

銷售、使用侵犯技術秘密 產品行爲研究¹

傅蕾、左金鶴、陳律、鄭文思

一、問題的提出

經營者的商業秘密受法律保護。《中華人民共和國反不正當競爭法》(以下簡稱“《反不正當競爭法》”)第九條規定:“本法所稱的商業秘密,是指不爲公衆所知悉、具有商業價值並經權利人採取相應保密措施的技術信息、經營信息等商業信息”。《最高人民法院關於審理侵犯商業秘密民事案件適用法律若干問題的規定》(以下簡稱“《商業秘密司法解釋》”)第一條第一款明確了作爲商業秘密的技術信息涵蓋的內容:“與技術有關的結構、原料、組分、配方、材料、樣品、樣式、植物新品種繁殖材料、工藝、方法或其步驟、算法、數據、計算機程序及其有關文檔等信息,人民法院可以認定構成反不正當競爭法第九條第四款所稱的技術信息”。技術秘密往往涉及較大的商業利益,侵權人不當地獲取技術秘密,將之披露給他人或者用於己方的生產經營,目的在於優化產品質量、降低製造成本,最終獲得商業利益、搶佔市場份額。無論結果如何,技術秘密與經營者的製造、銷售、使用行爲都密切相關。反不正當競爭法概括列舉了禁止經營者實施的侵犯技術秘密的行爲類型,包括禁止以不正當手段獲取技術秘密,禁止披露、使用或者允許他人使用以不正當手段獲取的技術秘密等。對於流通環節中,非生產者的經營者銷售侵犯他人技術秘密的產品(以下簡稱“侵權產品”)²,以及終端消費者使用這些侵權產品,都是侵權人在獲得或者使用他人技術秘密之後的自然延伸行爲,這些行爲是否構成侵權?司法實踐中人民法院又是如何審查判斷的?本調研報告圍繞這些問題,以近年來各級法院所作裁判爲樣本³,結合反不正當競爭法、侵權責任法的有關規定,進行了研究分析。

二、侵犯技術秘密糾紛中 使用行爲的概述

爲準確認定並規制侵犯技術秘密之行爲,需厘清反不正當競爭法與侵權責任法各自保護的法益和立法目標。

“反不正當競爭法的性質屬於行爲規制法,和侵權責任承擔法模式形成了鮮明的對比。侵權責任法的主要目的着眼於保護民事主體的合法權益、充分救濟受害人,其思路是‘權利受損就是違法’,無需對行爲本身進行價值判斷和利益衡量。”⁴“由於《反不正當競爭法》所保護法益的民事利益屬性,不正當競爭行爲的判斷更多是對於行爲正當性的判斷,所涉法益僅是判斷的考量因素之一,構成不正當競爭還需要進行其他行爲特徵上的判斷。”⁵由此,與侵權責任法通過填補被侵權人所受損害以實現法益保護的目的不同,反不正當競爭法側重於對不正當行爲進行規範,從而實現其法益保護的目的。

(一)反不正當競爭法對侵犯技術秘密行爲的規制

我國對於商業秘密的保護,是以反不正當競爭法爲主體、相關法律法規作爲補充的多重保護。“權益保護和行爲特性是《反不正當競爭法》的兩大支點,不正當競爭行爲的認定取決於兩者的定位和權衡。”⁶因而,在侵犯技術秘密糾紛的處理中應當準確認識和把握技術秘密的民事權益屬性,妥善處理技術秘密的保護與技術秘密獲取、披露、使用行爲的正當性之間的關係。另外,鑒於反不正當競爭法與侵權責任法間的密切關係,在審理侵犯技術秘密糾紛的裁判中,不僅要充分關注不正當競爭行爲的固有屬性,也要將不正當競爭行爲納入侵權行爲的視野中考量,防止將其混同於一般侵權行爲,降低不正當競爭行爲認定的門檻以及錯誤擴展行爲類型。

1993年施行的反不正當競爭法首次對不正當使用技術秘密的行為進行規制,2017年、2019年修正的反不正當競爭法均延續並完善了這一規定。2020年施行的《商業秘密司法解釋》進一步明確了不正當使用技術秘密行為的類型。上述法律規定對侵犯技術秘密糾紛中的使用行為通過列舉的方式進行了描述,具體包括下列四種情形:一是使用或者允許他人使用以盜竊、賄賂、欺詐、脅迫、電子侵入、違反不正當競爭法律規定或者公認的商業道德的方式或者其他不正當手段獲取的權利人的技術秘密;二是違反保密義務或者違反權利人有關保守技術秘密的要求,使用或者允許他人使用其所掌握的技術秘密;三是教唆、引誘、幫助他人違反保密義務或者違反權利人有關保守技術秘密的要求,使用或者允許他人使用權利人的技術秘密;四是第三人明知或者應知技術秘密權利人的員工、前員工或者其他單位、個人實施上述違法行為,仍使用或者允許他人使用該技術秘密。⁷上述規定明晰了不正當使用技術秘密行為的具體表現形式,對於司法實踐認定此類行為給出了指引。

(二) 侵犯技術秘密糾紛中使用行為的分析

1. 實施主體分析

依據2019年修訂的《反不正當競爭法》第九條的規定,侵犯技術秘密的主體包括自然人、法人、非法人組織。值得注意的是,2019年修訂的《反不正當競爭法》第九條第二款首次明確“經營者以外的其他自然人、法人和非法人組織”可以作為侵權主體。在實踐中,侵犯技術秘密的行為主體除經營者外,往往還會涉及經營者的員工、前員工,這一修訂一定程度上突破了以往反不正當競爭法對侵權主體的限制,有利於更好地保護經營者的技術秘密。

2. 使用行為分析

《反不正當競爭法》第九條對侵犯技術秘密的不正當行為類型進行了列舉式規定,主要可以分為非法獲取、非法披露或使用、合法獲取而非法披露或使用,以及對前述行為的教唆、引誘、幫助行為。一般來說,非法披露或使用技術秘密的行為是對獲取(包括非法獲取和合法獲取)技術秘密行為的延續,而且它往往也是對權利人造成損害最大的一種侵權行為,因為“不當披露可能使得權利人的商業秘密因為公開而喪失秘密性,使權利人從根本上喪失商業秘密,失去了其中蘊含的財產權益和

競爭優勢”。⁸非法使用則是指行為人將通過不正當手段獲取的技術秘密自己使用或者許可他人使用於生產經營活動中(也包括合法獲取後未經許可使用),由於行為人一般與權利人共處於同一個競爭市場,行為人不當使用權利人的商業秘密不可避免會減損權利人的競爭優勢或者經濟利益。而且“使用存在多種形式,在性質上沒有任何限制”。⁹

《〈最高人民法院關於審理侵犯商業秘密民事案件適用法律若干問題的規定〉的理解與適用》中明確,依照反不正當競爭法第九條的規定,“使用”“允許他人使用”商業秘密是法定的侵犯商業秘密行為。對商業秘密的“使用”主要包括三種類型:一是在生產、經營等活動中直接使用商業秘密,例如使用構成商業秘密的配方、方法、工藝,直接用於製造同樣的產品。二是在商業秘密的基礎上,進一步修改、改進後再進行使用,例如,對屬於商業秘密的配方進行改進後,製造特定的產品。三是根據權利人的商業秘密,調整、優化、改進與之有關的生產經營活動,例如,根據權利人研發失敗所形成的數據、技術資料等商業秘密,以及研發過程中形成的階段性成果商業秘密等,相應優化、調整研發方向;或者根據權利人關於經營信息的商業秘密,相應調整營銷策略、商品價格等。侵權人違法“使用”或者“允許他人使用”商業秘密的直接後果,就是能夠獲得不正當的競爭優勢,包括提供替代性的產品或者服務,或者降低成本、節省時間、提高效率等。¹⁰由此可見,技術秘密的使用與競爭優勢的取得有着直接的因果關係。

另外,“教唆、引誘、幫助他人違反保密義務或者違反權利人有關保守商業秘密的要求,使用或者允許他人使用權利人的商業秘密”的行為,係將部分特定教唆、引誘、幫助行為明確納入類型化的技術秘密侵權行為,屬於幫助侵權的一般規則在技術秘密侵權領域的適用,豐富和發展了侵犯技術秘密糾紛中使用行為的類型。

3. 關於第三人的問題

《反不正當競爭法》第九條第三款規定,“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、個人實施本條第一款所列違法行為,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”。這一擬制涉及第三人的界定及其主觀“惡意”的認定。此處的第三人是相對於技術

秘密權利人作為第一人，反不正當競爭法第九條第一款第一、二、三項規定的侵犯技術秘密的行為人作為第二人而言的。“明知是一種惡意（故意）狀態，應知（應當知道而因為過失不知道）是一種重大過失的主觀狀態。”¹¹“重大過失是程度最為嚴重的一類過失。它是指，行為人連最普通人的注意都沒有盡到，或者說，行為人是以一種‘異乎尋常的方式’違背了必要的注意。”¹²因而第三人侵犯技術秘密需滿足兩項基本要件：一是第三人對第二人的侵權行為狀態是明知或應知的；二是第三人客觀上實施了獲取、使用或者披露他人技術秘密的具體行為。善意第三人還涉及“善意消失”的問題，即權利人向第三人告知第二人的侵權行為後，第三人繼續實施獲取、使用的行為。多數國家規定前述“通知”有致使第三人主觀狀態上的“善意”消失的破壞力。¹³

（三）與使用行為相關的幾種侵權行為

通過統計、分析相關侵犯技術秘密糾紛類案件，司法實踐中與使用行為相關的侵權行為大致包括以下四類：一是被訴侵權人使用其以不正當手段獲取的技術秘密的行為。二是第三人明知技術秘密是他人使用不正當手段獲取的仍然使用的行為。三是銷售侵權產品的行為。四是使用侵權產品的行為。

例如，在薩馳華辰機械（蘇州）有限公司、薩馳機械工程（上海）有限公司與 VMI 荷蘭公司、安徽佳通輪胎有限公司、安徽佳通乘用子午綫輪胎有限公司侵害技術秘密管轄權異議上訴案件¹⁴中，權利人 VMI 荷蘭公司主張薩馳蘇州公司、薩馳上海公司以不正當手段獲取其技術秘密後將該技術秘密應用於 HPC-105 型號成型機上，並將承載技術秘密的成型機出售給佳通公司、佳通乘用公司，佳通公司、佳通乘用公司明知薩馳蘇州公司、薩馳上海公司係以不正當手段獲取 VMI 荷蘭公司的技術秘密，仍然使用承載涉案技術秘密的成型機生產輪胎產品。該案中權利人所主張的侵犯技術秘密的行為包括被訴侵權人直接使用其以不正當手段獲取的技術秘密的行為，以及銷售侵權產品的行為、終端消費者使用侵權產品的行為。

在北京理正軟件股份有限公司與北京大成華智軟件技術有限公司、林同棧國際工程諮詢（中國）有限公司侵害商業秘密糾紛上訴案件¹⁵中，理正公司主張大成公司獲取、披露、使用其股東違反理正公司保密協議所披露的涉案軟件內容為林同棧

公司進行軟件開發，林同棧公司在明知或應知該事實的情況下，仍委託大成公司進行開發並將獲得的軟件產品予以使用。該案中權利人所主張的侵犯技術秘密的行為包括第三人明知技術秘密是他人使用不正當手段獲取的仍然使用的行為、銷售侵權產品的行為、終端消費者使用侵權產品的行為。

在廣州天賜高新材料股份有限公司、九江天賜高新材料有限公司與安徽紐曼精細化工有限公司、華某、劉某、胡某、朱某等侵害技術秘密糾紛上訴案¹⁶中，廣州天賜公司、九江天賜公司主張華某在廣州天賜公司工作期間，違反保密義務和保密要求，將其掌握的廣州天賜公司、九江天賜公司的技術秘密披露給安徽紐曼公司；劉某、安徽紐曼公司明知華某非法披露廣州天賜公司、九江天賜公司技術秘密，仍予以獲取並通過安徽紐曼公司使用。胡某、朱某明知華某、劉某、安徽紐曼公司非法披露、獲取、使用兩天賜公司技術秘密，仍予以幫助。該案中權利人所主張的侵犯技術秘密行為主要是商業秘密權利人的員工違反保密義務或者違反權利人有關保守商業秘密的要求披露、允許他人使用其所掌握的商業秘密，以及第三人明知技術秘密是他人使用不正當手段獲取的仍然予以使用的行為。

在上述幾種情形中，被訴侵權人使用其以不正當手段獲取的技術秘密的行為以及第三人明知技術秘密是他人使用不正當手段獲取的仍然使用的行為，均由反不正當競爭法予以規制。而銷售侵權產品的行為、終端消費者使用侵權產品的行為，現有法律並未明確規定是否構成侵權，對此應從法理基礎及現有司法實踐的啟示中進行分析論證。

三、銷售侵權產品行為的認定

一般侵犯技術秘密糾紛中，侵權人對技術秘密的使用往往涉及製造、銷售等多個行為，銷售行為是製造行為的自然延伸。此時，製造行為當然構成《反不正當競爭法》第九條第一款所述使用商業秘密的行為，也是使用行為的通常表現形式，據此認定行為人的侵權責任並無障礙。而下文所討論的銷售行為具有一定特殊性：行為主體僅限於製造者以外的其他經營者，且行為類型也僅限於銷售侵犯技術秘密而製造出來的侵權產品的行為。

對於上述銷售侵權產品的行為的定性，法律並未予以明確。2018年10月對外發佈的《商業秘密司法解釋》（徵求意見稿第一稿）第十三條第二款曾經規定：“第三人明知或應知被訴侵權產品屬於侵犯技術秘密行為直接獲得的產品，仍然銷售、許諾銷售該產品的，人民法院可以判決其停止實施銷售、許諾銷售行為，並承擔侵權賠償責任”。但最終公佈的《商業秘密司法解釋》並未保留這一規定。

由於法律司法解釋的缺失，導致司法實踐對於此種行為是否構成侵權，呈現出不同的裁判觀點及思路：第一種觀點係從反不正當競爭法第九條規定本身出發，判斷銷售行為是否落入非法獲取、非法披露或使用、合法獲取而非法披露或使用這三種法定的行為類型。基於該條文本本身並未將銷售行為列為侵害技術秘密的行為，進而認為銷售侵權產品的行為不構成侵權。第二種觀點則從侵權責任法的視角對該銷售行為進行規制，綜合考量行為人的主客觀要件得出相應結論。即第三人明知他人製造、銷售的係侵權產品仍然購買並予以銷售的行為在特定情形下可能構成侵權。第三種觀點則認為銷售行為構成侵權，且應適用反不正當競爭法的一般條款予以規制。¹⁷前述第一種觀點與後兩種觀點間並非非此即彼的矛盾關係，而是可以共存的。即便製造者以外的其他經營者銷售侵權產品的行為未落入反不正當競爭法第九條所羅列的行為類型，此時仍可以依據侵權責任法或反不正當競爭法的一般條款對該行為作出侵權與否的認定。

（一）銷售侵權產品行為原則上不屬於反不正當競爭法中“使用”技術秘密的行為

從銷售者的主觀狀態來看，其並不存在獲取技術秘密並加以使用的主觀故意，雖然其行為目的亦在於獲取利益，但其與製造者獲利的手段明顯不同。

從銷售行為的特徵來看，銷售行為實質上並未觸及技術秘密的內容，僅係對技術秘密載體，甚至是未承載技術秘密產品的流通。銷售者在該環節起到類似於管道的作用，並不涉及對技術秘密的實施，同時也不具備允許購買者實施該技術秘密的客觀行為與主觀認識，單純實施銷售行為顯然未落入反不正當競爭法第九條的規制範疇。

在艾利丹尼森公司、艾利（廣州）有限公司、艾利（崑山）有

限公司、艾利（中國）有限公司與四維企業股份有限公司、四維實業（深圳）有限公司侵害商業秘密糾紛管轄權異議案件¹⁸中，最高人民法院指出，銷售侵犯商業秘密所製造的侵權產品的行為並不屬於反不正當競爭法所列明的侵犯商業秘密的行為。使用商業秘密的過程，通常是製造侵權產品的過程，當侵權產品製造完成時，使用商業秘密的侵權結果即同時發生。

在上海天祥·健臺製藥機械有限公司與上海東富龍科技股份有限公司、廣州白雲山明興製藥有限公司等侵害技術秘密糾紛案件¹⁹中，上海知識產權法院認為，反不正當競爭法第九條所規定的“使用”應當指直接使用商業秘密內容本身，而不包括使用商業秘密生產製造出侵權產品並售出後，其他銷售商後續銷售以及購買者使用的行為。

（二）侵權責任法對銷售侵權產品行為的規制

前已述及，銷售行為是製造行為的自然延伸，在侵犯技術秘密的行為人存在製造、銷售等多個行為時，僅依製造行為即可追究其法律責任。在銷售商僅為銷售侵權產品行為時，其銷售行為原則上不受反不正當競爭法規制。但司法實踐中，仍有不少案件通過適用侵權責任法實現對此類行為的規制。

在崑山埃索托普化工有限公司、江蘇匯鴻國際集團土產進出口蘇州有限公司等與上海化工研究院侵害商業秘密糾紛案件²⁰中，一審法院認為，在侵權人埃索托普公司成立之前，匯鴻蘇州公司的法定代表人已參與埃索托普公司的籌備工作，在埃索托普公司成立之後，匯鴻蘇州公司與埃索托普公司又互有分工，埃索托普公司負責生產侵權產品，匯鴻蘇州公司負責銷售侵權產品，埃索托普公司的法定代表人又成為匯鴻蘇州公司的股東及董事。因此，匯鴻蘇州公司與本案其他被告具有共同的侵權故意，匯鴻蘇州公司在明知埃索托普公司生產侵權產品的情况下，仍然銷售侵權產品的行為，與其餘四名被告共同構成商業秘密侵權，五名被告應當承擔連帶賠償民事責任。該案經上海市高級人民法院二審審理後，維持原判。

在上海天祥·健臺製藥機械有限公司與上海東富龍科技股份有限公司、廣州白雲山明興製藥有限公司等侵害技術秘密糾紛案件²¹中，上海知識產權法院認為，生產商以外的其他銷售商銷售侵害商業秘密產品的行為不屬於擅自使用他人商業秘密的行為，而是在客觀上構成對使用商業秘密行為的幫助，即

正是基於後續的銷售行為才促成使用商業秘密損害後果的發生。因此,只有在銷售商明知其銷售的係侵害商業秘密的產品而仍然予以銷售的情況下,才可能承擔幫助侵權的民事責任。

綜合分析上述案件,當銷售侵權產品行為存在下列情形之一時,仍然可能構成侵權責任法上的共同侵權或者幫助侵權。一是銷售商與使用技術秘密行為的製造商之間存在特定關聯關係,如銷售商與製造商有共同的股東、高級管理人、實際控制人,或者銷售商與製造商存在分工合作等。此時銷售商與製造商的意志具有一致性,所實施的行為具有協同性。二是銷售商明知侵權產品係製造商使用以不正當手段獲取他人技術秘密製造的情況下,仍然予以銷售的。此時不僅要求客觀上銷售商的銷售行為對技術秘密的使用行為起到幫助作用,還要求銷售商主觀上明知或者應知其銷售的產品侵害他人技術秘密。

四、終端消費者使用 侵權產品行為的認定

對於終端消費者使用侵權產品的行為是否構成侵權,現行法律和司法解釋並未給出明確答覆,但司法實踐中已存在不少探索。通過分析這些案例,一般認為終端消費者使用侵權產品的行為不構成反不正當競爭法上的侵權。

在優鎧(上海)機械有限公司與上海路啓機械有限公司等侵害技術秘密糾紛上訴案件²²中,最高人民法院指出,既然銷售侵犯商業秘密所製造的侵權產品不屬於侵犯商業秘密的行為,那麼作為銷售後一環節的消費者使用侵權產品的行為更不屬於反不正當競爭法第十條所列明的侵犯商業秘密的行為,當被訴侵權產品製造完成時,使用技術秘密的行為即已發生。

在上海天祥·健臺製藥機械有限公司與上海東富龍科技股份有限公司、廣州白雲山明興製藥有限公司等侵害技術秘密糾紛案件²³中,上海知識產權法院指出,經營者購買侵害商業秘密產品進行使用時,侵權產品已經退出市場流通,並不涉及與其他市場主體進行市場競爭的問題,不論侵權產品使用人主觀上是否知道該產品涉嫌侵權,均不屬於反不正當競爭法調整的範疇。

其實,不僅是司法實踐的認定,不侵權的結論也可以從使

用侵權產品與使用技術秘密概念的厘清,終端消費者使用侵權產品行為的特徵、市場競爭秩序維護、預期後果等方面得到印證。

(一)使用侵權產品與使用技術秘密概念的厘清

使用侵權產品與使用技術秘密這兩個概念的認定直接影響到後續非製造者的其他銷售者銷售侵權產品的行為和終端消費者使用侵權產品行為的侵權認定,有必要加以分析和厘清。

顯然,使用技術秘密生產製造的侵權產品並不同於使用技術秘密,使用前述侵權產品的過程並不必然重現技術秘密的內容,因而使用侵犯技術秘密的產品也不一定等同於使用技術秘密。²⁴也即侵犯技術秘密糾紛中應當區分技術秘密的使用和產品的使用。若將兩者視為同一概念,則前述銷售行為即符合許可他人使用技術秘密行為的表現形式,終端消費者的使用行為也直接落入非法使用技術秘密行為範疇,此時技術秘密享有了類似於專利權的絕對權,顯然不符合立法初衷。

在青島市公用建築設計研究院有限公司與北京理正軟件股份有限公司、北京大成華智軟件技術有限公司侵害商業秘密糾紛案件²⁵中,北京知識產權法院認為,第一,從使用主體方面來講,青島公用建築設計院並非上述技術秘密的直接使用者,而是相關產品的終端用戶,其善意取得涉案軟件的所有權,不屬於反不正當競爭法第十條第二款規制情形中的“第三人”。第二,從主觀意圖方面來講,青島公用建築設計院在交易過程中盡到了合理注意義務,並不存在過錯。不能僅憑青島公用建築設計院曾經是理正公司的客戶,就認定青島公用建築設計院應當知曉大成華智公司開發的涉案軟件使用了理正公司的技術秘密。第三,從後續影響方面來講,青島公用建築設計院繼續使用涉案軟件不會影響理正公司的預期利益。青島公用建築設計院作為涉案軟件的購買者和消費者,在購買時並不知曉或應當知曉涉案軟件屬於侵犯他人技術秘密的產品,其通過招標程序從正常商業渠道獲得,並支付了合理對價,不需承擔侵權責任。

(二)終端消費者使用侵權產品的行為通常不構成反不正當競爭法意義上的使用行為

依據現行法律規定,結合終端消費者使用侵權產品行為的

特徵、市場競爭秩序維護、預期後果等方面來看，應對技術秘密的使用行為進行狹義限定，也即使用技術秘密的行為是使用技術秘密製造相關產品的行為，終端消費者對侵權產品的使用通常不構成對技術秘密的使用。

首先，基於現行反不正當競爭法的規定，使用行為很難擴張解釋到終端消費者的使用行為，如果司法判決認定需要終端消費者承擔使用侵權產品的侵權責任，則屬於法律擬制，而擬制是立法技術而非司法技術。

其次，從終端消費者使用侵權產品行為的特徵分析。如前所述，技術秘密的使用行為在侵權產品製造環節已經用盡，後續銷售、使用侵權產品的行為一般不構成反不正當競爭法意義上的使用行為。終端消費者對侵權產品的使用行為與製造者使用技術秘密的侵權行為並無法律上的直接因果關係，消費者的使用行為並未給予製造者以幫助，以便製造者實施製造行為，其與製造者不正當競爭優勢的取得缺乏直接的因果關係。即終端消費者的使用行為對於技術秘密損害後果的推動作用尚未滿足幫助行為的要求，兩者間不存在直接因果關係。

再次，從維護市場競爭秩序的角度來看。終端消費者購買侵權產品使用時，侵權產品已經退出市場流通，並不涉及與其他市場主體進行市場競爭的問題，不論侵權產品的使用者主觀上是否知道該產品涉嫌侵權，均不屬於反不正當競爭法調整的範疇。²⁶

最後，從預期後果出發。基於技術秘密的秘密性，如果讓終端消費者承擔侵權責任，則終端消費者需要背負極高的注意義務，這顯然是不合理的。且在現行法律制度下，權利人因終端消費者購買侵權產品而喪失的交易機會完全可以通過向製造者或者銷售者的追償來彌補。

因此，在現有的法律框架下，結合上述考慮因素，通常不應將使用技術秘密的行為擴張到終端消費者。

(三) 技術秘密的類型一般不影響對終端消費者使用行為的認定

一般情況下，技術秘密的類型不同也會導致其使用行為的表現形式存在一定差異。參考專利法中產品專利以及方法專利的分類，技術秘密依據其內容也可作出前述分類，也即內容表現為產品結構、原料、組分、配方、材料、樣品、樣式等的技術

秘密(以下簡稱“產品類技術秘密”)，和內容表現為產品製造的工藝、方法或其步驟的技術秘密(以下簡稱“方法類技術秘密”)。方法類技術秘密的使用行為顯然只能限定產品製造環節，後續銷售、使用環節均不再涉及技術秘密的重現。侵權產品上並未承載特定技術秘密，即並非技術秘密的載體。但若技術秘密體現為算法、數據、計算機程序及其有關文檔等信息，則其產品往往承載着相應技術秘密的載體，後續使用環節有可能再現技術秘密的實質內容。

但此時如果依照前述技術秘密具體內容的分類對其使用行為作出不同認定，極有可能導致終端消費者就侵權產品的使用行為是否侵權的認定也隨之變化。在實踐中，由於技術秘密的非公示性，除存在在先業務往來等特定情形，要求終端消費者判斷產品是否侵害他人技術秘密通常不具有合理性；若訴訟中技術秘密不明確還需法庭引導後逐步修正、加以明確技術秘密的內容則更難謂合理。

因而，在技術秘密使用行為的認定上，依據技術秘密類型的劃分對使用行為進行個案的認定不僅過分加重了終端消費者的負擔，且在司法實踐中也因難以準確區分而不具有可操作性。故無論是產品類技術秘密，還是算法、數據、計算機文檔等方法類技術秘密，對其使用行為原則上均應遵循相同的侵權認定規則。

五、小結

本文梳理、總結了侵害技術秘密糾紛中對於銷售、使用侵權產品的侵權判定思路及觀點，並且結合相關法律、司法解釋和法學理論，剖析了反不正當競爭法與侵權責任法對此類行為的侵權認定差異及審查思路。

1. 銷售侵權產品的行為原則上不構成反不正當競爭法意義上的侵權，但仍然可能通過侵權責任法規制。雖然銷售侵權產品的行為是製造行為的自然延伸，但是銷售行為並未觸及技術秘密的內容，僅係對技術秘密載體，甚至是未承載技術秘密產品的流通。從反不正當競爭法的法律規定以及保護的法益角度來看，該行為原則上不屬於反不正當競爭法中使用技術秘密的行為，不構成侵權。但是，對此類行為仍可通過侵權責任

法進行規制。當銷售商與使用技術秘密行為的製造商之間存在特定關聯關係，或者銷售商明知侵權產品係製造商以不正當手段獲取他人的技術秘密製造仍然予以銷售時，銷售者可能構成侵權責任法上的共同侵權或者幫助侵權。

2. 使用侵權產品的行為不構成侵權。使用技術秘密製造的侵權產品顯然不等同於使用技術秘密。技術秘密的使用行為在製造環節已經用盡，後續使用侵權產品的行為原則上不構成反不正當競爭法意義上的使用。而且，由於此時侵權產品已經退出流通市場，並不涉及與其他市場主體進行市場競爭的問題，不論侵權產品的使用者主觀上是否知道該產品涉嫌侵權，均不屬於反不正當競爭法調整的範疇。如果讓終端消費者承擔侵權責任，則終端消費者需要背負極高的注意義務，顯然不具合理性。■

作者單位：最高人民法院知識產權法庭

¹ 最高人民法院知識產權法庭2021年調研課題，課題組成員：傅蕾、左金鶴、陳律、鄭文思。

² 本文的侵權產品是指使用侵犯他人的技術秘密所製造的產品，且在銷售、使用該侵犯技術秘密的產品時，該技術秘密仍然不為公眾所知悉。而且，本文的侵權產品不包括其本身即為技術秘密的情形。若侵犯技術秘密行為所產生的直接結果為相關秘密點處於為公眾所知悉的狀態，而銷售使用相關技術工藝所生產的產品的行為發生在該技術工藝處於為公眾所知悉的狀態之後，則並非侵犯技術秘密行為所產生的直接結果，也不屬於本文所要討論的範疇。相關案例參見(2019)京73民初1717號民事裁定書，(2020)渝05民初855號民事裁定書，(2020)京73民初96號民事裁定書。涉及侵害商業秘密的管轄權異議糾紛中，也有不少裁定採納了前述觀點，也即商業秘密因前端的獲取及披露、使用行為喪失秘密性，則其後他人對處於公共領域的技術信息的使用也不再涉及對商業秘密的侵害。

³ 以技術秘密、商業秘密、侵權為關鍵字，檢索裁判文書網、法信中的各級人民法院裁判文書。

⁴ 王文敏：「反不正當競爭法中過錯的地位及適用」，《法律科學（西北政法大學學報）》2021年第2期，第178頁。

⁵ 孔祥俊：《反不正當競爭法新原理（原論）》，法律出版社2019年版，

第88頁。

⁶ 同上註，第101頁。

⁷ 參見2019年《反不正當競爭法》第九條，《商業秘密司法解釋》第八條、第九條。

⁸ 孔祥俊主編：《商業秘密司法保護實務》，中國法制出版社2012年版，第150頁。

⁹ 張玉瑞著：《商業秘密法學》，中國法制出版社1999年版，第510頁。

¹⁰ 最高人民法院：「《最高人民法院關於審理侵犯商業秘密民事案件適用法律若干問題的規定》的理解與適用」，2021年4月20日發佈。

¹¹ 孔祥俊著：《反不正當競爭法新原理（分論）》，法律出版社2019年版，第453頁。

¹² 程嘯著：《侵權責任法教程》（第三版），中國人民大學出版社2017年版，第116頁。

¹³ 參見張耕等著：《商業秘密法（第二版）》，廈門大學出版社2012年版，第236頁。

¹⁴ 參見(2020)最高法知民轄終16號民事裁定書。

¹⁵ 參見(2020)最高法知民終1101號民事判決書。

¹⁶ 參見(2019)最高法知民終562號民事判決書。

¹⁷ 參見範靜波：「商業秘密民事訴訟司法實務疑難問題探討」，訪問地址：https://www.sohu.com/a/434318008_99895431，最後訪問日期：2022年5月12日。

¹⁸ 參見(2007)民三終字第10號民事裁定書。

¹⁹ 參見(2016)滬73民初808號民事判決書。

²⁰ 參見(2005)滬高民三(知)終字第40號民事判決書。

²¹ 同註19。

²² 參見(2019)最高法知民終7號民事判決書。

²³ 同註19。

²⁴ 例如，在上訴人北京興廣餐飲管理有限公司與被上訴人包頭市市場監督管理局、原審第三人長沙海德餐飲管理有限公司其他知識產權行政糾紛案件中，最高人民法院認為，根據反不正當競爭法第十條的規定，侵害商業秘密的行為包括以不正當手段獲取、披露、使用或者允許他人使用商業秘密行為等侵權行為。據此，在經營中使用侵權產品的行為並不屬於該法所規制的侵害商業秘密的行為。詳見(2020)最高法知行終101號行政判決書。

²⁵ 參見(2018)京73民終1249號民事判決書。

²⁶ 同註19。