵权纠纷和维护司法统一带来困难。第四,缺乏程序性的规定,商业秘密作为一种无形财产被侵犯,而致权利人受损引起纠纷时,应遵循怎样的诉讼程序现行立法未作规定。

鉴于上述不足,制定一部统一的商业秘密保护法势在必行。综观世界各国尤其是市场经济

比较发达的国家,除了企业高度重视商业秘密的保护之外,关键在于国家有较周密完备的立法和强有力的司法保护的支持。目前,在世界范围内,已有美、日、加、德等多个国家制定了保护商业秘密的法律。例如美国已形成了以判例法为先导,以《侵权行为法重述》为中介,以联邦《统一商业秘密法》的颁布和被一半以上的州所接受为标志,三者相辅相成,共同构成商业秘密法律保护体系。我国的台湾也于1995年形成了《营业秘密法》草案,并于1996年1月17日公布施行。现代市场经济的基本规律是共同的,市场经济国家面临许多具体问题,也是大体相似的,虽然世界各国在立法形式上各有不同,但是我们可以充分借鉴市场经济发达国家现有的商业秘密立法经验,加速完善立法的时程。

二、完善我国商业秘密保护的法律构想

(一)关于商业秘密保护的专门立法

完善我国商业秘密立法,确立以专门的《商业秘密保护法》为中心,由《技术合同法》、《反不正当竞争法》、《刑法》等构成商业秘密法律保护体系,已是大势所趋。制定专门的《商业秘密保护法》的法理依据,一是诚实信用、公平交易的商业道德准则;一是市场经济健康发展所必需的正常竞争秩序的需求。所以立法时应注意把握以下几点原则:(1)保护合法财产权益和保障公平竞争原则。商业秘密是一种具有经济价值的精神财产,在竞争激烈的市场经济环境下,企业要想在市场上占有一定的份额,须具备一定的商业秘密,所以立法应对该财产权益进行保护。但同时,不得违背自由公平的市场竞争原则,保障主体间公平竞争。(2)保护商业秘密与劳动者平等就业权和自由择业权兼顾原则。作为商业秘密活化载体的职工,因其就业流动,常常伴有技术信息和经营信息的流失。为此应采取措施堵塞侵犯商业秘密权。(3)借鉴发达国家立法经验,与国际接轨原则。借鉴国外立法经验,结合我国商业秘密法律保护现状,建议在专门立法时应对以下问题作明确界定,以利于实际操作。

1. 关于专门法的调整范围

关于商业秘密保护法的调整范围,从各国立法及我国司法实践来看,应包括三种经济关系:首先是经营者与经营者之间的关系。因为商业秘密主要存在于从事生产经营活动的主体之中,而且只有在竞争中方能显示其经济价值和经营优势。其次是调整未进入商事领域的商业秘密权。如一些从事科研、教学、医疗、卫生、文化、体育的事业单位以及一些从事咨询、法律服务的中介组织和行业团体等的商业秘密权应受法律保护。再次是企业与职工之间的保密关系也应纳入该法的调整范围。发达国家的历史经验和现实司法判例表明:雇员的“跳槽”行为是企业商业秘密流失的最主要渠道。我国在人才流动中侵犯商业秘密的现象也较突出,所以对其进行立法保护更具现实意义。

2. 关于商业秘密的定义及其确认依据

如何对商业秘密进行定义,这是立法首先要明确的问题。1991年4月9日公布的《中华人民共和国民事诉讼法》首次使用“商业秘密”这一法律术语,但未作定义。1993年9月2日通过的《反不正当竞争法》将商业秘密定义为,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。这一定义很好地概括反映了商业秘密的内涵与外延。修改后的《刑法》启用了该定义,所以可作为单行立法的参考。另外《反不正当竞争法》第一次将商业秘密区分为技术秘密和经营秘密,且列举了其具体表现形式,即设计、程序、产品配方、制作工艺、制作方法、管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略、招投标中

的底及标书内容等信息,需要指明的是这些信息的载体除了文件、图纸、磁盘等物化载体外,了解商业秘密的职工本身更是重要的活化载体。

作为无形财产之一的商业秘密不同于专利,其没有法律界定的为公众所知的明确界线。所以立法时对商业秘密的确认依据应作明确界定。理论界,对商业秘密的确认依据即商业秘密的属性意见不一。《与贸易有关的知识产权协议》对未泄露的信息进行保护,《协议》规定信息只有具有秘密性、价值性才受该协议保护。笔者认为,应从商业秘密定义本身去揭示其确认依据:(1)秘密性。对商业秘密的秘密属性可具体规定两方面制定标准:客观的秘密性,即“不为公众所知悉”,其中所指的“公众”是指与合法接触该商业秘密无关的任何人,对这一标准的界定,可借鉴《专利法》中对新颖性的规定,明确信息禁止公开的范围、程度、方式等。主观秘密性,即权利人“采取了适当的保密措施”。这些保密措施可用未穷尽列举式作出规定,如告知工作人员存在商业秘密、健全企业内部保密制度、成立保密机构、签订保密合同、划定保密工作区域等。(2)价值性。即“能为权利人带来经济利益”,一般来说,商业秘密价值实现的程度与其保密性紧密相关。(3)实用性。只要具有能为权利人带来现实或潜在优势的完整方案,即“具有实用价值”,并不要求权利人已实际运用。(4)新颖性。商业秘密的新颖性不同于专利的绝对新颖性,而是强调在一定的时间内、一定的地域内、一定的相关行业内具有不为人知的或少为人知的领先一步的技术信息和经营信息。(5)合法性。无论是自行开发、研制,还是受让、继承等而取得的商业秘密,都必须符合法律的规定,否则不受该法保护。在排除国家秘密、个人隐私和以专利、著作权形式取得保护的信息之外,只有具备上述特性的商业信息才可能构成商业秘密。

3. 关于商业秘密权的内容及其归属

商业秘密权的内容是指开创者和其他权利主体依法对商业秘密所享有的权利。所以立法应对之作专门规定。从有效地对商业秘密进行保护和商业秘密的性质出发,商业秘密权的内容应包括开创者的身份权、保密权、使用权以及转让权四种权利。(1)开创者的身份权。尽管商业秘密是不为公众所知的,但开创者的身份权不能由此而予以否认,开创者有权要求在知晓商业秘密的范围内公开其身份权,有权排斥他人假冒其身份。开创者的身份权属人身权,只能由开创者享有,故不能转让和继承。(2)保密权。权利人有权决定对商业秘密进行保密或在一定地域、时间公开,有权要求受让方进行保密,由于商业秘密不具有专有性,可能同时有多个主体享有该商业秘密权,所以权利主体相互之间应承担保密义务,故保密在很多情况下,既是权利人的权利,也是权利人的义务。(3)使用权。商业秘密的使用权体现在两个方面:一方面权利人有权使用商业秘密;另一方面权利人有权要求非法取得商业秘密的人停止侵权并要求其承担相应责任。(4)转让权。当事人之间依据法律规定或合同约定转让所取得的商业秘密权。立法时对如何行使转让权不应过多干涉,主要由当事人在合同中具体约定。

一项商业秘密的形成,不仅离不开大量的资金、资源投入,更有赖于工作人员的智力创造和经验积累。商业秘密一旦形成,属个人还是其所在单位?我国目前现行有关规范性文件尚无对商业秘密归属问题作出明确规定,但在司法实践中又较易引发争议。因此,在制定商业秘密保护法时,可对职务、非职务、委托和共同研究、开发的商业秘密归属问题,作出明确和具体的规定。

4. 关于侵犯商业秘密的行为及其法律责任

商业秘密的侵权主体具有广泛性,可以是企业、科研院所的知情职员,也可以是负有保密义务的商业秘密受让者,还可以是通过各种途径知密的不特定第三人。构成侵权的主观要件,

既包括故意,也应包括过失,即适用过错责任原则。其客观方面因主体不同会有各种表现形态。《反不正当竞争法》对此已作出较详尽的列举,可作为单行立法的参考。

要对商业秘密形成有效的法律保护,必须在立法中明确规定侵权责任,这是立法的重点。从目前我国有关商业秘密的立法现状看,《反不正当竞争法》及其有关《暂行规定》主要追究侵权人的行政责任,由监督检查部门责令停止违法行为,并视情节处以罚款。但行政处罚终究不能代替侵权民事责任,为维护权利人的利益,对侵犯商业秘密者应追究民事责任。立法时可作如下规定:一是责令其停止使用商业秘密,停止销售、赠予、出借侵权产品,承担这一责任的前提是商业秘密未丧失;二是赔偿损失,具体的数额应以权利人因侵权行为受到的损失,或侵权人非法所得利益为基数,结合商业秘密侵权的特殊性,立法时作出特别规定。

(二)关于商业秘密的权利人保护和司法保护

在完善商业秘密保护立法的前提下,应当通过建立健全相关的司法保护体系、行政执法体系和协调指导机构,配合权利人自身对商业秘密的保护,才能真正实现对商业秘密的保护与管理。世界发达国家的经验表明:首先权利人(主要是企业)要高度重视对商业秘密的保护。企业对商业秘密保护有效与否直接影响商业秘密的存续时间,也是预防商业秘密侵权发生的重要环节。现实表明:人才的流动,引发了大量知识产权纠纷。为此需要企业自身提高防范意识,采取有效合理措施保护自己的商业秘密不受侵犯。借鉴别国经验,进行合理的竞业禁止是企业自身保密的重要措施之一,我国越来越多的企业也对此形成共识并极力推崇。

竞业禁止其实质是禁止职工在本单位任职期间和离职后与本单位竞争,特别是要禁止职工离职后从业于或创建与原单位业务范围相同的企事业。实践中,竞业禁止实施方式主要有三种,即:合同约定、规章规定和依法执行竞业禁止。通常在单位与其职工签订的劳动合同、聘用合同或者保护知识产权合同、保守商业秘密合同中明确约定竞业禁止,且大多借鉴国外的竞业禁止条款的模式而形成合同约定;在单位制定的内部规章中明确规定竞业禁止,即实际上的组织性防范措施;在有关法律、法规及政府规章的“授权”范围内,单位对特定职员作出竞业禁止,科研单位采用此法较多。我国法律除《公司法》对董事、经理作了竞业禁止的规定外,其他方面尚未涉及,特别是对恶性“跳槽”现象没有明确规定。但无论何种方式的竞业禁止都应当置于合理的“边界条件”的限制下,否则,其本身就有可能构成违法。有鉴于此,当前我国在保护商业秘密前提下的竞业禁止,其限制仅是针对必要的人,限制仅是出于保护商业秘密的必须,且方法适当、范围特定、期限适中,必要时企业作出合理补偿,应该是合法的。

近年来广大司法工作者经艰辛探索,形成诸多具有典型意义的判例,客观上为完善我国商业秘密保护法律提供了丰富的实践经验。因商业秘密侵权行为的特殊性,司法审判实践中应注意以下点,以更好地发挥法官的自由裁量权,完善我国商业秘密的司法保护。

1. 把准立案审查,切实把握商业秘密和个人知识、经验、技能的界线,审查权利人诉请人民法院给予司法救济的诉因,是否属于商业秘密,即是否具备商业秘密的构成条件。对职工个人的知识、经验、技能,不属商业秘密,可以用来从事业余兼职活动,职工离职后也可自由利用,甚至是与原单位竞争,故不得作为商业秘密给予司法救济。

2. 举证责任的适度转移。由于商业秘密的复杂性、隐蔽性和模糊性,使发现、举证、判认侵犯商业秘密者变得倍加困难。司法实践中,基于被告曾接触过原告商业秘密,并有保密义务的约定的事实,原告在举出基本证据证明被告有违反约定、披露、使用或允许他人使用原告的商业秘密后,被告能否举出充分证据,足以证明其恪守约定或反诉竞业约定违法,(下转第 45 页)

路建设工程上。而在“八五”期间,我们所调查的6个样本区,在道路建设上的区级实际支出,是35.32亿元,平均每个区5年支出7亿元左右,平均每个区每年为此支出为1.4亿元。也就是说,“九五”期间,区政府及所属单位,在道路建设上,将比“八五”期间的实际支出,高4.8倍。

第三,在区级大市政建设规模急剧扩大的同时,市政投资总额中,市级投资所占的比重,“九五”期间比“八五”期间还要低。举城区道路投资为例,“八五”期间6个样本区的17条道路投资中,市投资占31.3%;而在“九五”期间计划安排的投资总额中,市投资只占29.6%。这样,就使区投资的计划资金保证程度降低,计划资金缺口增大,集资的比例增大。

第四,市政公所下放,也将使各区在“九五”期间增加相应的市政道路维护支出。经初步调查,卢湾区将每年为此增加支出5300万元;长宁区将增加支出6000万元。

(作者系上海财经大学财经研究所教授;单位邮编:200433)

(上接第26页)或是披露、使用该商业秘密有法律上的正当、合法、善意的根据。否则,被告就要承担举证不足的败诉风险。

3. 运用归责原则、裁定免责情形。以被诉侵权人有无违反权利人保密要求或竞业约定披露或使用权利人商业秘密的故意或过失,被诉侵权人使用、披露商业秘密是否与权利人商业秘密失密以及由此造成的损害有因果关系,是否侵犯损害了权利人的权益,包括第三人明知或应知被诉侵权人行为违法,但自己仍然为之的违法行为等诸方面综合加以评判,以切实查明事实,正确运用法律,维护权利人的合法权益。但实际中有些情形可免于追究责任,这就得适用法官的自由裁量权。如他人以合同途径获得特定的信息时不为侵权。这些情形可以包括:利用自由公开信息(已公开的基本原理、工艺名词等)独立钻研,研究出来并占有相同的商业秘密;利用已投放市场的产品进行逆向研究获得该产品的工艺流程及技术诀窍;接受国外转让或许可得到相同商业秘密;获得未采取保密措施的特定技术或经营信息;通过其他合法途径获得商业秘密。

4. 明确对商业秘密案件中违约与侵权竞合的处理。商业秘密竞业禁止涉讼纠纷既可引发单一的违约之诉,亦可产生侵权之诉。当两者竞合之时,法院只可就其某一种诉因进行裁决。当权利人选择两者中对己有利的诉因行使请求权时,法院应予准许,并适法裁量,维护权利人的利益。当其中一个请求权因已达目的而消灭时,另一请求权随之消灭,体现“一事不再理”的法律原则;当一请求权因已达目的以外的原因(如管辖、时效等)而无法行使时,则另一请求权仍旧存续,法院不得予以取消或限制行使。

5. 经权利人申请可对侵权人颁发禁止令。依据《民事诉讼法》关于财产保全的规定和《民法通则》关于民事责任的规定,商业秘密被他人不法取得,如返回信息的外在表现形式尚不足阻止进一步侵权,可对侵权人颁发禁止令。尤其是在不迅速制止商业秘密的扩散将会使其丧失秘密性,使权利人遭受难以弥补的损失时,经权利人申请并提供担保,法院应当颁发临时禁令式的裁定。另外,对“跳槽”者如给予经济制裁和对原单位补偿之后,仍从事原业务与原单位竞争,为遏制“跳槽”者的进一步侵权,法院应同时判定其在一定期限内,不得使用或允许他人使用其在原单位处所掌握的商业秘密。

(作者:宋锡祥,副教授,上海财经大学经济法系;俞敏,上海财经大学经济法系;单位邮编:200433)