

● 法 学

# 论商业秘密的法律保护机理

白丛瑞<sup>1</sup>, 程应需<sup>2</sup>

(1. 广东司法学校 经济法学教研室, 广东 广州 510520;

2. 广东司法学校 刑法学教研室, 广东 广州 510520)

[作者简介] 白丛瑞(1966-),女,河南南阳人,广东司法学校经济法学教研室讲师,主要从事经济法学研究;程应需(1964-),男,河南南阳人,广东司法学校刑法学教研室副教授,主要从事刑法学研究。

[摘 要] 商业秘密的法律保护可以分为微观法律保护和宏观法律保护。尽管这两个方面的法律保护其作用的形式和法理根据各不相同,但它们共同构成了商业秘密法律保护立体、协调的体系。这两方面法律保护的完美结合,才能使商业秘密的法律保护收到最佳的社会效果。

[关键词] 商业秘密;微观法律保护;宏观法律保护

[中图分类号] DF 41 [文献标识码] A [文章编号] 1000-5374(2000)04-0550-04

在知识产权保护的立法和执法领域里,我国已把对商业秘密的法律保护问题提高到与保护商标、专利和著作权同等重要的地位。由于商业秘密是权利人所有的一种无形财产,其自然属性和存在方式都不同于一般有形资产,由此决定了它受法律保护的方式与一般有形财产的差异。商业秘密的法律保护形式分为微观法律保护和宏观法律保护两种。

## 一、微观法律保护

### (一)微观法律保护的概念

所谓微观法律保护,是指权利人从经营管理的微观角度,采取与自己的职工或与自己有业务关系的相对人签订保密合同等形式,明确相对人对商业秘密的保护义务,阻止该商业秘密为他人共享和为大众所知悉,以此来实现的商业秘密的自我保护。由于该方面的法律保护是权利人个人对自己拥有的个别的商业秘密,从企业内部经营管理的角度进行的法律保护,故与社会范围内进行的宏观法律保护相对应,称之为微观法律保护。其主要特征是:1. 微观法律保护具有内部经营管理的性质,通常是以法律手段管理经济的具体体现,如企业与内部员工及其

他合作伙伴订立保密协议,建立保密制度等,都是企业内部经营管理法律化的重要形式。2. 微观法律保护是权利人对自己拥有的个别的商业秘密的自我保护,其保护主体和保护对象都有特定性。3. 微观法律保护的具体保密措施必须适当。保密措施不能与国家法律和社会公德的要求相抵触,不能不适当地限制内部职工和其他相对人的合法权利。

由于微观法律保护表现为权利人对自己所拥有的商业秘密的法律保护措施,所以就上述微观法律保护是否属于法律保护范畴的问题,理论界有不同的认识,其中一种比较流行的观点认为,微观保护是商业秘密的构成要素,能够成为商业秘密的技术信息和经营信息,除了要具备秘密性、价值性之外,还必须具备保密措施性,即权利人必须根据信息的特点或特性,采取了能够有效地对该信息进行控制和保护的措施,才能将该商业信息称之为商业秘密<sup>[1]</sup>(第188页)。这种观点得到了立法机关下属的有关部门作出的权威性学理解释的支持,在全国人大常委会法制工作委员会民法室编著的《〈中华人民共和国反不正当竞争法〉释义》中,把商业秘密的构成条件解释为:作为商业秘密的条件,首先是经权利人采取

保密措施。权利人未采取保密措施的,不能视为商业秘密<sup>[2]</sup>(第28页)。上述观点均将权利人采取保密措施视为商业秘密的构成要件。对此,笔者不能苟同。笔者认为,权利人依法采取保密措施不是商业秘密的构成要素或成立条件,而是商业秘密法律保护的主要方面。具体理由如下:

1. 从保密一词的含义看,保密是以秘密的存在为前提条件的。某种特定信息首先必须是在属于商业秘密、具备商业秘密特性的前提下,才存在受法律保护的问题的,否则便无密可保。商业秘密与保密措施间是保密的法律手段与受保护的受保护对象间的关系,根本就不是一个问题。

2. 不为公众所知悉的秘密性和能为权利人带来商业利益的价值性,就足以决定该信息能否成为受法律保护的商业秘密,决不是因为权利人采取保密措施了,它才是商业秘密;没有采取保密措施,它就不是商业秘密。

3. 权利人是否采取保密措施及保密措施是否得当,仅仅对商业秘密存在和延续时间的长短产生影响,并不能决定某一种特定信息原本有没有商业秘密的性质。

4. 权利人对自己所拥有的商业秘密,无论其取得方式是原始取得还是继受取得,从取得之时起,便取得了受法律保护的权利,决不是在采取了保密措施之后,才能取得受法律保护的权利,在采取保密措施之前,便不受法律的保护。

5. 从权利人进行自我保护的保密措施的形式看,也不便得出保密措施是商业秘密构成要素的结论。权利人采取的保密措施通常是与内部员工签订保密协议、订立保密合同之类的保护方式,显然这是以约定相对人对商业秘密的权利义务为内容的,理所当然地属于商业秘密的法律保护手段。故此,笔者认为将权利人对商业秘密采取的自我保护措施视为商业秘密的构成要件的观点是不可取的。

## (二)微观法律保护发生作用的机理

法律要求权利人对自己所拥有的商业秘密采取保密措施,其法理依据是什么呢?笔者认为微观法律保护的根据无外乎以下方面:

1. 微观法律保护是商业秘密的固有属性对权利人提出的必然要求。商业秘密是不为公众所知悉,且能为权利人带来商业利益的技术信息和经营信息,其固有属性有二:一是它具有秘密性,即不为公众所知悉,仅限于权利人及权利人所许可的少数人所知悉。如果某信息是人所共知的,那么它便无秘密性可言,自然也就不能进入受法律保护的领域。二是

它具有价值性,即能为权利人带来一定的商业利益。权利人之所以不惜以巨额投资来进行技术开发和市场研究,以获取技术信息和市场信息,其目的便是为了通过这些专有信息获取商业利益,使自己在激烈的市场竞争中立于不败之地。因此,从上述二属性之关系看,可以说价值性是最根本属性。但价值性的发挥又有赖于其秘密性,某种商业秘密一旦被公开或被泄露,权利人可据以获得的商业利益必然受到损害,甚至导致价值性的完全丧失。所以权利人只能通过自己拥有的专有信息的强有力的垄断性保护措施,才能独享该秘密带来的商业利益,以确保自己在激烈的市场竞争中立于不败之地。必要的内部保密措施是商业秘密固有属性的必然要求。

2. 微观法律保护是市场竞争对权利人提出的必然要求。在市场竞争中,商品生产者和经营者要获得有利地位,不仅取决于自己拥有的技术手段有多先进,生产的产品技术含量有多高,而且更重要的取决于商品生产者和经营者对自己拥有的商业秘密所采取的保密措施是否有效。一个祖传秘方可以支撑起一个企业,这在中国已不是什么神话。世界著名的可口可乐公司凭其独特的饮品配料这一商业秘密便可以赢得世界市场,这几乎也是一个家喻户晓的事实。如此在市场竞争中靠自己对商业秘密的有效保护而获得胜利的成功者的案例不胜枚举。

在知识经济的时代,市场竞争可以说是围绕着技术信息和市场信息的竞争而展开的情报大战,竞争对手总是以获取对方的商业信息为克敌制胜的最佳手段。商业秘密的权利人作为竞争者一方,自己采取的技术手段和经营动态一旦被对手所掌握,就意味着在商战中的失利,这在客观上毫无疑问又增加了权利人在企业管理中对商业秘密自我保护的压力。由此决定了商业秘密微观法律保护的迫切性,权利人在企业内部的经营管理中只有以有效的法律手段对自己的商业秘密进行可靠地保护,才能维系自己在竞争中的优势地位。

3. 微观法律保护是权利人获得法律救济的前提条件,当权利人的商业秘密受到侵权行为或犯罪行为的侵害时,权利人必然要考虑求助于司法机关的司法活动或其他执法部门的执法活动以获得法律救助的问题。我国《反不正当竞争法》第10条规定:“本条所称的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护措施的技术信息和经营信息。”该条对商业秘密的立法解释,要求商业秘密必须是经权利人采取保密措施时,才能成为商业秘密侵权的侵犯对象。刑法第

219 条在规定侵犯商业秘密罪时,对商业秘密的概念也采取了上述定义。但上述两法中对商业秘密的法律定义并不是一般性的定义,它只是追究商业秘密侵权和侵犯商业秘密罪时才采取的定义,具有特定性。从条文性解释看,均强调“本条所称的商业秘密,”即构成商业秘密侵权和商业秘密犯罪的侵害对象的商业秘密。由此不难看出,当权利人的商业秘密权遭到侵犯,依法请求工商行政机关或司法机关追究侵权者的行政或刑事责任时,必须提供为保护该商业秘密曾采取过相应的法律保护措施的证据,才能获得司法救济。否则便不能追究相对人的侵权或犯罪的责任。正是由于商业秘密这种无形资产的易失性和现代社会获得商业秘密手段的多样性和快捷性,所以对商业秘密侵权行为,权利人获得法律救济的条件比一般有形资产的法律救济条件更加严格。

## 二、宏观法律保护

### (一)宏观法律保护的概念

商业秘密不仅是权利人个人的无形资产,需要权利人个人采取法律手段加以保护,而且从社会的角度而言,商业秘密属于社会的智力成果,是社会的无形财富,特别是在知识经济的年代,技术信息和经营信息对社会经济的发展和科技的进步所能产生的推动作用是不可低估的。因此商业秘密只有在社会领域里受到法律的保护,才能最大限度地实现其社会价值。所谓的商业秘密的宏观法律保护便是指国家通过立法、司法和行政执法等活动对商业秘密而进行的社会保护。

宏观法律保护的特征:1. 宏观法律保护是带有普遍性的社会保护,它以法律的命令或禁止的形式明确全社会所有人对商业秘密的保护义务,具有普遍的约束力。2. 宏观法律保护是国家以立法、司法和执法等法律运作活动来实现的保护形式,立法明令禁止侵犯他人商业秘密权,并昭示违反者的法律责任,执法和司法则更能通过对侵犯商业秘密违法犯罪案件的惩处,以显示商业秘密这种无形资产的不可侵犯性,通过违法必究的生动实例向社会展示国家对商业秘密的保护态度。3. 宏观法律保护是对微观法律保护的必要的补充。宏观法律保护是在微观保护的法律措施遭受破坏的情况下,权利人申请法律救济时,作为微观保护的必要补充而发挥作用的,离开微观保护的法律措施,宏观法律保护便不能独立的发生作用。

### (二)宏观法律保护的机理

商业秘密的社会价值的实现不像商标、专利那

样靠向社会的公开和推广使用,来推动社会的科技进步和经济的发展,而是通过权利人采取阻止他人共享的保密措施及对专有技术和经营信息的垄断,获得更多的个人利益,进而实现其社会价值的。从表面上看,保护技术和信息的垄断是阻碍社会进步和发展的不义之举,那么国家为什么还要从法律上对商业秘密进行宏观上的保护,其保护的机理应为:

1. 宏观法律保护是用来激励发明创造、推动经济技术进步的必然要求。法律保护个人所拥有的商业秘密权,在生产经营领域里贯彻谁开发谁受益的原则,使权利人为开发新产品、新技术而进行的巨额投资,通过市场竞争直接转化为经济的优势。这不仅能使权利人开发的智力成果的社会价值直接得以实现,而且还能在全社会范围内形成激励商品生产者和经营者更进一步的开发利用新产品、新技术的良性竞争机制,形成社会经济技术进步的更大的推动力量。因为在现代经济生活中,竞争大多是用开发新技术,生产新产品的方法进行的,在新产品的开发和新技术的运用过程中,生产者和经营者总是要投入巨额研究开发经费,才能获取微小的智力成果。正因为如此,开发者才更加珍视该智力成果并将其作为商业秘密严加保护的。如果社会不能对权利人的商业秘密提供有效的法律保护,让恶意窃取他人智力成果的投机分子在不付出任何代价的情况下,便可以获得与权利人一样的市场竞争优势,这毫无疑问会极大地挫伤商品生产者和经营者发明创造的积极性,妨碍社会的技术进步,扼杀市场经济的活力。

2. 宏观法律保护是规范市场竞争、培育健康市场的必要手段。法律规范是以其普遍的约束力作用于社会上一切有自由意志的人。法律规范的命令和禁止对社会上一切商品生产者和经营者的生产经营活动设定了基本的行为准则,违反这些行为准则者,则必须承担相应的法律责任。如《反不正当竞争法》第 10 条规定,经营者不得采取以盗窃、利诱、胁迫或其他不正当手段获取权利人的商业秘密;不得违反约定或违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或允许他人使用其所掌握的商业秘密。这一法律规定向社会公示了经营者对他人拥有的商业秘密的义务,违反这一规定的便要依据该法第二十五条的规定让行为人承担相应的法律责任。该法律规范不仅向社会公开展示了商业秘密侵权的行为的判断标准,而且还明确了相应的处罚标准,以法律的威慑作用使社会上有侵权意向的经营者打消商业秘密侵权的念头,回到合法经营的理念上来。司法和执法部门对此类违法行为的惩处活动,则更能让社会上一

切生产经营者通过他人违法被究的生动事例,更直观地感知该禁止性规范的效力,从而树立尊重他人商业秘密和依法经营的商业道德理念。使整个社会商业竞争健康有序的进行。

3. 宏观法律保护可以使权利人遭受的损失得到应有的补偿。由于商业秘密是一种无形财产,这种无形财产权遭受侵害必然要给权利人造成一定的财产损失。因此在涉及商业秘密的违法犯罪的案件中,权利人除了要求追究侵权者的行政或刑事责任外,一般都会要求侵权者赔偿一定的损失,这种主张无疑是正当的。司法机关和行政执法机关在对商业秘密侵权作出行政处罚或刑事处罚的同时,如能让权利人这不正当的要求得以满足,使用法律对商业秘密的保护不仅表现为惩戒,而且还表现为补偿,这样便更能强化商业秘密的保护效果。

### 三、结 论

我国在保护商业秘密领域里尽管初步建立了自己的法律体系,但这一体系仍很不健全,保护商业秘密的法律规范也仅限于反不正当竞争法、刑法及科技行政法规中有限的宏观保护规范,而对微观法律保护则无明确的法律规定,这与我国经济社会保护商业秘密的实际需要极不适应。在生产经营领域里,

尽管有不少生产经营者开始注意用法律手段进行微观保护,如以与职工签订保密合同、竞业限制合同等方式保护商业秘密,但终因法律依据不够明确,致使司法机关对违反保密合同的行为追究责任不力,最终造成保密合同成为一纸具文,权利人的权利无法据此得到保障。故此,笔者认为对权利人以合同方式保护自己商业秘密的权利在立法上予以明确,是完善我国商业秘密法律保护机制的迫切要求。在一个国家范围保护商业秘密,根据权利人合理要求或双方约定的保护,在诉讼中可以较容易地根据合同法原则得到法院的确认和支持,使权利人的权利更具有确定性,保护起来更省时、省力<sup>[3]</sup>(第339页)。这不失为商业秘密法律保护的一条捷径。

### [参 考 文 献]

- [1] 王明湖. 反不正当竞争法概论[M]. 北京: 中国检察出版社, 1994.
- [2] 全国人大常委会法制工作委员会民法室. 中华人民共和国反不正当竞争法释义[Z]. 北京: 法律出版社, 1994.
- [3] 张玉瑞. 商业秘密法学[M]. 北京: 中国法制出版社, 1999.

(责任编辑 车 英)

## Commercial Secrets Need Law Protection

BAI Cong-rui<sup>1</sup>, CHENG Ying-xu<sup>2</sup>

(1. Teaching Office of Economic Law, Guangdong Judicial School, Guangzhou 510520, Guangdong, China;

2. Teaching Office of Criminal Law, Guangdong Judicial School, Guangzhou 510520, Guangdong, China)

**Biographies:** BAI Cong-rui (1966-), female, Lecturer, Teaching Office of Economic Law, Guangdong Judicial College, majoring in economic law; CHENG Ying-xu (1964-), male, Associate professor, Teaching Office of Criminal Law, Guangdong Judicial School, majoring in Criminal law.

**Abstract:** Law protections for commercial secrets can be divided into macroscopic and microcosmic law protections. They make up the system of law protections for commercial secrets although their forms and bases are different. The macroscopic and microcosmic law protections should be closely combined to get good results in the law protections for commercial secrets.

**Key words:** commercial secret; macroscopic law protection; microcosmic law protection