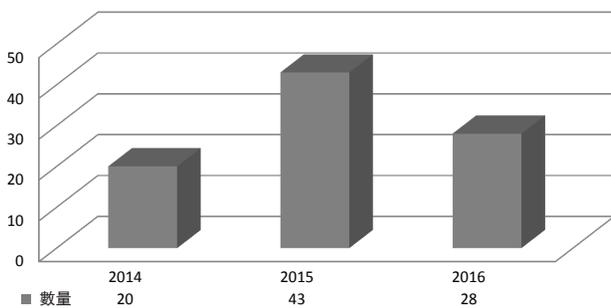


# 商業秘密司法保護的困境 與路徑設計\*

-陶鈞-

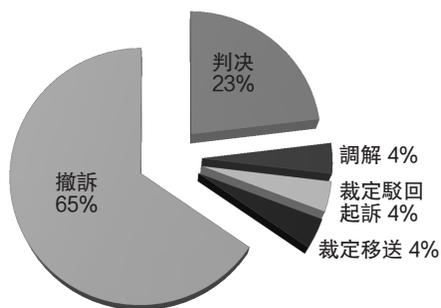
## 一、北京法院審理商業秘密的總體概況<sup>1</sup>



圖一、2014 年度至 2016 年度一審案件受理情況

圖一所顯示的數據為北京法院 2014 年度至 2016 年度侵害商業秘密糾紛案件的一審受理數量，整體案件數量較為平穩。以 2014 年度為基數，2015 年度上昇 115%，2016 年度上昇 40%，但是絕對數量在涉及不正當競爭糾紛的全部案件中所佔比重較低。同時，分析此類案件的具體受理情況，其中商業秘密中涉及企業經營信息的佔到 70% 以上，而且原告離職的員工或者在職員工作為共同被告的情形較為普遍，這與商業秘密不宜獲取的特性相吻合。往往原告商業秘密的披露與企業職工的流動具有密切的關聯關係。同時相對於經營信息而言，企業核心的技術信息更加不易獲取，而且使用後更易被原告所甄別，故被告通過不正當手段獲取、使用、甚至是披露原告經營信息的情形更加普遍。

圖二、2016 年度一審商業秘密案件結案方式統計



圖二為北京法院 2016 年度審結的侵害商業秘密糾紛一審案件的具體結案方式分佈情況。2016 年度一審共審結此類案件 26 件，其中以原告撤訴方式結案為 17 件，佔到 65%；調解方式結案僅 1 件；判決方式結案為 6 件，佔到 23%。同時，在以判決方式審結的全部 6 起案件中，原告勝訴的僅 1 件，佔到判決方式結案的 16.7%，為 2016 年度整體結案的 4%。

根據上述統計可知，侵害商業秘密糾紛案件的調解比率低於其他知識產權民事糾紛，原、被告接受調解的合意不强。具體原因有二：其一，主要是侵害商業秘密糾紛的結果存在較大不確定性，故被告是否構成不正當競爭在不易認定的情況下，其承認自身行為構成違法性的意願不高，故不易達成調解意願；其二，若侵害商業秘密行為在“定性”上具有正向可預期性，則原告對自身商業秘密的商業價值的“定量”預估較高，對被告的違法行為不願輕易降低自身的預設賠償數額，故也加大了此類案件的調解難度。因此，該類案件的調解比率具有“天然”的錯位性。

縱觀未支持原告訴訟請求的侵害商業秘密糾紛案件，敗訴原因主要集中在原告所主張的經營信息或者技術信息未構成商業秘密，其中多以原告採取的保密措施缺乏必要性、合理性、適應性為主。同時，也有部分案件雖然認定原告主張的經營信息構成商業秘密，但是並不能證明被告獲取相關經營信息採取了不正當手段，故最終亦未獲得法院支持。因此，關於是否構成商業秘密，以及其構成要件，即，秘密性、價值性（含實用性）和保密性三者的認定標準和內在邏輯關係，仍然是原告能否獲得法院支持的關鍵。由於原告自身對此問題認知有限，導致公共領域的信息與自身具有特定商業價值的信息相混同，最終在無法進行區分的情形下，原告承擔了舉證不利的法律後果。

綜上,北京法院審理侵害商業秘密糾紛案件所呈現的總體特點,即,整體數量較少、企業員工與商業秘密的侵害牽連關係較大、經營信息佔比較重、勝訴支持比率較低。

## 二、侵害商業秘密糾紛案件的 基本審理思路

關於侵害商業秘密糾紛案件司法審判的基本思路,主要基於《反不正當競爭法》具體的相關規定而進行概括。雖然全國人民代表大會常務委員會於2017年11月4日針對《反不正當競爭法》(簡稱2017年《反不正當競爭法》)進行了具體修訂,但是就該類案件的審判思路而言,從文義解釋認知並未產生實質性影響。

2017年《反不正當競爭法》第九條關於侵犯商業秘密行為分為三款進行了具體規定,第一款係針對直接侵犯商業秘密行為進行的規制,第二款係針對第三人,即,非直接侵害主體在明知或者應知情況下實施侵犯商業秘密行為的規制,而第三款則是對何為商業秘密進行的具體界定。因此,縱觀該法第九條的設計體例與結構內容,目前司法審判中對侵犯商業秘密行為的基本審理思路可分為以下五個步驟:

- (1) 原告應明確其涉案商業秘密的屬性以及具體內容;
- (2) 人民法院根據法律規定的商業秘密構成要件進行具體認定;
- (3) 被告是否實施了侵犯原告商業秘密的不正當競爭行為;
- (4) 被告是否存在合法抗辯的具體事由;
- (5) 被告應當承擔何種法律責任,是否需要判定停止侵權行為以及賠償數額應當如何確定。

通常情況下,上述審理思路具有內在的邏輯順序與整體的自治性,可以根據每個步驟逐一進行調查與判定,進而作出是否能夠支持原告訴訟主張的裁判結論。

同時,在此需要指出,關於審理涉及商業秘密糾紛的案件並不要求原、被告之間必須存在競爭關係,因為就商業秘密的保護而言,雖然設置在《反不正當競爭法》具體條款項下,但是其並不同於如仿冒、虛假宣傳、商業詆毀等不正當競爭行為,具

有一種“權利”保護的思維模式,故並不需要以原、被告之間具有競爭關係為限。“商業秘密是可共享的資源,具有極強的外部性,使用者可以在不分擔任何成本的情況下,坐享他人成果。商業秘密極具擴散性,由於傳遞費用低,任何人都可通過泄密成為信息的搭便車者,變成原始生產者的潛在競爭對手”<sup>2</sup>。因此,這也是此類案件在審理思路上有異於其他類型不正當競爭行為的所在。

## 三、侵害商業秘密糾紛案件的審理困境

基於對北京法院所審理涉及侵害商業秘密糾紛案件的整體分析,目前在司法實踐中對此類案件的審理困境主要集中在以下八個方面:

### (一) 商業秘密構成要件的認定

2017年《反不正當競爭法》第九條第三款規定,本法所稱的商業秘密,是指不為公眾所知悉、具有商業價值並經權利人採取相應保密措施的技術信息和經營信息。上述規定與1993年12月1日起施行的《反不正當競爭法》(簡稱1993年《反不正當競爭法》)第十條第三款<sup>3</sup>相比,將商業秘密構成要件中應具有“經濟利益”和“實用性”合併為具有“商業價值”,在語言表達上更加精煉與準確。由此,商業秘密的構成要件根據2017年《反不正當競爭法》第九條的具體規定,可以歸納為“秘密性”、“價值性”和“保密性”。

從國際條約的視角,“TRIPs 第39條對‘未公開的信息’的保護作了規定,只要有關信息符合下列三個條件,就可以成為保護對象:(1)在某種意義上屬於秘密,即該信息作為整體或作為其中內容的確切體現或組合,並未為通常從事有關該信息工作的領域的人普遍所知或容易獲得;(2)由於是秘密而具有商業價值;(3)合法控制該信息的人,為保密已經根據有關情況採取了合理措施”<sup>4</sup>。我國目前法律的規定也與該國際條約的具體規定相吻合。

然而,在司法實踐中,雖然商業秘密的構成要件是明確的,但是在原告訴訟請求未予支持的案件中,未構成商業秘密仍然是原告敗訴的主要原因。

在原告北京波智高速信息技術股份有限公司(簡稱波智公

司)與被告鼎烽智訊(北京)科技有限公司(簡稱鼎烽公司)、被告周志遠侵害商業秘密糾紛一案中<sup>5</sup>,波智公司在一審中主張六項經營信息構成商業秘密,對此一審法院認為,波智公司主張經營信息的第一項明珠公司名稱、第二項明珠公司辦公地址和倉庫地址、第四項張逸個人的工作信息以及第六項回傳模塊外觀及元器件編號,均屬公開信息,不具有秘密性。同時,波智公司解釋涉案的回傳模塊封存在設備中,不必採用破壞設備的方式,擰開螺絲就能看到,維修人員也可以看到回傳模塊。可見,回傳模塊本身處於非保密狀態。而且,對於波智公司主張的第三項明珠公司銀行賬號信息,該信息為明珠公司信息,波智公司無權對明珠公司的銀行賬號採取保密措施,明珠公司的銀行賬號非波智公司的經營信息,不屬於波智公司的商業秘密。另,對於波智公司主張的第五項波智公司與明珠公司及東方公司所訂合同及補充協議,因其中波智公司與明珠公司所簽訂合同中,並未約定類似的保密義務,因此,波智公司對這些合同條款未採取有效的保密措施。由此,一審法院對原告波智公司所主張的六項經營信息或因不具有秘密性、或因未採取保密措施、或因相關信息非原告所有等理由,最終均未認定構成商業秘密。

因此,如何準確認定商業秘密是權利人自身合法權益是否可以得到支持的關鍵,具體而言其中涉及到以下四個方面的問題。

#### 1、“秘密性”的舉證責任應當如何進行界定

所謂商業秘密的“秘密性”就是指原告所主張的經營信息或者技術信息不為相關領域主體所知悉且不容易獲得,其中既包括具體的信息此前並未公開,亦包括雖然獨立的信息單元是公知的,但是將公知信息進行排列組合的方式並非隨意即可知曉的情形,都可能構成“秘密性”。在此應當注意兩方面內容:首先,所謂的“秘密性”是在具體領域中相對而言的,並非絕對的“秘密性”,實際上相關信息只為該領域特定主體所知悉,而不是處於一種完全的“秘密”狀態;其次,相關信息並不易被予以發覺、發現或者破解,例如如果經過購買設備,進行拆解後即可得知內部各部件的組合關係等情形,則亦不具有“秘密性”。

因“秘密性”係對消極事實狀態的評價,故在司法審判中對應當由何主體承擔舉證責任存在不同的意見。一種意見認為,

按照《民事訴訟法》第六十四條第一款的規定,當事人對自己提出的主張,有責任提供證據,因法律並未對該情形可以適用“舉證責任倒置”作出特殊規定,故仍應當適用“誰主張誰舉證”的基本規則,由原告對於其主張的商業秘密符合“秘密性”予以證明。另一種意見認為,因“秘密性”係對於消極事實加以證明,作為原告無法對不存在事項進行舉證,而被告對相關信息已經處於公開狀態情形的證明無論從舉證難度還是證據類型上都更加簡易,因此應由被告對涉案信息已經為相關領域公眾所知悉負有舉證證明責任。第三種意見是在裁判文書中並不強調舉證責任的具體分配,而是直接針對在案證據的情況對是否構成“秘密性”予以認定。

在原告青島捷適鐵道技術有限公司(簡稱青島捷適公司)與被告北京捷適中坤鐵道技術有限公司(簡稱北京捷適公司)等侵害商業秘密糾紛案中<sup>6</sup>,二審法院認為關於涉案技術秘密是否已經在先公開無法直接交由鑒定機構進行鑒定,而是應當在當事人主張的前提下由當事人提交已經在先公開的技術文件,由鑒定機構對於該在先公開的技術文件和涉案技術秘密是否構成同一性進行鑒定,從而得出涉案技術秘密是否已經在先公開的結論。

上述案例中,二審法院明確了應當由主張涉案信息已經在先公開的主體承擔具體舉證責任,即應由被告對不構成“秘密性”進行舉證證明。

在原告北京萬岩通軟件有限公司(簡稱萬岩通公司)與被告北京怡行者科技有限公司(簡稱怡行者公司)等侵害商業秘密糾紛案中<sup>7</sup>,二審法院認為,萬岩通公司主張應作為商業秘密保護的涉案客戶名單,係與其保持長期穩定合作關係的特定客戶管道公司,包括客戶交易習慣、需求、價格承受能力、項目負責人的性格特點、聯繫方式、地址等信息,上述信息不同於公開領域中的一般客戶資料。雖然客戶的部分相關信息如名稱、聯繫地址可能能夠通過互聯網等公開渠道查詢獲得,但並不包括該客戶負責相關業務的具體聯繫人及聯繫方式。此外,涉案特定客戶管道公司與萬岩通公司有過長期業務關係,其過往的交易記錄等信息一定程度上反映了客戶的交易習慣、交易傾向、需求偏好以及價格承受能力等。同時,管道公司係石油系統企業,考慮其交易的市場化程度,並非一般企業能掌握其交易習

慣、交易傾向、需求偏好以及價格承受能力等信息，故上述信息均不為所屬領域的相關人員普遍知悉。因此，涉案客戶名單具有秘密性。

上述案例中，二審法院直接對涉案信息是否具有秘密性進行認定，而並未明確分配具體的舉證責任。

因此，關於“秘密性”的舉證責任應當如何進行劃分，在司法審判中仍未形成統一認知。

## 2、“價值性”是否以客觀投入市場經營為要件

商業秘密的“價值性”係指該信息對原告而言，能夠為其在市場競爭中獲得優勢地位或者贏得商業交易的機會。然而對特定信息所蘊含的商業價值在未實際進入市場經營活動之前，均無法對競爭效果作出明確判斷，由此對“價值性”的認定存在二種意見。一種意見以“實際效果說”為代表，即應當由原告舉證證明其所主張的商業秘密在實際的生產經營活動中，已經為其帶來了有益的競爭效果，以客觀上形成經濟效益的正向增加為判斷依據；另一種意見以“勞動付出說”為代表，即只要原告舉證證明其為收集、提煉、形成涉案商業秘密付出了勞動成本，即應當推定涉案商業秘密具備了“價值性”，而不以實際產生效益為前提。

第一種意見雖然可以使商業秘密的價值得到更加直觀的認知，但是必然會導致處於研發階段的特定技術信息無法納入到商業秘密的保護範疇之內，也不當限縮了商業秘密的客體外延，並不利於經營主體對相關信息進行加工與生成，無法切實保護智力創造成果與鼓勵創新。因此，對“價值性”的判斷並不必然以客觀上實際產生了競爭效果的增值為條件。一般而言，只要原告能夠證明其為相關信息的生產支出了具體成本，並經充分說明該信息在實際生產經營活動中，可能會為其帶來競爭效果的優勢即可，而無須對是否實際產生的效益進行絕對化的證明。

## 3、“保密性”的適當性判斷應當如何確定

原告是否採取了必要的保密措施是“商業秘密”成立的另一個關鍵問題。在司法實踐中，雖然原告通過簽訂保密協議、競業禁止協議等方式固定了形式上的保密措施，但是若並未客觀採取實質上的保密措施，則不能基於“軟協議”而忽視“保密性”的“硬性條件”。需要結合具體涉案商業秘密的屬性與價

值，對保密措施的適當性進行整體判斷。

在原告北京七維航測科技股份有限公司（簡稱七維航測公司）訴被告北京北斗星通導航技術股份有限公司（簡稱北斗星通公司）等侵害商業秘密糾紛案中<sup>8</sup>，法院從涉案《項目交接清單》並無相關保密要求或約定，原告提交的《勞動合同書》雖約定被告張光雄對在原告處工作期間所瞭解的商業秘密和技術秘密負有保密的義務，但並未另行簽署《保密協議》等方面，最終認定基於現有證據，原告未對其在本案中所主張的商業秘密採取應有的保密措施，其前述信息作為商業秘密應當具備秘密性這一必要條件尚不具備，故未支持原告的訴訟主張。

同時，保密措施是否需要做到“萬無一失”，還是以“防君子不防小人”為限進行認定，也存在一定分歧。從《反不正當競爭法》設定該制度的價值目的考量，從防止搭便車、不勞而獲地使用他人智力成果，同時結合任何措施均無法客觀上實現“盡善盡美”的現實狀況而言，若一味苛求絕對的保密性，顯然權利人投入的防護成本將過於高昂，並不利於實現該制度的設立初衷。因此對保密措施採取方式是否合理的判斷，一般應當以“可見、可知、可防”為限，即以明示的方式使第三人可以知悉商業秘密的存在與權利人拒絕泄露的主觀意圖，同時相關措施可以達到一定預防泄露效果即可，而毋需要求客觀上達到絕對的“保密性”。

## 4、“秘密性”、“價值性”和“保密性”三者之間內在“關聯性”的確定

商業秘密構成要件的“秘密性”、“價值性”和“保密性”三者之間並非孤立判斷的，而是具有內在的交叉性，甚至應綜合進行判定。具體而言，相關領域公眾知悉該信息的難度越高，其價值性一般越大，而需要採取的保密措施程度也就越高，反之亦然。因為商業秘密構成要件的證明程度在特定情形下，是可以通過日常生活的經驗法則予以認定並進行相關推定，其構成的三個要件之間彼此是相互牽連的，具有內在的認定邏輯關係。不能因形式上的獨立性，而否定彼此之間實質上的關聯性。

## （二）“經營者”的解釋方法與限定範圍

2017年《反不正當競爭法》第九條第一款主體限定為“經營者”，同時在2017年《反不正當競爭法》（二次審議稿）中將此

前修訂草案第十條<sup>9</sup>予以刪除，並在修訂說明中明確指出，“因《反不正當競爭法》規範的主體是經營者，商業秘密權利人的員工、前員工，不屬於經營者，對於其侵犯商業秘密的行為，權利人可通過其他法律途徑獲得救濟，而且相關法律對國家機關工作人員、律師、註冊會計師等專業人員的商業秘密保密義務已經作了規定，《反不正當競爭法》重複規定沒有必要”。因此，在明確知悉了2017年《反不正當競爭法》第九條的修訂過程後，顯然在司法審判的適用中，就不應再將“員工、前員工”等主體納入到《反不正當競爭法》所規制的範疇之內。

然而，司法審判中在適用1993年《反不正當競爭法》第十條時通常是將“員工、前員工”納入到該條款所調整的範疇之內，並基本形成了共識，由此對員工或者前員工是否可以納入到訴訟主體的範圍必然會存在新舊法如何有效銜接的問題。

在原告上海鼎天時尚科技股份有限公司（簡稱鼎天時尚公司）與被告晨宇興達國際貿易（北京）有限公司（簡稱晨宇興達公司）、被告陳婷、被告吳賽玉侵害商業秘密糾紛案中<sup>10</sup>，法院認為，在鼎天時尚公司與陳婷、吳賽玉簽訂的《鼎天員工保密及禁止條例》以及制定的《保密制度》中，均要求陳婷、吳賽玉保守和不得泄露公司的商業秘密。然而，陳婷、吳賽玉選擇的交易對象恰恰是鼎天時尚公司的商業秘密，也是鼎天時尚公司在《鼎天員工保密及禁止條例》中約定保守秘密的經營信息。鑒於陳婷、吳賽玉係夫妻關係，且在被控侵權期間，陳婷、吳賽玉係晨宇興達公司的自然人股東，故晨宇興達公司之所以能夠掌握鼎天時尚公司的客戶名單，顯係陳婷、吳賽玉披露，陳婷、吳賽玉的行為明顯違反了與鼎天時尚公司達成的保密約定以及保密制度中的強制性要求。因此，陳婷、吳賽玉的行為侵犯了鼎天時尚公司的商業秘密。最終法院判決上述三被告共同承擔因侵害原告商業秘密的相關民事責任。

上述案例中，並未將原告的員工、前員工排除在直接實施侵害商業秘密的主體之外，而且1993年《反不正當競爭法》第十條第一款與2017年《反不正當競爭法》第九條第一款從字面表述上並無實質性差異，易產生應當如何界定主體範圍的困擾。同時，《中華人民共和國刑法》第二百一十九條侵犯商業秘密罪中並未對犯罪主體進行限定，故民事與刑事二者在此問題上的銜接也應予考慮。

另一方面，2017年《反不正當競爭法》第九條第二款規定第三人明知或者應知商業秘密權利人的員工、前員工或者其他單位、個人實施前款所列違法行為，仍獲取、披露、使用或者允許他人使用該商業秘密的，視為侵犯商業秘密。若按照該款文義解釋，顯然商業秘密權利人的員工、前員工是可以作為第一款的實施主體，此後再對於屬於明知或者應知的第三人實施的違法行為繼續適用該條款予以規制，也就進一步增加了法律適用的困惑。

因此，如何對侵害商業秘密的被告主體進行限定，商業秘密權利人的員工、前員工是否可以作為訴訟當事人；若可以，其應當為何種訴訟地位，是否需要承擔相應民事責任等問題，都應當進一步進行研究。

### （三）侵害商業秘密的違法行為是否適用“事實推定”

在適用2017年《反不正當競爭法》第九條第二款對第三人侵害他人商業秘密行為進行認定時，由於被訴行為往往相對較為隱蔽，原告難以取得被告與商業秘密權利人員工或者前員工存在主觀意思聯絡的證據，在司法審判中部分案件採用“事實推定”的判定方式對被告採取了不正當手段獲取商業秘密進行了認定；但也有部分案件並未採納“事實推定”的方式，而是以原告應當直接證明被告確實存在不正當手段獲取商業秘密的行為為判定基礎。

在原告北京聯創佳藝影像新材料技術有限公司（簡稱聯創佳藝公司）與被告趙文忠、被告北京德新科創科技有限公司（簡稱德新科創公司）侵害商業秘密糾紛案中<sup>11</sup>，法院認為，趙文忠從聯創佳藝公司離職後，又曾於德新科創公司任職，德新科創公司具備接觸驚巍公司客戶信息的條件。聯創佳藝公司提交的公證書亦證明趙文忠以德新科創公司總經理的身份參加展會、對外開展業務。因此，法院有理由相信德新科創公司係利用了趙文忠於聯創佳藝公司任職期間所掌握的驚巍公司客戶信息與驚巍公司建立了合作關係。故，趙文忠與德新科創公司侵犯了聯創佳藝公司的商業秘密，二被告應停止其不正當競爭行為，並共同向聯創佳藝公司賠償經濟損失。

上述案例中，原告並未出示二被告共同實施不正當行為獲取商業秘密的直接證據，而是通過涉案相關信息直接具有的“同一性”，並結合在案員工的任職情況等事實，推定二被告實

施了侵害原告商業秘密的違法行爲。

在原告樂華建科技(北京)有限公司(簡稱樂華建公司)與被告盧豐慶、被告北京厚德思成科技有限公司(厚德思成公司)侵害商業秘密糾紛案中<sup>12</sup>,二審法院認爲,樂華建公司應當舉證證明盧豐慶與厚德思成公司是否採取了不正當手段。即,是否違反約定披露、使用了樂華建公司商業秘密的問題。雖然盧豐慶在2009年1月1日至2011年2月26日期間在樂華建公司擔任軟件技術部門項目經理的職務,能夠接觸到樂華建公司所主張的商業秘密,但不能據此認定,厚德思成公司中標湛江南海西部石油勘察設計有限公司相關項目與盧豐慶披露、使用樂華建公司商業秘密之間具有必然聯繫。湛江南海西部石油勘察設計有限公司出具《情況說明》稱,厚德思成公司係通過邀請招標的方式取得該項目,而樂華建公司所主張的盧豐慶與厚德思成公司所使用的信息,即,《情況說明》的附件一,亦爲湛江南海西部石油勘察設計有限公司所出具。厚德思成公司表示,附件一係該項目招標時招標方提供的,同時也提供給其他邀標方。本案中,盧豐慶與厚德思成公司關於其使用的信息來源的陳述,基本符合常理,在樂華建公司無法證明盧豐慶與厚德思成公司使用的信息與其商業秘密實質相同,以及盧豐慶與厚德思成公司採取了不正當手段的情況下,無法認定盧豐慶與厚德思成公司的行爲侵犯了樂華建公司的商業秘密。

上述案例中,法院明確了原告應當直接證明被告採取了不正當手段獲取了涉案的商業秘密,否則其應當承擔相應的舉證不能的法律後果。

基於司法審判中的不同認知,如何在確保“誰主張誰舉證”的基本舉證證明制度的實施下,合理分配和認定原、被告各方的舉證責任以及證明標準,進而實現對商業秘密的充分保護,就成爲亟待解決的問題。

#### (四) 商業秘密保護的“權利”思維體系與行爲法模式的衝突

《民法總則》第一百二十三條將商業秘密與作品、發明、商標等作爲獨立的知識產權權利客體予以了明確規定。雖然我國並未就商業秘密的保護單獨進行立法,而是主要體現在《反不正當競爭法》以及《合同法》<sup>13</sup>、《公司法》<sup>14</sup>等部門法中,但是結合相關法律對商業秘密保護具體規定的文義解釋,顯然商業秘

密具有了“絕對權”保護模式的特性。例如合同相對人、公司股東等主體,均是由法律直接設定了具體義務而直接對商業秘密此種特殊智力活動創造的客體進行救濟,同時縱觀2017年《反不正當競爭法》第二章所規定的具體不正當競爭行爲類型,並無與商業秘密條款表述上類似情形的規定。

然而,《反不正當競爭法》作爲規制市場競爭秩序的行爲法,其本身有異於《著作權法》、《商標法》和《專利法》等設權性法律,應當考慮被訴市場競爭行爲對多元化利益主體,即,經營者、消費者和社會公眾所造成的競爭後果的考量,因此商業秘密天然蘊含的“絕對權”屬性與《反不正當競爭法》行爲法規制思路就可能產生衝突。

在司法審判中,若一味地固守其他類型具體不正當競爭行爲的判定思路,可能會影響商業秘密實質性的保護,難以實現鼓勵企業創新與保護合法競爭行爲之間的利益平衡,甚至在侵害商業秘密行爲的判定上都產生一定偏差。如何在行爲法的模式下科學設計具有“權利”保護思維的判定體系,具有現實的意義。

#### (五) 侵害商業秘密糾紛中行爲保全的適用要件

《民事訴訟法》第一百條第一款規定,人民法院對於可能因當事人一方的行爲或者其他原因,使判決難以執行或者造成當事人其他損害的案件,根據對方當事人的申請,可以裁定對其財產進行保全、責令其作出一定行爲或者禁止其作出一定行爲;當事人沒有提出申請的,人民法院在必要時也可以裁定採取保全措施。因爲商業秘密對於權利人而言,正是由於其保密性而在競爭中獲得更多的交易機會或者優勢,若一旦被不當披露或者公開,可能對權利人的損害後果難以估量,而且也將使權利人喪失對商業秘密享有的專用權,因此在司法審判中特別是對於尚未被予以公開的商業秘密而言,裁定禁止被控侵權人披露涉案商業秘密,可能具有更大的現實意義。例如因商業秘密權利人的前員工違反約定,向第三人披露了具體的商業秘密,而該第三人欲將該商業秘密申請爲專利,此時行爲保全的及時適用可能會挽回商業秘密權利人損失的擴大。

雖然《反不正當競爭法》具有行爲法的特性,可能會因多重因素與利益的考量,對不同主體實施的類似競爭行爲得出不同的法律評價,所以一般應當在此類案件中審慎適用行爲保全,

但是基於商業秘密所特有的“權利”屬性，在合理設定適用要件的情形下，準確採取行為保全會產生更加有益的法律效果。

然而，目前司法審判中對知識產權行為保全的適用要件還存在諸多認知的分歧，同時基於商業秘密的特殊屬性，其具體的適用要件並未達成統一，因此需要積極地予以探索。

#### （六）商業秘密保護與勞動權、自由擇業之間的平衡

因侵害商業秘密糾紛多與員工、前員工存在密切聯繫，而勞動者自由擇業的權利具有人身屬性，故對人才的自由流動不應隨意干涉，確保市場經濟參與主體的整體活躍程度。若禁錮勞動者在正常市場經營中的流動，顯然不利於職工將其在工作中所積累的經驗、技能、知識傳播至其他經營者，不利於社會整體經營水平的提昇。因此應當區分違反競業禁止、侵害商業秘密的違法行為，與勞動者出於就業需求自我選擇之間的差異。特別應注意“職工在工作中所掌握的一般知識、經驗和技能，是其人格的組成部分，構成其勞動能力和生存能力，不屬於商業秘密”<sup>15</sup>。

同時，在司法審判中不能簡單將因知悉企業商業秘密的員工自主“轉換門庭”，而認定接納該員工的經營主體即構成不正當競爭。應以是否存在2017年《反不正當競爭法》第九條第二款所規定之情形進行認定，若存在前員工轉換工作後的經營主體使用他人商業秘密的情形，一般情況下，可以根據前員工所掌握商業秘密的情況，運用邏輯推理和日常生活經驗法則推定在後經營主體存在“應知”的情形。此時，將舉證證明責任進行移轉，由在後經營主體證明其已經盡到事前的審查義務或者相關商業秘密具有合法來源抗辯，從而在確保既有舉證基本規則實施的前提下，兼顧對商業秘密權利人、員工和在後經營主體之間利益的保障與平衡，合理分配舉證責任。

#### （七）侵害商業秘密損害賠償數額應當如何界定

商業秘密的經濟價值來自於其保密性，而權利人亦基於該保密性取得了持久的競爭優勢，保持其在整個市場生產經營中的超然地位。然而，也正是基於該保密性，特別是在技術信息的情形下，導致對其價值性的評價產生認定的難題。因為相關技術信息在決定是否能夠擊敗其他同類產品的競爭中，到底作用幾何往往不易確定，同時考慮到技術的發展與創新，相關技術能夠維持競爭優勢的時間維度亦不易確定，因此導致現實中

難以通過權利人的損失或者侵權人的獲利進行計算，而較多適用法定賠償。

雖然，1993年《反不正當競爭法》第二十條第一款在規定計算損害賠償數額時，僅規定了依據被侵害經營者的損失和侵權人的獲利二種計算方式，但《最高人民法院關於審理不正當競爭民事案件應用法律若干問題的解釋》第十七條規定了侵犯商業秘密行為的損害賠償額可以參照侵犯專利權的損害賠償額進行計算，故此提供了依據法定賠償的計算依據。<sup>16</sup>

2017年《反不正當競爭法》第十七條第四款對侵害商業秘密的損害賠償數額適用法定賠償進行了明確規定，即權利人因被侵權所受到的實際損失、侵權人因侵權所獲得的利益難以確定的，由人民法院根據侵權行為的情節判決給予權利人三百萬元以下的賠償。雖然上述法律對適用法定賠償的上限數額進行了規定，但是並未對具體的參考因素予以細化，故此在對侵害商業秘密的技術信息損害賠償數額進行計算時，對具體因素仍有進一步予以明確的必要。在此，建議可以參考以下因素進行認定：（1）商業秘密的研發成本；（2）商業秘密能夠為權利人帶來的競爭優勢（包括生產成本降低、銷售額提高、利潤率增加、市場佔有率提昇等）；（3）商業秘密可利用時間、市場競爭程度、市場開發此技術的預期時間等；（4）採取保密措施的成本。<sup>17</sup>

同時，在對商業秘密中經營信息的損害賠償數額進行計算時，應當精細化計算權利人的損失或者侵權人的獲利，對法定賠償應當審慎適用。就經營信息的價值而言，其一般直接促成了交易的實現，具有現實的可預期價值。同時，侵權人利用該商業秘密，或者使權利人喪失了相應的交易機會，或者使侵權人促成了相關交易，而此時基於交易數額的確定性與利潤比率的可見性，往往損害賠償數額具有可計算性。例如侵權人利用權利人擁有的買方交易信息，而促成了買賣合同成立，此時居間主體直接喪失了促成交易的居間收益，可以根據合同具體的數額與居間費率直接計算損害賠償數額。在此應當注意，損害賠償數額通常是以填平為基本規則，權利人並不能因侵權行為而獲得額外收益。

在原告北京新月長城投資管理有限公司（簡稱新月公司）與被告中曼石油天然氣集團股份有限公司（簡稱中曼集團公

司)、李春第、陳少雲侵害商業秘密糾紛案中<sup>18</sup>，二審法院認為，新月公司基於其居間行為獲得的可期待利益的前提在於，其不但應當促成伊朗 OEOC 與國內製造商簽訂購鑽機合同，而且還進一步促使伊朗 OEOC 實際履行合同。只要伊朗 OEOC 在新月公司居間下實際購買了鑽機，新月公司的利益即可實現。新月公司不應從伊朗 OEOC 購買鑽機的行爲中獲得超出其可預期的利益。雖然陳少雲及中曼集團公司實施了侵犯新月公司商業秘密的行爲，進而獲得與伊朗 OEOC 交易的機會，但是，由於最終伊朗 OEOC 僅購買了 6 臺鑽機，因此，新月公司的可得利益僅限於居間該 6 臺鑽機所獲得的佣金。此外，由於新月公司與三高公司之間的合同糾紛經由中國國際經濟貿易仲裁委員會裁決後，其部分合同利益已經實現，故新月公司不應再獲得超出其可得利益的利益。原審判決未考慮新月公司已經獲得的部分佣金，全額支持了新月公司的訴訟請求，確有不當。將根據新月公司居間合同的可期待利益，減去中國國際貿易仲裁委員會相關裁決已經使新月公司獲得的利益，綜合確定侵權賠償數額。最終本案二審法院糾正了一審法院所確定的賠償數額。

#### (八) 如何有效防止訴訟中的“泄密”情形

在司法審判中，從審判模式和質證方式的現行制度考量，可能存在原告為證明其商業秘密的價值性，而將未予披露的商業秘密予以完整說明，進而使被告獲知了更多商業秘密的情形；同時，亦存在原告基於訴訟目的的不正當性，通過被告證明自身技術信息或者經營信息與原告所主張內容存在實質性差異，而使被告合法的商業秘密反向被原告予以“知悉”的情形。

目前，司法審判中多是通過讓可能接觸到涉案商業秘密的訴訟參與人簽訂保密協議的方式，約束商業秘密在訴訟活動中不被“泄露”，並且具體約定賠償責任以警示訴訟參與人不可隨意而為。但是此方式並不能完全減少各方訴訟當事人的擔憂與顧慮，仍然存在完善此類糾紛審判模式和質證方式的空間，這值得進一步探討。

## 四、侵害商業秘密糾紛案件的解決對策

司法審判是以具體的法律規範為基礎，在充分運用文義解

釋、目的解釋、體系解釋、歷史解釋等各種法學解釋方法的基礎上，實現以“規範”為核心的“形式正義”和以“秩序”為核心的“實質正義”，最終將立法本意體現於具體的裁判結論之中，向社會傳遞司法的內在價值追求。因此，以合理的法學思維方式為基礎，對上文所歸納的八個方面的侵害商業秘密糾紛案件的審理困境提出如下建議。

### (一) 合理劃定舉證責任，適度減輕證明負擔，明確“合理說明”規則

在司法審判中，對法律已經明確規定的各項制度與規則，應當採取謙抑與克制的司法態度，避免隨意地突破現有制度，破壞法律的穩定性和法律後果的可預期性。因此，以《民事訴訟法》所確立的“誰主張誰舉證”的基本制度為原則，“舉證責任倒置”為例外的基本舉證規則前提下，雖然商業秘密構成要件中的“秘密性”具有消極事實的客觀屬性，但是亦不能在司法審判中僅據此創設該要件證明責任的“倒置”制度。司法審判中對法律的適用應當恪守“解釋論”，而並非“立法論”，在立法機關對此並無明確規定的情形下，不應以所謂的“合理性”而替代“合法性”的理智選擇，應從舉證證明的標準程度為視角，採取符合社會公眾常識性的認知來解決相關問題。

因此，在對商業秘密是否構成“秘密性”進行舉證責任分配時，仍然應當由原告對此承擔舉證證明責任，但是在具體認定的過程中，只要原告能夠說明其主張信息與相關領域中如教科書、工具書、辭典、期刊雜誌等公開渠道獲知的公知信息存在區別，即可以初步認定該信息具備了“秘密性”。若被告對此提出異議，則應當由其對主張該信息已經公開的事實進行證明。從而實現在不影響現有舉證證明基本制度的前提下，適度減輕原告的舉證證明責任，即通過“合理說明”的方式對“秘密性”予以初步認定。

### (二) 引入“事實推定”，建立權利思維的保護制度

所謂“事實推定”是指“法律規定或由法官按照經驗法則從已知的前提事實推定出未知事實的存在，並允許當事人舉證推翻的一種證據法則”<sup>19</sup>。在判斷被告是否屬於以不正當手段獲取原告的商業秘密，以及第三人是否在明知或者應知的情形下實施侵犯原告商業秘密行爲時，均可以根據涉案商業秘密與相關領域公知信息的區別程度的差異、採取保密措施的高低以及

被告實際使用信息的相似程度等，在應用邏輯法則與日常生活經驗法則的情形下，進行具體認定。

具體而言，若涉案商業秘密有異於公有領域信息的區別點越多，則其自身的“秘密性”越高；若原告採取的保密措施越嚴密、付出的成本越高，則該商業秘密通過正常渠道被獲知的可能性則越低；若被告實際使用信息與原告主張的商業秘密相似程度越高，則被告接觸、使用原告商業秘密的可能性越大。同時，作為聘用單位，按照基本的選聘制度，被告通常會對其選用職工的學習、工作背景與經歷進行相關瞭解，而且被告作為相關行業的經營者，亦應當對具體領域的經營、技術信息的發展情況存在一定認知，由此在使用聘用員工所提供的經營信息和技術信息時，該聘用單位負有事前的審查義務。綜上，在結合涉案具體商業秘密的個體特性、相似程度和主體之間關聯關係等情況下，合理適用“事實推定”規則，對被告是否採取了“不正當手段”和第三人是否構成“應知”進行準確判定，而不必以直接證明方式作為認定案件事實的唯一選擇。

同時，基於“商業秘密”的“權利思維”保護制度，一般情況下毋需對被控不正當行為對競爭效果、社會福利以及競爭秩序的影響進行相關評價，只要存在侵害原告商業秘密的情形，且被告並不存在合理抗辯的事由，則可以判定由被告承擔相應民事責任。

### （三）訴訟當事人的“寬範圍”解釋，探索運用“第三人”參與方式

基於上文對 2017 年《反不正當競爭法》第九條修訂過程的介紹，該條款已經從立法的視角將商業秘密權利人的員工、前員工排除在適用《反不正當競爭法》予以規制的範疇之外，則司法審判基於“解釋論”就應當符合“立法”過程的基本價值取向與內在目的，不應將已被立法明確的內容通過司法適用再行“反轉回歸”，即，原則上不應將商業秘密權利人的員工、前員工作為“被告”予以列明。然而，若被告構成 2017 年《反不正當競爭法》第九條第二款所規定的情形，其又是通過商業秘密權利人的員工、前員工獲取的涉案商業秘密，此時為便於案件的查明，必然與商業秘密權利人的員工、前員工產生法律上的利害關係，甚至存在原告依據民事案件的認定事實，向公安機關對相關員工、前員工實施了侵害商業秘密的違法行為進行刑事報

案的可能，故員工、前員工參與到侵害商業秘密糾紛的民事訴訟中，無論是從案件事實的認定，還是後續可能產生的法律後果而言，都具有必要性。

對法律問題的分析與解決，應當建立“橫向”法律思維的模式，不應局限於特定部門法而作繭自縛。司法者不應簡單地將自身的職能定位於法律適用的“機械計算”，而是應當通過在不同部門法之間建立科學的解釋方法，運用現行法律制度體系，實現對社會所出現的各類糾紛現象與法律規定滯後性之間在適用上存在矛盾的有效化解，既要依託於現行法，又要超然於現行法。

在此基礎上，對商業秘密權利人員工、前員工訴訟地位的問題，可以依據《民事訴訟法》第五十六條第二款的規定，“對當事人雙方的訴訟標的，第三人雖然沒有獨立請求權，但案件處理結果同他有法律上的利害關係的，可以申請參加訴訟，或者由人民法院通知他參加訴訟，人民法院判決承擔民事責任的第三人，有當事人的訴訟權利義務”，將員工、前員工在侵害商業秘密糾紛案件中定位於“無獨立請求權的第三人”。

所謂無獨立請求權的第三人，是指對他人之間爭議的訴訟標的沒有獨立的實體權利，只是參加到訴訟中，以維護自己利益的人。<sup>20</sup>因在適用 2017 年《反不正當競爭法》第九條第二款時，商業秘密權利人的員工、前員工同訴訟結果存在法律上的利害關係，但是其通常對此類案件爭議的訴訟標的的全部或者部分不具有獨立的實體權利，故將員工、前員工定位為“無獨立請求權的第三人”既實現了與《反不正當競爭法》立法修訂內在價值的吻合，又可以有效解決基於法律上存在利害關係而導致員工、前員工未來利益受損的問題，亦能夠符合現行法的規定，具有合法性與合理性。

### （四）確立行為保全的“分類施政”制度

通常而言，在適用《民事訴訟法》第一百條對行為保全的適用要件進行分析時，應當從申請主體在訴訟中勝訴的可能性、涉案請求權的穩定性、不採取行為保全措施導致對申請人合法權益難以彌補的損害性、採取行為保全措施是否涉及到對社會公共利益的影響性等方面進行分析與判斷。然而，由於商業秘密天然的“隱蔽性”，往往在判斷勝訴的可能性與請求權的穩定性上，就存在較大不確定性，故此類案件在適用行為保全措施

時應當採取審慎原則。

具體司法實踐中,可以從涉案商業秘密的類別進行不同判定方式。若為“經營信息”,通常而言基於此類商業秘密現實損害結果的可預期性,即無論是原告基於涉案侵權行為交易機會的喪失或者減少,還是被告基於實施涉案侵權行為交易機會的增加或者獲得,均相對易於查明。故通常在認定涉案被訴行為違法性的基礎上,損害賠償數額具有可預期性,不易會產生對原告損失難以彌補的情形,故可以通過合理計算賠償數額對原告合法權益的損害進行“填平”,因此“經營信息”通常不宜適用行為保全措施。

若為“技術信息”,應當區分涉案被控侵權行為是否將會導致相關“技術信息”被予以公開。當涉案被控侵權行為可能會將“技術信息”從“隱蔽”轉為“公開”時,該侵權行為的後果將使原告可能持續在特定時間維度上獲得的競爭優勢“盪然無存”,在此情形下,只要原告能夠證明其自身主張的“技術信息”符合商業秘密的構成要件,則可以適用行為保全措施將“公開”的進程予以中斷。當涉案被控侵權行為並不存在導致“公開”的情形時,則應當根據行為保全措施的具體適用要件進行逐一甄別,審慎予以適用。

#### (五) 分設“信息單元”與“展示主體”,完善訴訟審理模式

為有效防止在審理侵害商業秘密糾紛案件中,對原、被告所擁有的商業秘密發生“二次泄密”情形的出現,可以在審理模式上從主體與客體二方面進行科學設置訴訟方式。

在主體方面,限定能夠接觸到涉案商業秘密的訴訟參與者的範圍,可以將涉案商業秘密僅限於向訴訟代理人進行展示,並且在必要情況下,對商業秘密的載體僅限於在法庭進行舉證、質證,而不允許帶出法庭之外。即使各方當事人申請專家證人出庭,可以嘗試證人僅對其自身所知悉內容進行陳述,而不接觸涉案的具體商業秘密,最小程度地限定訴訟中能夠接觸到商業秘密的主體範圍。

在客體方面,可以基於原告所主張被告實施侵害商業秘密的具體內容,將整體的經營信息或者技術信息以訴訟爭議的標的為範圍,拆分為若干“信息單元”,分步驟、分階段進行展示。只要原告能夠充分說明單一“信息單元”具有相關可操作性與經濟性,即,完成了對構成商業秘密中“價值性”的舉證證明責

任,而無須苛求必須要說明與被控侵權行為無關的商業秘密其他“信息單元”。

通過在主體與客體雙向限定的基礎上,結合現行的簽訂訴訟保密承諾等措施,最大程度地防止訴訟中“二次泄密”情形的出現。

## 五、結語

本文嘗試以司法審判實例為研究基礎,在形式上符合現行法律制度體系的邏輯框架內,探索實質上對商業秘密司法保護制度的內在思維規則的完善。商業秘密自身屬性的特殊性,導致與其他類型反不正當競爭行為規制方式的差異性,若欲本質上實現對該類知識產權權利客體的保護,仍需在立法設置層面進行獨立架構,方可徹底解決商業秘密保護中出現的各類問題。■

作者:北京市高級人民法院知識產權庭法官

\* 本文僅代表作者個人觀點,並不代表作者所在單位觀點,特此聲明。

<sup>1</sup> 侵害商業秘密案件的相關審判數據來自審判信息查詢系統,通過查詢新收與結案的案由進行統計,故相關數據屬於概數,特此說明。

<sup>2</sup> 謝曉堯:《競爭秩序的道德解讀》,法律出版社,2005年版,第281頁。

<sup>3</sup> 1993年《反不正當競爭法》第十條第三款規定,本條所稱的商業秘密,是指不為公眾所知悉、能為權利人帶來經濟利益、具有實用性並經權利人採取保密措施的技術信息和經營信息。

<sup>4</sup> 同註2,第290頁。

<sup>5</sup> 參見(2016)京73民終965號民事判決書。

<sup>6</sup> 參見(2017)京73民終110號民事判決書。

<sup>7</sup> 參見(2017)京73民終1776號民事判決書。

<sup>8</sup> 參見(2015)京知民初字第518號民事判決書。

<sup>9</sup> 《反不正當競爭法》(2017年修訂草案)第十條規定,下列行為視為侵犯商業秘密的行為:(一)商業秘密權利人的員工、前員工實施本

法第九條第一款規定的行爲；(二)第三人明知或者應知商業秘密來源於本法第九條第一款規定的非法途徑，仍獲取、披露、使用或者允許他人使用。國家機關工作人員，律師、註冊會計師等專業人員對其在履行職責過程中知悉的商業秘密應當予以保密。

<sup>10</sup> 參見(2016)京民終127號民事判決書。

<sup>11</sup> 參見(2015)一中民(知)終字第2631號民事判決書。

<sup>12</sup> 參見(2017)京民終50號民事判決書。

<sup>13</sup> 《合同法》第四十三條規定，當事人在訂立合同過程中知悉的商業秘密，無論合同是否成立，不得泄露或者不正當地使用。泄露或者不正當地使用該商業秘密給對方造成損失的，應當承擔損害賠償責任。

<sup>14</sup> 《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國公司法〉若干問題的規定(四)》第十一條規定，股東行使知情權後泄露公司商業秘密導致公司合法利益受到損害，公司請求該股東賠償相關損失的，人民法院應當予以支持。根據本規定第十條輔助股東查閱公司文件材料

的會計師、律師等泄露公司商業秘密導致公司合法利益受到損害，公司請求其賠償相關損失的，人民法院應當予以支持。

<sup>15</sup> 孔祥俊：《反不正當競爭法(新論)》，人民法院出版社，2001年版，第760頁。

<sup>16</sup> 《專利法》第六十五條第二款規定，權利人的損失、侵權人獲得的利益和專利許可使用費均難以確定的，人民法院可以根據專利權的類型、侵權行爲的性質和情節等因素，確定給予一萬元以上一百萬元以下的賠償。

<sup>17</sup> 摘自《北京法院關於審理侵犯商業秘密糾紛案件的調查研究》，執筆人陳曦。

<sup>18</sup> 參見(2015)高民(知)終字第22號民事判決書。

<sup>19</sup> 江偉：《證據法學》，法律出版社，1999年版，第124頁。

<sup>20</sup> 王勝明主編：《中華人民共和國民事訴訟法釋義》，法律出版社，2012年版，第117頁。