

# 商业秘密竞争法保护的判例考

于连超\*

【内容提要】在我国，商业秘密是通过竞争法获得保护的。《反不正当竞争法》对商业秘密保护问题只是做了原则性规定，但司法实践中的一系列判例实际上已经形成了某些确定化的规则。在路径方面，有合同法法理路径和侵权法法理路径；在程序方面，已经确立了举证责任倒置以及管辖权规则；此外，划定了商业秘密的保护界限。这一对司法实践的归纳，不仅使我们对这一复杂的不正当竞争行为有更加清晰和深刻的认识，更会使这一归纳性认识对司法实践具有指导意义。

【关键词】商业秘密 反不正当竞争法 司法判例 最高人民法院公报

与专利相比，商业秘密具有无需向社会公开、客体范围广泛、不受地域限制等诸多优势特征，另一方面也存在他人通过诸如自主研发、反向工程等途径而获得但无需支付使用费的风险。也正因为如此，经营者会依据反向工程的难易程度、获得利益时间的长短、取得专利权的可能性等因素来选择对一特定新技术的保护与利用策略。专利已为大多数国家专门立法保护，对于商业秘密的保护也有部分国家采单独立法例。在我国，商业秘密是通过《反不正当竞争法》获得保护的。虽然《反不正当竞争法》对商业秘密保护问题只是做了原则性规定，但司法实践中的一系列判例实际上已经形成了某些确定化的规则。

## 一、商业秘密的不同保护路径

### （一）合同法法理路径

商业秘密的合同法法理保护路径重点强调合同双方当事人的特殊关系，如雇

---

\* 于连超——武汉大学法学院经济法学专业博士研究生，主要研究方向：知识产权法与竞争法。

佣关系、承揽关系等。因合同双方当事人之间的特定关系，赋予对方当事人以特定的保密义务，保密义务的违反就意味着合同履行的失败。

厦门市粉末冶金厂诉厦门市开元区横竹金属制品厂商业秘密侵权案<sup>1</sup>是我国《反不正当竞争法》在1993年颁布实施以后首例刊登于《最高人民法院公报》的按照商业秘密侵权处理的案件。本案最大的贡献在于认定作为知悉商业秘密的企业职工负有保守商业秘密的特殊义务。商业秘密具有保密性、价值性和实用性的特征。而本案所争议的“烧结青铜多孔元件技术”显然具有价值性和实用性。对于保密性，一般认为是商业秘密客观上不为公众所知悉，且权利人主观上也采取了相应的保密措施。本案被告以权利人已将“烧结青铜多孔元件技术”的废旧模具出售给废品公司为由认为该技术已经丧失了保密性，即已成为公开技术。一般认为，从已知资料和公开市场采取合法的反向工程等方式获得与他人商业秘密相同或实质相同专有技术的不构成侵权。根据本案被告的诉称，被告的行为是属于通过反向工程这一途径获得与权利人商业秘密相同的“烧结青铜多孔元件技术”的。但是，“烧结青铜多孔元件技术”作为全国范围独一无二的专业性技术并非一般公众所能知悉并且采反向工程获得的。恰是被告原为权利人的工作技术人员，对于该技术已十分知情，才使得被告利用这一优势而得逞。在非一般公众所能为，且权利人与其技术工作人员有保守商业秘密的约定的情况下，应当认定该技术并未因此而丧失保密性。故法院判决，被告不侵权的抗辩理由不能成立。有学者认为这一判决具有依据合同法理论保护商业秘密的特征。<sup>2</sup>的确！知悉商业秘密的技术人员要比一般性公众负有更严格的保密责任，因为知悉商业秘密的技术人员已经与权利人之间具有一种明示或默示的保密合同。

对于商业秘密的这一保护路径在其后的北京斯威格—泰德电子诉北京市银兰科技及刘永春等人不正当竞争案<sup>3</sup>和北京中锐文化传播诉北京零点市场调查与分析公司不正当竞争纠纷案<sup>4</sup>都有表现。在后一判例中，被告虽然抗辩称，其所公布的数据并非从原告的调查中直接取得，而是通过另外调查所得的，因此其公布的数据内容并不构成侵犯商业秘密。但是法院并未采信其主张。原因在于，在合同订立之初被告明知可以通过其他的调查途径获得调查数据的情况下，还要承诺承担保密义务，这说明被告在主观上愿意承担这样的义务。而后来被告违反这种保密约定，却以该种调查数据是通过其他的方式获得为由抗辩，显然是难以成立

1 《最高人民法院公报》1995年第1期。

2 郑成思著《知识产权——应用法学与基本理论》，人民出版社2005年版，第190页。

3 《最高人民法院公报》1998年第3期。

4 《最高人民法院公报》1999年第3期。

的。被告的行为构成了《反不正当竞争法》第 10 条第一款第（三）项的规定的侵犯商业秘密行为，即被告行为违反的是约定义务。依合同法原理，在违约情况下，被告享有的抗辩只能是不可抗力和公共利益。而本案的典型性就在于依据合同关系承担的保密义务，作为承担保密义务的一方当事人如果此前已经获得该商业秘密，无权再将已经获得的商业秘密予以公开。

## （二）侵权法法理路径

商业秘密的侵权法保护具有在保护对象上更加灵活，在禁止侵权的禁令方面适用“扣除领先时间（lead time）原则”等特点。另外，不同于合同法法理保护商业秘密的特点，侵权法在权利义务主体上的范围更加广泛。TRIPS 协议第 39 条第二款规定“只要有关信息符合下述三个条件，……则自然人和法人均应有可能禁止他人未经允许以违背诚实商业行为的方式，披露、获取或者使用出于其合法控制下的信息。”这表明，一方面商业秘密保护上的权利人不一定是其所有人，只要是合法控制人或者享有商业秘密的人即可为权利人，享有停止侵权、请求赔偿的诉权。另一方面，商业秘密保护上的义务人也不局限于合同相对人，而是任何可能侵犯商业秘密的人，此意义上的商业秘密更具有对他效力。

侵权法法理路径保护商业秘密的一些特点在富士宝家用电器诉家乐仕电器专利侵权及侵犯商业秘密纠纷案<sup>5</sup>中有充分表现。首先，被告辩称原告的客户名单已经公开，法院则认定原告客户名单的部分公开并不必然导致尚未公开的部分也随之解密。此举不仅保护系统化、体系化的商业秘密，而且也对零散化且有用价值周期时间较短的保密信息予以保护。其次，我们也注意到法院判决认为，被告家乐仕在判决生效后二年内不得利用原告富士宝公司的经营信息、销售网络销售与原告富士宝公司专利相同的产品。这一判决便消除了被告相对于同业内其他经营者在知悉原告的销售网络这一经营信息方面的领先时间。而两年之后，当原告这一商业秘密已公开而被同业内所有经营者所知悉时，被告得与其他经营者同时使用这一销售网络。应当认为，扣除领先时间原则是商业秘密侵权禁令的鲜明特色。

5 《最高人民法院公报》1999 年第 2 期。

## 二、商业秘密竞争法保护的程序问题

### （一）举证责任倒置规则

民事诉讼举证责任奉行“谁主张，谁举证”的一般规则。依此，在商业秘密侵权诉讼中，商业秘密权利人除证明自己拥有一定的商业秘密且被诉侵权人相应技术与自己的商业秘密相同或实质相同外，还应证明被诉侵权人的相应技术是通过不正当侵权手段获得的。对于前一个问题，权利人是较容易举证的，而对于后一问题的直接性证据为权利人难以获取。因为，商业秘密不具有法律上的独占性和排他性，且同一商业秘密也可为多个主体所有，他人也可通过诸如自主研发、反向工程等手段获得。民事程序法对在原告难以获得证据的特殊情况下也规定了适时采取举证责任倒置。佛陶集团股份陶瓷研究所诉金昌陶瓷辊棒厂非专利技术秘密侵权纠纷案<sup>6</sup>在商业秘密侵权中举证责任的承担规则上有重大突破。本案就商业秘密侵权的成立采取了举证责任倒置。即原告一方面已经证明其拥有“冷等静压精细陶瓷辊棒”生产技术的商业秘密且被告也拥有了相同技术，另一方面原告也证明了被告重新雇用了原在原告处工作知悉该商业秘密的职工的情形。原告的举证责任到此为止，法院又把举证责任推向了被告，即被告得证明其获得与原告商业秘密相同技术的正当性。被告金昌厂虽然提出所争议技术是其将公开技术经自己消化、摸索而获得的作为抗辩理由，但被告只提供了公开技术资料，而没有提供依据哪些已知技术进行了哪些研制，以及具体研制的时间、地点等细节性证据。于是，法院判决被告抗辩不侵权的理由不成立。

我国立法对商业秘密侵权的举证责任倒置问题虽没有具体性规定，但司法实践已对此作了很多探索。学理上已经提出“接触+相似”的商业秘密侵权判断原则。<sup>7</sup>值得一提的是，随着类似案件的普遍化增加，这种趋势也日益明显化和确定化。例如，国家工商行政管理总局于1998年修订的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第5条第三款对商业秘密侵权的举证责任倒置问题作了详细规定。

### （二）管辖权问题

司法实践中，案件由何地法院管辖已经成为诉讼当事人关注的首要问题。案

6 《最高人民法院公报》1995年第4期。

7 张玉瑞著《商业秘密·商业贿赂：法律风险与对策》，法律出版社2005年版，第177页。

件一旦诉至法院后，双方就可能为争夺有利于己的管辖法院而展开斗争，即所谓“管辖权之战”，其实质是管辖利益之争。由于案件的原告掌握选择权，处于主动的地位，而被告处于被动的地位，基于利益对立的现实，被告的自然反应就是对原告管辖法院的选择提出异议，而我国法律也给予了被告这样的反对或防御手段——管辖异议权。<sup>8</sup>

根据《反不正当竞争法》第10条的规定，销售侵犯商业秘密所制造的侵权产品并不属于该法所规定的侵犯商业秘密的行为。通常情况下，使用商业秘密的过程就是制造侵权产品的过程，当侵权产品制造完成时，使用商业秘密的侵权结果即同时发生。因此，使用商业秘密的行为实施地和结果发生地通常是重合的。在四维实业公司诉艾利丹尼森公司侵犯商业秘密纠纷管辖权异议案中，最高人民法院认定，不宜将侵权产品的销售地视为使用商业秘密的侵权结果发生地。

### 三、商业秘密保护的界限

2007年最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第13条第二款规定“客户基于对职工个人的信赖而与职工所在单位进行市场交易，该职工离职后，能够证明客户自愿选择与自己或者其新单位进行市场交易的，应当认定没有采用不正当手段，但职工与原单位另有约定的除外。”山东省食品进出口公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司不正当竞争纠纷案<sup>10</sup>的二审就表达出这样的判断理念：在既没有违反竞业禁止义务，又没有侵犯商业秘密的情况下，行为人运用自己在原用人单位学习的知识、技能为其他与原单位存在竞争关系的单位服务的，不属于《反不正当竞争法》规定的不正当竞争行为。二审法院判决认定了以下两点：一是交易机会不属于商业秘密的范围。二是交易机会的获得应以正当竞争手段为之。

#### （一）交易机会不属于商业秘密范围，而是市场竞争的目标所在

本案中原告、被告等经营海带贸易的经营者对日出口的交易机会不是知识产权法律保护的客体，而只是一种商业机会，一种在市场竞争中获得的优势地位。

8 张卫平“管辖权异议：回归原点与制度修正”，载《法学研究》2006年第4期。

9 《最高人民法院公报》2009年第8期。

10 《最高人民法院公报》2009年第9期。

交易机会的获得是经营者经过长期努力，并击败其他竞争者的结果。原告能够长期稳定地获得这一商业机会，既取决于其在所属区域内经营海带出口业务的优势，也体现了其在对日出口海带贸易中的良好企业信用。这种每年固定得到一定数量对日出口海带配额的机会属于竞争关系中的有利条件，山东食品进出口公司依据这种有利条件取得了竞争优势。山东食品进出口公司获得的这种竞争优势是通过公平方式获取的。需要指明的是：这种竞争优势并非其他市场经营者不能获得。后来，被告获得该交易机会，导致了原告山东食品进出口公司获得的海带出口配额因此随之减少，被告获得该交易机会的行为由此给原告造成了损害。但竞争本身是经营者之间互相争夺交易机会的行为，在交易机会的得失之间，往往会给竞争对手造成损害。这种损害虽然是构成不正当竞争行为的必要条件，但不是充分条件，仅仅造成损害并不必然构成不正当竞争。

## （二）交易机会获得的方式问题

### 1. 是否违反了竞业禁止义务

竞业禁止可分为法定竞业禁止和约定竞业禁止。前者如我国《公司法》第149条规定，董事、高级管理人员不得自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。后者如我国《劳动合同法》第23条规定，用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

在此案中，原告山东食品进出口公司与被告马达庆没有关于限制马达庆离职后从事具有竞争关系的业务的竞业禁止约定。马达庆离职后有从业的自由，即使在离职后使用其在职期间积累的对日出口海带贸易经验从事竞争性业务，原告也无权予以制止。

### 2. 是否违背了公认的商业道德

公认的商业道德是指在长期的市场交易活动中形成的，为社会所普遍承认和遵守的商事行为准则。二审法院认定被告获得交易机会的方法并没有违背公认的商业道德。

被告马达庆在为圣克达诚公司争取经营出口海带贸易时，明确表示其代表圣克达诚公司，没有利用山东食品进出口公司的名义，即不存在马达庆借原告之名而搭便车的嫌疑。中粮集团、日本北海道渔联明知马达庆已经离开山东食品进出口公司，并基于对马达庆个人的信赖而给予圣克达诚公司贸易机会。因此，在离

开山东食品进出口公司后，马达庆以正当的方式，帮助圣克达诚公司获取了贸易机会，不违反诚实信用原则，其行为不具有不正当性，属于正当竞争。

其实，在保护经营者商业秘密与保障劳动者择业自由之间一直存在紧张的关系。司法政策也一直对这一问题予以关注，并做出了最基本的判断标准和审判原则。2009年最高人民法院《关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》指出：要加强商业秘密司法保护，保护企业权益和职工择业自由，保障商业信息安全与人才合理流动。依法制裁窃取和非法披露、使用他人商业秘密的行为，保护企业商业秘密权益，引导市场主体依法建立健全商业秘密管理制度。妥善处理保护商业秘密与自由择业、涉密者竞业限制与人才合理流动的关系，维护职工合法权益。对于既不存在商业秘密、又不存在法定和约定竞业限制的竞争领域，不能简单地以利用或损害特定竞争优势为由，适用反不正当竞争法的原则规定认定构成不正当竞争。

#### 四、结 语

判例不仅是法的最初表现形式或渊源，而且是法赖以生长的依托物。只有通过它，并通过相似又有区别的反复出现的同类案件，这种特殊的解决纠纷的原则和办法，才能日益成熟和变成一项正式的法的规则。<sup>11</sup>的确如此！霍贝尔甚至认为，只有案例方法才能导致真正的法理学。其实，位于法律适用一线的司法者要比那些远离司法实践的立法者更懂得法律在实际运用中所遇到的问题 and 解决的方法。相对于立法者而言，法官具有“造法”的天然优势。《反不正当竞争法》只对商业秘密的保护问题作了抽象的原则性规定，而其在司法实践中的表现形式是十分复杂且认定是十分困难的。但是，通过梳理多年累积的司法判例，我们得以归纳总结出相应的司法认定规则。相信，这不仅使我们对这一复杂的不正当竞争行为有更加清晰和深刻的认识，更会使这一归纳性认识对司法实践具有指导意义。

---

11 严存生 “判例与法的发展”，载《判例与研究》1995年第3期。