

论商业秘密的法律性质

宋惠玲

(大庆师范学院, 黑龙江 大庆 163712)

摘 要: 本文从多视角论述了商业秘密是财产权的法律性质, 同时指出商业秘密也是知识产权, 而且是特殊的知识产权。文章也探讨了商业秘密的定性对商业秘密保护选择何种法律的影响。

关键词: 商业秘密性质; 财产权; 特殊知识产权

中图分类号: D922.294

文献标识码: A

文章编号: 1007-8207 (2008) 09-0091-04

收稿日期: 2008-07-07

作者简介: 宋惠玲 (1962—), 女, 黑龙江省齐齐哈尔人, 大庆师范学院副教授。

基金项目: 本文系2005年度教育部人文社会科学研究一般项目“商业秘密法律保护制度研究”的阶段性成果, 项目编号: 05JD820058。

随着国内和国外市场越来越开放, 竞争形式也呈现多样性和复杂性。破坏市场竞争秩序的手段由原来主要是假冒竞争对手的产品来扩大自己的市场份额, 以节省企业管理、产品开发、市场营销等成本支出, 即“搭便车”, 转变为挖掘对手的人才和想尽一切办法获取对手的商业秘密使自己获得竞争优势, 排挤和打垮竞争对手。这使破坏市场秩序的行为更加隐蔽, 危害性更大。商业秘密的取得或丧失往往使某企业绝处逢生或走向灭亡。因此, 深入探讨商业秘密法律保护制度, 特别是明确商业秘密的法律性质, 对充分保障商业秘密权利人的利益, 维护商业道德和市场交易规则有积极意义。

围绕商业秘密到底是一种什么权利的回答就可以指明商业秘密法律性质。对商业秘密法律性质的研究所形成的不同观点, 一方面来自于各国立法例的实际, 另一方面也来自研究者对商业秘密所持的不同认识, 也与侵犯商业秘密选择什么法律进行救济更加有效有关。

一、商业秘密权是财产权

商业秘密权是财产权, 说明商业秘密权具有财产权的某些本质属性。财产权是一种可以与权利人的身份、人格相分离并具有一定的经济价值的民事权利。这些权利的一个显著特性是它能够以货币的形态出现或者能够换算为一定的货币, 譬如物权、债权和知识产权等等。作为财产权标的的自然界的某种资源、商品和知识产权等都具有价值和使用价值, 可以断定价值性是

财产权的本质属性和标志, 商业秘密权同样具有这种本质属性。商业秘密在性质上与作为知识产权的专利权、商标权和著作权存在许多相同的地方, 它们均为人类思维或者智慧活动的成果, 是一种智慧财产权, 也可以称为无形财产权或者无体财产权。

既然商业秘密权是财产权, 那么, 它就能够成为信托、让与、继承、遗赠和纳税的对象; 既然商业秘密是财产权, 那么, 商业秘密就可以成为买卖的标的, 并通过让与、买卖等形式从一个所有人转移到另一个所有人, 而这种转移更加强了商业秘密作为财产权显明特征的价值性; 既然商业秘密是财产权, 那么, 不法侵害窃取商业秘密应成立盗窃罪, 或认为盗窃是侵犯商业秘密不正当方法之一。按所谓以窃盗方法侵害商业秘密, 应系指意图为自己或第三人不法之所有, 乘人不知而窃取他人营业秘密的情形而言。例如: 甲公司雇用某社人员, 于下班后潜入竞争对手乙公司的办公室内, 窃取乙公司列为营业秘密的某产品设计规格图, 因为甲公司为获得乙公司营业秘密所采取的手段, 已该当刑法窃盗罪的构成要件, 故可认此种情形应构成本项之“不正当方法”。^{[1] (p100)} 日本则把窃盗商业秘密与窃盗其他有形财产一样对待。“且日本实物上对于不法窃得记录营业秘密之有体物后, 加以复制, 虽将该有体物返还, 仍认为行为人有不法所有之意思, 成立窃盗罪, 其所保护之法益为该有体物之利用可能性之一时排除, 因此其财产性不仅存在于该有体物之价值上, 且为含有营业秘密之财产价值”。^{[2] (p43)} 以此而论, 商业秘密

既具有价值性这个财产权的本质属性,又具备财产权的其他特点,它可以成为流转物、继承和遗赠的对象、课税的对象和作为资本进行投资等。从这个方面思考问题,商业秘密权与财产权有两点区分显露出来:一点是商业秘密权与财产权的标的的形态不同,商业秘密权的标的是一种信息,是无体财产,而财产权的标的除无体财产外,一般均为有体财产;一点是作为商业秘密标的的商业秘密处于保密状态,一般不被外界所知悉,不具有公开性或公示性,而作为财产权标的的一般财产,或者除商业秘密外的其他知识产权,除从个人隐私角度看所要进行的必要法律保护外,其财产权的标的具有公开性和公示性,不仅能被外界所知,而且涉及经济性质的纷争和具有经济性质的犯罪时,均可以通过侦察和调查的手段获知。

在承认商业秘密权具有财产权性质的前提下,围绕财产权的不同侧面讨论商业秘密的性质也形成了其他几种不同的观点。其一,财产利益说。该说认为,法律上并没有明确规定商业秘密是一种权利,而且商业秘密也不具有财产权的外表形式,商业秘密仅为一种营业信息和技术信息,是一种知识和经验,不是权利,而是法律应当保护的利益,另外,商业秘密与财产权相比存在许多特殊性,这样保护商业秘密法律制度和法律适用的选择也带有更多的复杂性,而讨论商业秘密性质时对此因素应当加以重视。其二,准物权说。该说认为,物权权利人在行使物权遭遇妨碍和干预时,可以自己请求和通过诉讼程序请求妨碍人作为或者不作为以排除妨碍,使权利人能够行使物权,而商业秘密权利人针对以不正当手段取得商业秘密的行为有防止侵害的请求权,其请求权在民事法律效果方面与民法中所规定的物权排除妨碍请求权没有什么两样,实际上等于法律赋予了商业秘密权准物权的地位。其三,准财产权说。该说认为,商业秘密可以确定具有某种类似于财产的性质,法律保护商业秘密的权利,是由不正当竞争法加以调整,而不是由财产法进行调整,以此否定商业秘密权为财产权,而承认其为准财产权。其四,财产价值说。该说认为,商业秘密具有竞争财产的价值,权利人对于商业秘密虽然不具有像有体财产那样支配权,但是,商业秘密具有流转性,可以给权利人带来竞争上的优势,权利人在事实上能够独占使用,在这一点上类似事实上财产的性质。其五,非财产权说。该说认为,商业秘密并不是财产权,因财产权是对世权,若是财产权,就等于承认权利人可以向不特定的任何人主张这种权利,而由于商业秘密的保密性,不特定的任何人无法得

知特定的权利人是谁和商业秘密的权利范围内容,因而,不特定的任何人难以对权利人承担什么义务。由于财产权是物权,是对物直接行使权利,而商业秘密很难想象能够作为物权的标的物。其六,相对财产权,该说认为,商业秘密可以确认为相对财产权,其相对财产权虽然是对不特定的任何人主张权利,但不特定的任何人的范围事实上是有限度的,在此仅指主观上出于故意,客观上使用不正当手段侵犯权利人商业秘密的人。上述有关商业秘密的财产性质的讨论,都从不同侧面并在一定程度上揭示了商业秘密的法律性质,使我们能够全面地认识和理解商业秘密的财产权性质。

商业秘密权固然具有财产权的性质,但它又与传统的财所有权有许多不同之处。其一,传统财产所有权人对所有物行使支配权是可以看得见的。商业秘密是信息,商业秘密权人对其行使支配权往往是看不见的。其二,财产所有权人对所有物享有的权利没有时间限制,时间的长短由所有权人决定。商业秘密权人对其商业秘密享有的权利,虽然从理论上说没有时间限制,但是当合同相对人违反合同约定,或者第三人以盗窃、胁迫和利诱等手段获取权利人的商业秘密并将其泄漏、利用或转给他人时,商业秘密的秘密性便不复存在,其价值也随之消失,商业秘密权人对其秘密的时间掌握相对传统财产权比较被动。其三,侵犯传统财产所有权的侵权行为,通过司法救济可以使所有物返还,恢复到侵权行为发生以前的状态,经济赔偿也可以抵消所有权人因被侵权所遭受的损失。而侵犯商业秘密权的侵权行为,虽然通过司法途径可以给商业秘密权人以司法救济,但是却不能恢复到侵权行为发生以前的状态了。其四,财产所有权人的所有物发生有形损耗使所有物价值处于波动状态,或者是递增或者是递减,所有人对所有物的价值没有准确的预期。商业秘密权人对其拥有的信息不发生有形的损耗,部分信息的价值由商业秘密权人决定,只要保密措施得当就可以使有价值的商业秘密一直存在下去,时间越久给权利人带来的利益可能越多。同时,部分商业秘密受社会因素的影响较大,科技的发展进步使以前有价值的商业秘密失去价值。不论是上述哪种情形,商业秘密价值的变化都不是由于其本身发生有形损耗造成的。

二、商业秘密权是特殊的知识产权

商业秘密信息作为智力劳动成果,信息的无形性和可感知性使它与知识产权相近,但又不同于传统知识产权。商业秘密信息与专利发明创造、商标、作品都属于人类智力劳动成果,其最基本的共同特征是无形

性。无形性是知识产权作为特殊的民事权利与传统财产权区分的理由，也是知识产权与商业秘密联系在一起的依据。商业秘密是看不见摸不着的技术信息和经营信息，其中技术信息与专利保护的发明创造基本一致，知识产权特征更突出。

商业秘密是特殊的知识产权。虽然从最基本的共性特征上可对将商业秘密“类聚”到知识产权体系，但是商业秘密与传统知识产权不同，商业秘密是一种特殊知识产权，主要表现为商业秘密权与知识产权的不同方面。

法律保护条件不同。专利、商标和著作权要得到法律保护，其内容必须公开。专利法所保护的发明、实用新型和外观设计在向专利局提交申请的文件有说明书、摘要及权利要求书等，其中发明申请的说明书要求把发明内容陈述足够完全，使同一领域一般技术人员能按说明书去实施发明。商标法要求商标申请人提交商标图样。著作权法保护的作品必须以一定的客观形式表现出来，使人通过感官直接或者通过仪器设备间接地看到、听到、触到的物质表现形式或非物质表现形式。商业秘密与专利、商标和著作权正好相反，其存在状态是不为公众所知悉，是“尚未披露的信息”，商业秘密不论以何种方式被公开，该权利将不复存在。“与传统的知识产权(专利权、商标权、版权)相比，商业秘密的权利人多了两项权利：制止他人披露，制止他人获得有关信息。如果说专利、商标、版权所覆盖的是公开信息的话，那么商业秘密则是保密信息。”^{131(p399)}

权利的取得方式不同。商业秘密权利人不需要向专门管理机关申请就可以得到法律保护，只要权利人的商业秘密未被公众所知并采取保密措施得当，商业秘密处于秘密状态其权利就自动产生并可以持续下去。传统知识产权除著作权以外，专利权和商标权的取得必须向国家专门管理机关提出申请，经该机关审查后确认符合法律规定方可取得相应的权利。

权利的排他性程度不同。商业秘密的秘密属性决定了两个或两个以上的人可能同时拥有相同或相近的商业秘密，并都受法律保护。同时商业秘密所有人无权禁止他人通过独立开发或反向工程的方法获得相同或相近的技术信息。由此可见，商业秘密具有相对性，相同或相近的商业秘密可能同时存在两个或两个以上的权利主体。与此相反，一项发明创造的专利权主体具有唯一性，两个或两个以上的人分别独立完成的发明创造只能授予最先申请的人。商标一经核准注册，商标权人即享有在注册商标范围内独占使用商标的权利，其他任何人未经商标权人许可在核准注册的商品上使

用与商标权人注册的商标相同或近似的商标是侵权行为，如果是驰名商标，商标权人还可以得到跨类别的保护。对于著作权人来说，法律虽然保护作品的独创性，允许内容相近似的作品同时自动取得著作权，但是，他人作品如果与著作权人的作品完全相同不具有独创性，这是抄袭行为，属于侵权。

权利存在的时间不同。商业秘密的保护时间不是法律明确规定的，其时间长短具有不确定性。只要商业秘密权利人愿意并采取得当的保密措施，商业秘密便会永远存在。商业秘密也可能由于以下三种原因使其丧失秘密性：一是商业秘密权利人放弃权利将商业秘密披露出去；二是因他人侵权行为导致商业秘密被泄露；三是商业秘密被先进的信息自然取代失去存在价值。而传统知识产权的保护期限都是法律明确规定的。在专利方面，发明专利权的保护期是20年，实用新型和外观设计专利保护期均为10年；商标权的法律保护期限是10年，但可以续展，续展的次数不受限制；著作权的保护期为作者有生之年加作者死后50年。由于技术的开发利用和进步时时进行，对知识产权的保护只能采用法律的相对保护原则，就是法律既承认垄断技术，又希望打破垄断。

法律保护的客体不同。商业秘密作为技术和经营等信息，在未被侵权的违约行为侵害之前，法律保护商业秘密不被他人所知悉，实质上法律保护的是权利人的独占使用和权利人与其他关系人的共同使用。商业秘密一经因侵权等行为被他人得知或者披露，就丧失了秘密性，也就变成了“公共领域的公共产品”，这时法律所保护的客体不再是商业秘密信息不被他人使用，所要保护的是权利人因商业秘密的披露而丢掉的竞争优势及其因丢掉竞争优势等而给权利人造成的经济损失。而知识产权发生侵权行为前，法律保护其专利权、商标权和著作权人的权利，发生侵权行为后，权利人在获得经济补偿后，法律仍将继续保护知识产权不被他人侵害。

法律保护的范围不同。商业秘密指的是什么，有概括式的定义方法，例如我国《反不正当竞争法》第10条第2款的规定(上述)，有列举式的定义方法，例如美国《统一商业秘密法》第1条规定：“商业秘密意为特定信息，包括配方、样式、编辑产品、程序、设计、方法、技术或工艺等：由于未能被可从其披露或使用中获得经济价值的他人所公知，且未能被其用正当手段已经可以确定，因而具有实际或潜在的独立经济价值，是在特定情势下已尽合理保密努力的对象。”^{141(p134)}由于商业秘密范围的复杂性，这些定义方法不能把所有的

商业秘密都纳入到法律保护之下,所以在定义中都强调了商业秘密的构成要件,表明列举出和没有列举出的商业秘密符合商业秘密的构成要件就是商业秘密可以得到法律保护,这样扩大了商业秘密的保护范围,也使商业秘密的保护范围在某种程度上具有不确定性。对专利、商标和著作权来说,它们都有明确的法律保护范围。根据《专利法》第56条规定:“发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准,说明书及附图可以用于解释权利要求。外观设计专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的该外观设计专利产品为准。”依《商标法》第51条规定:“注册商标的专用权,以核准注册的商标和核定使用的商品为限。”对于作品“我国著作权法并没有要求未经许可抄袭著作权作品的全部,才能构成侵权。什么是抄袭,这是一个事实和程度的问题。如果侵权的作品并不是原模原样地抄袭著作权作品的,法院必须考虑抄袭达到什么程度,才构成侵权。一般是,如果被控告侵权的作品与著作权作品达到这样一种相似的程度,一般人看了之后都说被控告侵权的作品是抄袭著作权作品的,换言之,抄袭了著作权作品的基本特征和实质部分。如果其他条件具备,也就足以构成侵权”。^{[5] (p144-146)}这表明我国法律对作品虽然没有象发明和商标一样划定确定的范围,但在保护力度上更加严格,它不仅对原封不动地复制作品行为视为侵权,而且对超出合理引用作品的行为也视为侵权。

三、商业秘密的性质对立法选择的影响

讨论商业秘密的法律性质既是为了更好地保护权利人的利益,也是为了进一步确定商业秘密法律地位,从而制定商业秘密法律保护制度。商业秘密产权理论的初步确立对一些国家和地区立法产生重要影响,表现在通过制定专门商业秘密法律,加强对商业秘密的保护。1979年美国统一州委员会制定了《统一商业秘密法》,在此基础上,1996年美国国会又制定了《反经济间谍法》,其中第90章全部是保护商业秘密的内容,侵犯商业秘密构成“经济间谍罪”和“侵夺商业秘密罪”,加大了侵权人的法律责任。加拿大和英国也通过单独立法的形式分别颁布《统一商业秘密法》(草案)和《英国国会法律委员会关于违反保密义务的法律草案》。我国

台湾地区也于1996年颁布并开始实施《营业秘密法》即商业秘密保护法,这是台湾理论界和实务界认识到“以民事法规、刑事法规作为营业秘密侵害之救济,确有其不足之处,……而依公平交易法……虽有加强营业秘密之保护,但仍有许多缺漏”^{[6] (p15)}的情况下,采用了英美法系国家的立法体制制定了保护商业秘密法律。

《反不正当竞争法》是我国在1993年刚刚确立实行市场经济不久而颁布的市场管理法律规范。该法将侵犯商业秘密行为作为法律禁止的11种不正当竞争行为之一。此后,国家工商行政管理局制定了《关于禁止侵犯商业秘密的若干规定》。最高人民法院于1995年发布了《关于正确处理科技纠纷案件的若干问题的意见》,也是各级人民法院处理商业秘密合同纠纷等侵权案件的重要依据。我国刑法典分则第3章第7节第219条将侵犯商业秘密视为侵犯知识产权罪。在我国经济较发达的地区也制定了地方保护商业秘密的法规,例如,深圳第二届人大五次会议通过的《深圳经济特区企业技术秘密保护例》,珠海市第四届人大二十五次会议通过的《珠海企业技术秘密保护条例》。上述法律、司法解释、部门规章及地方性法规在上世纪九十年代的陆续颁布,反映出随着我国市场的开放,人员流动加快,因侵犯商业秘密而引发的纠纷日益增多,而现有的商业秘密法律保护制度已不能适应经济发展需要,所以才不断出台不同层次的法律法规弥补法律过于抽象、概括和不易操作的不足。这种情况也容易造成相同和相似的案件不同地区导致不同的判决结果,不利于保护商业秘密权利人的利益和市场健康发展。我国已成为世贸组织成员,商业秘密的财产权性质也已经为我国所接受。我国应当制定与专利法、商标法和著作权法并列的专门保护商业秘密的法律制度。

参考文献

- [1] 谢铭洋,古清华,丁中原,张凯娜.营业秘密法解读[M].北京:中国政法大学出版社,2003.
- [2] [6] 徐火明主编.徐玉玲著.营业秘密的保护[M].台湾:三民书局股份有限公司,1993.
- [3] 郑成思.知识产权法[M].北京:法律出版社,2005.
- [4] 唐海滨.美国是如何保护商业秘密的[M].北京:法律出版社,1999.
- [5] 汤宗舜.著作权法原理[M].北京:知识产权出版社,2005.
- [6] 徐火明主编.徐玉玲.营业秘密的保护[M].台湾:三民书局股份有限公司,1993: 15.

(责任编辑:张雅光)

On the Legal Nature of Commercial Secret

Song Hui-ling

Abstract: Indicative abstract: This article demonstrates that commercial secrets are the legal nature of the right of properties. It also indicates that commercial secrets are intellectual properties and are special ones. It discusses the influence which the qualification of commercial secret will put on the selection of commercial secret's protection.

Key words: nature of commercial secret; right of property; special intellectual property