

# 侵犯商业秘密行为的法律救济

杜 军

(西南政法大学, 重庆 400031)

**摘 要:** 本文结合有关商业秘密的立法和司法实践, 对侵犯商业秘密行为的认定、举证责任的分担、保全措施及法律救济措施的适用等问题进行了深入探讨。

**关键词:** 商业秘密; 侵犯商业秘密行为; 法律救济  
中图分类号: DF 523 文献标识码: A

## 一、侵犯商业秘密行为的认定

侵犯商业秘密的行为是指以盗窃、利诱、胁迫或其他不正当手段获取权利人的商业秘密, 或者非法披露、使用权利人的商业秘密的行为。

根据《反不正当竞争法》和《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》, 侵犯商业秘密行为有以下几种具体表现形式。

### 1. 采取不正当手段获取商业秘密的行为

《反不正当竞争法》第10条第1款第1项首先禁止“以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密”。这项禁止他人对商业秘密的不正当获取, 即获取行为本身就是违法的, 是否披露、使用在所不问, 也不影响违法性的认定。根据《反不正当竞争法》的规定, 获取商业秘密的不正当手段主要是盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段。所谓盗窃, 通常是指秘密窃取权利人的商业秘密。所谓利诱, 是指以给付物质利益或其他利益的方式引诱了解商业秘密的雇员、合营者、顾问及其他知情人员告知其商业秘密, 实践中以高薪为诱饵通过挖走知情雇员而取得商业秘密的较为多见。所谓胁迫, 是指对商业秘密的权利人及其雇员、合作人及其他知情人本人或与知道商业秘密者有关的亲属等其他人的财产或人身造成损害为要挟, 迫使商业秘密的知情人交出商业秘密。所谓其他不正当手段是指除盗窃、利诱、胁迫三种手段以外, 违背商业秘密权利人的意愿, 获取权利人商业秘密的其他违法手段。随着现代科技的高速发展, 利用各种技术手段窃取他人商业秘密已经成为一种越来越普遍的现象, 如计算机窃密、电磁波窃密、照像机窃密、电话窃听、高空摄影、远距离激

光扫描等等。不正当手段正是对纷繁的非法获取商业秘密现象的高度抽象和概括。

### 2. 非法披露商业秘密的行为

披露是指未经权利人许可或者违反保密义务的规定或约定而向他人扩散商业秘密, 包括在要求对方保密的条件下向特定人、少部分人透露商业秘密以及向社会公开商业秘密。非法披露商业秘密的侵权行为主要有二种表现形式: 一是不正当获取人将非法获取的商业秘密向他人扩散。这类行为是侵犯商业秘密行为的继续。二是权利人以外的人违反约定的保密义务或权利人的保密要求, 将其通过正当手段或合法途径取得或知悉的商业秘密披露给他人。这种情况下, 尽管行为人对商业秘密的获取是合法的, 但行为人同时负有保密义务, 行为人的披露行为就是违反这种约定或权利人要求的保密义务而具有违法性。

### 3. 非法使用商业秘密的行为

非法使用是指行为人未经权利人同意或违反约定将其获取的商业秘密在各种有用的场合加以运用。其可能用于生产, 也可能用于经营或销售及其他方面, 但不管用于什么场合, 不影响侵权行为的成立。非法使用既包括非法自己使用, 也包括非法允许他人使用。

### 4. 第三人的侵权行为

第三人是指直接获得权利人商业秘密的行为人以外的人。在侵犯商业秘密行为中, 商业秘密权利人为第一人; 而直接获得权利人商业秘密的行为人为第二人, 第二人包括以不正当手段获取、使用或者允许他人使用的行为人, 以及虽通过正当途径获得商业秘密但违反保密约定或要求而披露、使用或允许他人使用其所掌握的商业秘密的行为人。第三人善意第三人与恶意第三人之分。善意第三人是指不知且不应该知道(即其不知并无重大过失)第二人违反《反不正当竞争法》第10条第1款的违法行为

收稿日期: 1999-12-04

作者简介: 杜军, 西南政法大学法学一系副教授。

而获取、使用或者披露他人的商业秘密的人。善意第三人不知且不应该知道第二人的行为违法,因此善意第三人获取、使用、披露他人商业秘密的行为不具有违法性,不应承担法律责任。恶意第三人是指明知或者应知第二人违反《反不正当竞争法》第10条第1款的违法行为不仅没有制止或向有关机关举报,反而实施获取、使用、披露他人商业秘密的人,恶意第三人的行为的社会危害性实质上同第二人的行为一样,也是对权利人商业秘密的侵犯。明知是一种恶意(故意)状态,应知(应当知道而因重大过失而不知道)是一种重大过失的主观状态,在私法理论上,重大过失与故意产生相同的法律后果,因此,《反不正当竞争法》将恶意第三人的明知行为和应知行为同等对待,以侵犯商业秘密行为论。

侵犯商业秘密行为的认定实行举证责任倒置和法律推定。

《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第5条规定:“权利人(申请人)认为其商业秘密受到侵害向工商行政管理机关申请查处侵权行为时,应当提供商业秘密侵权行为存在的有关证据。被检查单位和个人(被申请人)及利害关系人、证明人,应当如实向工商行政管理机关提供有关证据。权利人能证明被申请人所使用的信息与自己的商业秘密具有一致性或者相同性,同时能证明被申请人有获取其商业秘密的条件,而被申请人不能提供或者拒不提供其使用的信息是合法获得或者使用的证据的,工商行政管理机关可以根据有关证据认定被申请人有侵权行为。”这一规定确立了认定侵犯商业秘密行为的举证责任倒置和法律推定原则。在认定商业秘密侵权行为中,“被申请人所使用的信息与自己的商业秘密具有一致性或相同性”以及“被申请人有获得其商业秘密的条件”就是推定侵权行为的两个前提事实;被申请人对其取得或使用商业秘密的合法性进行举证是程序上举证责任的倒置,如果被申请人对此拒不举证或虽举证但不能证明其取得或使用商业秘密具有合法性,则根据相关证据推定被申请人有侵权行为,而依法应承担侵权责任。值得注意的是,在认定和处理侵犯商业秘密行为时,先处理机关的行政处罚决定书或判决书所确认的事实都可以具有预定证据效力,后处理机关可以直接承认其证据效力。这就赋予了被申请人举证责任特别重要的意义。如果被申请人不能举证或不能证明自己的行为不侵权,那么其侵权的法律推定成立,他就可能受到行政、民事甚至是刑事制裁。

根据《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第6条的规定,对被申请人违法披露、使用、允许他人使用商业秘密将给权利人造成不可挽回的损失时,权利人出具自愿

对强制措施后果承担责任的书面保证后有权请求工商行政管理机关采取保全措施,扣留被申请人以不正当手段获取权利人的载有商业秘密的图纸、软件及其他有关资料;责令被申请人停止销售使用权利人商业秘密生产的产品。

## 二、侵犯商业秘密行为的法律救济

对侵犯商业秘密行为,各国都采取了不同的法律救济方法,美国《侵权行为法第一次重述》第757条以及《统一商业秘密法》第2条和第3条赋予商业秘密所有人请求发布禁令、损害赔偿及其他积极作为的权利(如要求责令返还载有商业秘密的文件等资料,销毁用盗窃的商业秘密生产的产品或设备等)、请求给付律师费和支付合理使用费等法律救济方法,商业秘密所有人可选择适用或合并请求。美国统一商业秘密法没有规定侵犯商业秘密行为的刑事责任,联邦刑法也没有直接处罚侵犯商业秘密犯罪的规定,只有少数州对不正当取得商业秘密行为的刑事责任有特别规定,且按盗窃论处。德国对侵犯商业秘密行为的法律救济一直以刑罚处罚为主,日本不正当竞争防止法规定的对侵犯商业秘密的法律救济方法主要是请求停止行为和损害赔偿。

根据我国现行法律的规定,具体的救济措施包括:责令停止违法行为、罚款、赔偿损失和追究刑事责任。

### (一)责令停止违法行为

责令停止违法行为是对侵犯商业秘密行为的重要的行政处罚方式之一。《反不正当竞争法》第25条规定:“违反本法第10条规定,侵犯商业秘密的,监督检查部门应当责令停止违法行为”。《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第7条规定:“违反本规定第3条的,由工商行政管理机关依照《反不正当竞争法》第25条的规定,责令停止违法行为,……工商行政管理机关在依照前款规定予以处罚时,对侵权物品可以作如下处理:(一)责令并监督侵权人将载有商业秘密的图纸、软件及其他有关资料返还权利人;(二)监督侵权人销毁使用权利人商业秘密生产的流入市场将会造成商业秘密公开的产品。但权利人同意收购、销售等其他处理方式的除外。”“责令并监督侵权人将载有商业秘密的图纸、软件及其他有关资料返还权利人”以及“监督侵权人销毁使用权利人商业秘密生产的流入市场将会造成商业秘密公开的产品”是责令停止违法行为的具体形式。制裁侵犯商业秘密行为,首当其冲的是防止商业秘密公开,并迅速制止正在继续的侵害商业秘密行为。因此,除非商业秘密已经公开,只要侵害行为正在继续,都必须首先采取责令停止违法行为的处罚方式,以干净彻底地阻止侵权人继续实施侵犯商业秘密行为,消除侵害商业秘密的隐患。

## (二) 罚款

根据《反不正当竞争法》第 25 条和《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第 7 条的规定, 对侵犯商业秘密的行为工商行政管理机关(或监督检查部门)可以根据情节处以 1 万元以上 20 万元以下罚款。罚款是工商行政管理机关依法适用的行政处罚方法, 属于保护商业秘密的行政措施之一。根据法律规定, 罚款与责令停止违法行为可以同时并用。其中责令停止违法行为是应当也是必须适用的行政措施, 而罚款则不是必须适用的, 是否罚款以及罚款多少应根据侵权人侵犯商业秘密的情节(如侵权手段的恶劣程度、商业秘密的经济价值大小、侵害后果的严重程度、侵权人是否采取了补救措施等)来决定。

## (三) 损害赔偿

《反不正当竞争法》第 20 条规定: “经营者违反本法规定, 给被侵害的经营者造成损害的, 应当承担赔偿责任, 被侵害的经营者的损失难以计算的, 赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润; 并应当承担被侵犯的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。”该规定适用于包括侵犯商业秘密行为在内的所有不正当竞争行为的民事责任, 且属于对此类民事责任的特别规定。《合同法》第 43 条规定: “泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的, 应当承担赔偿责任。”《合同法》中对损害赔偿没有作具体规定, 实际上如果在合同中对商业秘密有明确约定的, 依约定处理; 没有约定的, 也应当按《反不正当竞争法》第 20 条确定的原则处理。

《反不正当竞争法》第 20 条确立的是补偿性赔偿原则, 不论侵权行为人主观过错程度、侵权情节如何, 侵权人均只承担赔偿损失的责任。即侵权人的赔偿责任限于弥补受害人所受之损失, 使受害人的利益恢复到侵权发生之前的状态。有人主张增设惩罚性赔偿责任, 即要求侵权人在赔偿受害人实际损失之外, 还要承担赔偿受害人惩罚性赔偿金的责任, 即侵权人的赔偿责任不仅限于弥补受害人之损失, 还必须让受害人因此而获得高于损失的赔偿。笔者赞成增设惩罚性赔偿责任的主张, 因为商业秘密是一种无形财产, 权利人本身难以对其进行严密控制, 权利人使用时不能排除别人同时使用的可能性, 权利人对其权利客体的保护手段相对于其他民事权利来说较弱, 他人故意侵犯商业秘密比侵犯其他权利更便利, 而且往往获利颇丰, 在现有补偿性赔偿制度下侵权人在承担了损害赔偿责任后仍有可能赢利, 如果在侵犯商业秘密领域仍与其他领域一样实行补偿性赔偿责任, 显然不利于制止侵权行为、保护商业秘密、营造公平竞争的社会环境。世界上不少国家

和地区对商业秘密的故意侵权规定了惩罚性赔偿责任, 如美国统一商业秘密法第 3 条第 2 款规定: “如果存在故意或恶意侵占, 法院可责令被告支付不超过上款中任何赔偿 2 倍的附加赔偿。”我国《消费者权益保护法》第 49 条对提供假货及欺诈性服务也规定了惩罚性赔偿责任, 实践中对保护消费者权益起到了极重要的作用。对商业秘密的保护也可以借鉴这种作法, 制定有关惩罚性赔偿责任, 以加强对权利人的保护, 制止侵权行为。当然, 也应对惩罚性赔偿的范围、适用条件和基准数额作严格限制。

《反不正当竞争法》所规定的赔偿额有两种: 权利人的损失或侵权所获利润。权利人的损失包括直接损失和间接损失。直接损失除权利人为制止侵权行为、防止损失扩大所支付的直接费用(如律师费、调查取证费或制止侵权所支付的差旅费和报酬、为查阅收集证据材料所支付的费用、鉴定费、咨询费、证据保全费等合理费用)以外, 还包括商业秘密遭到侵害而受到的直接经济损失, 这种损失可以根据开发商业秘密的重置或现行市价计算。间接损失是指权利人预期合理收入的减少, 即通常所说的可得利益的减少。侵权所得利润(即侵权人在侵权期间因侵权行为所获得的利润)现行法律未作具体规定, 现实中对侵权所得利润有三种观点: 第一种观点认为是侵权人在侵权期间所获得的全部盈利, 即扣除生产、销售成本后的全部销售收入; 第二种观点认为应指侵权人销售利润, 即销售收入减去生产、销售成本和销售税金后的盈利; 第三种观点认为应是侵权人在侵权期间因侵权行为获得的纯利润, 即销售收入扣除生产、销售成本和依法交纳的全部税款(包括所得税)后的余额。这三种观点的区别就在于扣除税金问题, 第一种观点主张不应扣除税金, 第二种观点主张可以扣除部分税金(即销售税金); 第三种观点主张扣除全部税金。笔者赞同第三种观点, 因为税金是向国家交纳的, 侵权人依法交纳税金后无法收回, 将税金作为利润赔偿额的一部分使侵权人支付双倍税金于法不符。当然, 对于未交纳或未交足税金的侵权人的所得利润则不应扣除税, 同时, 对权利人的损失或侵权所得利润的计算还应充分考虑侵权人因侵犯商业秘密所取得的竞争优势(包括节约的研制、开发成本、现实的优势和未来的优势), 当权利人因侵权而失去竞争优势, 那么对这种损失应得到法律上的保护, 获得充分的赔偿; 而侵权人侵权所得利润也应包括取得竞争优势所节约的成本, 对侵权所取得的竞争优势也应以适当估算并给予权利人相应赔偿。按照《反不正当竞争法》的规定, 在损失额的计算上, 首先要按照实际损失额计算, 当实际损失额难以计算时才能将侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润作为赔偿额。也就是说权利人的损

失和侵权所得利润这两个赔偿额之间不是选择关系, 后者的运用要以前者的不能运用为条件。笔者认为, 为切实有效地保障权利人的合法权益, 制止侵犯商业秘密的行为, 法律应将权利人的损失与侵权所得利润这两个赔偿额规定为选择关系, 任由权利人选择适用。

#### (四) 追究刑事责任

运用刑法方法严惩侵犯商业秘密的犯罪行为是保护商业秘密的重要救济手段之一, 现在世界上有不少国家的刑法已对侵犯商业秘密的行为设立了专门的处罚规定, 只不过罪名称谓不一。如罗马尼亚刑法典规定为泄露经济秘密罪; 德国刑法典规定为产业或企业秘密之利用罪; 意大利刑法典规定为泄露学术或产业秘密罪等。有些原来未对侵犯商业秘密的行为单独设立刑事处罚规定的国家也在其修改刑法时增设了这方面的规定, 如日本刑法典修改草案中就增设了泄露企业秘密罪。事实上, 注重运用刑法武器保护商业秘密已成为现代刑事立法的趋势。

我国 1979 年刑法没有规定侵犯商业秘密罪, 只是在《反不正当竞争法》颁布后, 最高人民检察院、国家科学技术委员会于 1994 年 6 月联合发布的《关于办理科技活动中经济犯罪案件的意见》规定: “对于非法窃取技术秘密, 情节严重的, 以盗窃罪追究刑事责任。”同年 10 月, 最高人民检察院在《关于进一步加强知识产权的司法保护的通告》中明确指出: “对盗窃重要技术成果的, 应当以盗窃罪依法追究刑事责任。”这些规定对打击侵犯商业秘密的犯罪活动起了积极作用, 但商业秘密毕竟是不同于一般财物的无形资产, 侵犯商业秘密的犯罪有其特殊性, 其犯罪手段除盗窃外, 还有利诱、胁迫、非法披露和使用等表现形

式, 其犯罪后果也很难象对其他财物犯罪那样“计赃论刑”等, 因此按盗窃罪论在理论上有明显矛盾, 在司法实践中有诸多弊病。为此, 修改后的刑法第 219 条新增设了侵犯商业秘密罪, 为严厉打击侵犯商业秘密的行为提供了法律依据。刑法将侵犯商业秘密的严重情形规定为犯罪, 并将“给商业秘密的权利人造成重大损失”作为一个构成要件, 这也是区分罪与非罪的一个客观标准。但如何衡量行为人的行为是否“给权利人造成了重大损失”, 立法和司法解释没有明确规定, 在司法实践中, 计算权利人遭受的损失一般应综合考虑多方面的因素, 包括商业秘密的研制开发成本, 商业秘密的使用、转让情况和继续使用的经济价值, 商业秘密的成熟程度, 行为人对商业秘密的窃取程度、披露范围或使用情况及取得的利益或竞争优势情况, 受害人的营业额的实际减少量及其与商业秘密侵权行为之间的因果关系, 受害人制止商业秘密侵害所支付的合理费用等因素。结合考察侵犯他人商业秘密是否造成他人重大经济损失, 致使权利人丧失竞争优势、倒闭、破产, 权利人声誉和信誉严重受损, 权利人可能或必将造成无可挽回的重大损失等情形, 予以认定。同时还要注意对不构成在侵权的行为人和善意第三人的保护, 如独立开发研制而获取并使用或披露与他人商业秘密相同或相似的商业秘密、通过反向工程取得的商业秘密、从公开发行的报刊杂志或公开使用的产品、信息或其他公开场合所获取的他人的商业秘密, 以及善意第三人获取、使用、披露不知且不应知(即无重大过失)他人是以违法手段获取的商业秘密等都不构成对权利人商业秘密的侵犯, 因此, 也不能构成侵犯商业秘密罪。

## On Legal Remedy for the Infringement of Trade Secrets

DU Jun

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 400031)

**Abstract:** With the development of market-oriented economy and stringent rivalry, more and more infringement on trade secrets are emerging. Thus, people in legal theory field and judicial practitioners have focused hotly on determination of it, analyses allocating the burden of proof to it. The contemplates application of protecting measure, and shows legal remedial measure.

**Key words:** trade secrets; infringement; legal remedy

本文责任编辑: 吴春燕