

民法典视域下侵犯商业秘密 行为规则的反思与完善

黄宇杰*

目次

一、问题的提出	现有规则的反思
二、商业秘密专有权保护模式的理论基础	四、专有权观念下侵犯商业秘密规则的完善
三、专有权保护的表征与侵犯商业秘密行为	五、结论

摘要 我国《民法典》正式将商业秘密列入了知识产权的客体,并冠以专有的权利之名,体现了商业秘密权利化的趋势。商业秘密走向财产权保护模式不仅是基于《民法典》的规定,更在于财产权保护模式的优势。作为一种结构化的认知图式,财产权保护模式能够更好地平衡商业秘密保护和公共领域之间的关系,也更契合商业秘密保护的现实需求。在明确了这一前提的基础上,目前《反不正当竞争法》中关于侵犯商业秘密的相关规定与专有权的属性存在龃龉,不可不察。对侵犯商业秘密的手段要求具有不正当性和恶意第三人视为侵犯商业秘密的规定实际上并不符合专有权的逻辑,在实践中已被忽略和替代。对此,应当沿着专有权的观念对侵犯商业秘密行为的相关规则进行建构。具体表现为将侵犯商业秘密的行为规定为未经商业秘密权利人的同意,获取、披露、使用、许可他人使用商业秘密。用共同侵权的规则取代恶意第三人侵犯商业秘密的规则,同时建构善意获取人的相关制度。除此之外,应当明确侵犯商业秘密行为主观要件为过错,并且构建相应的限制条款。这既符合商业秘密作为一种专有权的权利属性,也有利于加强商业秘密的保护。

关键词 商业秘密 主观要件 共同侵权 善意获取人

一、问题的提出

商业秘密以其客体的非公开性和存续期限无限性,逐渐成为企业保护核心技术的重要手段之

* 南京大学法学院博士研究生。

一。在市场竞争日趋激烈的当下社会,商业秘密已然成为企业最为核心且宝贵的财富,对企业的创新发展起到举足轻重的作用。^{〔1〕}实际上,基于商业利益最大化的考虑,许多企业都会将核心技术作为商业秘密进行保护,只有在一些比较边缘的技术领域才会考虑进行专利布局。这也不难理解,毕竟最让人们津津乐道的可口可乐的配方就极具神秘的色彩,也是该公司得以经久不衰的重要武器。作为保持竞争优势的重要手段之一,许多国家和地区都有加强商业秘密保护的趋势。在2020年中美双方达成的《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》中,商业秘密被放在了第一章知识产权的开头部分,足见其重要性。^{〔2〕}

与此同时,我国《民法典》也在第120条将商业秘密规定为一种知识产权,并用专有的权利来描述其属性。如果以专有的权利来形容商业秘密的属性,这就意味着商业秘密的保护应当走向财产权保护模式。对此,本文认为这一认识不仅是源于《民法典》条文的规定,更是基于财产权保护模式契合商业秘密保护需求的考量。在明确这一前提后,不难发现,现有的反不正当竞争法的保护模式与专有权的理念之间存在一定的冲突。最后,本文在坚持商业秘密系专有的权利这一观念下,对侵犯商业秘密行为的具体规则给出完善建议。

二、商业秘密专有权保护模式的理论基础

尽管,我国《民法典》对于商业秘密属性的规定已经明确了商业秘密保护的法理基础是财产权理论。但是,在商业秘密的法律属性这一核心且敏感的问题上,学界的基本观点主要分为肯定说和否定说。持肯定说的学者认为将商业秘密作为知识产权的客体本身并不会存在障碍,也符合我国将要加强商业秘密保护的立法趋势。^{〔3〕}也有的学者认为商业秘密权是由《反不正当竞争法》创设并经《民法典》确认的法定权利。从规范层面上看,《反不正当竞争法》中关于商业秘密保护的相关规定完全符合权利的架构。^{〔4〕}持否定说的学者认为商业秘密无法成为一种财产权的主要理由在于客体的非公开性、无法阻止反向工程等。^{〔5〕}甚至有学者通过考察不同国家的立法例和TRIPS协定之后,直言所谓的商业秘密权是一种“无根”的妄想。^{〔6〕}学界的这一争议也使得商业秘密的立法止步不前。当然,既然《民法典》将商业秘密规定为一种专有的权利,那么基于尊重《民法典》的规定是商业秘密采用专有权保护模式的重要理由之一。但是,如果仅基于《民法典》的规定就主张商业秘密应当采用财产权保护模式也显得说服力不足。对此,本文认为商业秘密走向财产权保护模式不仅是基于《民法典》的教义,更在于商业秘密财产权保护模式本身所具有的优势。为此,需要破除对财产权保护模式的成见,以发挥财产权保护模式作为结构化认知图式的优势。

〔1〕 参见孙智:《商业秘密单独立法保护的正当性浅论——以商业秘密的特殊性及其与专利的制度互补性为视角》,载《贵州师范大学学报(社会科学版)》2022年第2期,第142页。

〔2〕 参见《中美经贸协议》第一章第二节。

〔3〕 参见林秀芹:《商业秘密知识产权化的理论基础》,载《甘肃社会科学》2020年第2期,第18—19页。

〔4〕 参见龙俊:《反不正当竞争法“权利”与“利益”双重客体保护新论》,载《中外法学》2022年第1期,第77—79页。

〔5〕 参见许可:《数据保护的三重进路——评新浪微博诉脉脉不正当竞争案》,载《上海大学学报(社会科学版)》2017年第6期,第20页。

〔6〕 参见孙山:《无根的“商业秘密权”——从制定法看“商业秘密权”的虚妄》,载《河北法学》2011年第3期,第85—91页。

（一）商业秘密财产权保护模式的成见与破解

长期以来,受到所谓的“权利法”和“行为法”两分的影响,保护法定权利的法律被称为权利法,除此之外的其他法益则依赖于反不正当竞争法提供的事后救济获得保护。^{〔7〕}在反对商业秘密权利化的学者看来,由于商业秘密内容无法公示,如果贸然赋予财产所有权会损害社会交往,影响市场经济的运作。^{〔8〕}在一定程度上,这样的观点是可以理解的。毕竟无论是大陆法系还是英美法系,传统的财产权观念都强调主体对于客体的支配与控制。^{〔9〕}这就意味着一旦将商业秘密权利化,由于客体无法公开,那么随之而来的就是对公众自由的过度侵蚀。因此,在反对财产权保护模式的学者看来,商业秘密应该坚持以反不正当竞争法为代表的事后救济的保护模式。然而,本文认为这样的观点是对于财产权保护模式的误读。

首先,无论是物权法、知识产权法还是反不正当竞争法,在保护的效果上都表现为对他人的行为进行一定的规制,只不过是采取了不同的保护模式而已。实际上,现代意义上的财产权主要调整的是人与人之间的关系,并非强调主体对物的直接支配。^{〔10〕}并且,基于客体的不同形式,分别采取了不同的立法模式,体现了对于权益保护的不同梯度。所有权的保护最为周延,通过规定权利人对物使用的积极权能来禁止他人侵害物权。知识产权基于客体的无形性,最直接的保护模式就是通过禁止他人未经许可使用智力成果或商业标记以达到权利保护的目的。反不正当竞争法则是典型的事后评价的机制,针对法益的保护是消极的、被动的和个案的认定。^{〔11〕}正如有学者指出,我们只需要接受管制或者排他的内容能够被概括为一项排除公众利用的权利,那么将其视为一种专有的权利也并无不可。^{〔12〕}并且在实际运行效果上,上述的几种模式可能并不会存在本质上的区别。因此,如果明确任何的保护模式的本质都只是对于不特定主体行为的约束,那么采用财产权模式保护商业秘密也并非无稽之谈。

其次,在保护的强度上,财产权保护模式并不一定比反不正当竞争法的保护模式更为强势。实际上,财产权保护模式完全可以通过在客体上设置苛刻的条件,在权利内容上配置有限的权能,在限制环节选择一般条款等方式使得排他权范围特别窄。与之相对,反不正当竞争法的保护模式也可以通过淡化竞争关系的考察、延伸不正当性手段的内涵等方式扩张管制的范围。^{〔13〕}

最后,从政策层面上看,立法者采用财产权模式保护商业秘密更有可能促进社会整体福利的提高。美国学者莱姆利(Lemley)认为,之所以主张商业秘密是一种知识产权,恰恰是因为商业秘密符合知识产权的基本目标,即促进公开和鼓励投资。一方面,如果接受将商业秘密当作一种知识产权,一定程度上会强化商业秘密的法律保护效力。相对的,商业秘密权利人就不需要在保密措施上投入过多,可以转而将关注的重点投向技术研发环节。另一方面,财产权保护模式更有利

〔7〕 参见李琛:《论知识产权的体系化》,北京大学出版社2005年版,第173—174页。

〔8〕 参见孙山:《反思中前进:商业秘密保护理论基础的剖解与展望》,载《知识产权》2011年第8期,第64页。

〔9〕 参见金可可:《论支配权概念——以德国民法学为背景》,载《中国法学》2006年第2期,第68—84页; Kenneth J. Vandeveld, *The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property*, 29 Buffalo Law Review 325, 328(1980).

〔10〕 See Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 Yale Law Journal 710, 721 (1917).

〔11〕 参见王文敏:《反不正当竞争法中过错的地位及适用》,载《法律科学》2021年第2期,第178页。

〔12〕 参见崔国斌:《大数据有限排他权的基础理论》,载《法学研究》2019年第5期,第21—22页。

〔13〕 同上注,第21—22页。

于促进商业秘密的公开和交流。这是因为财产权保护模式倾向于淡化信赖义务考察,而这一变化也会使得小心翼翼的商业秘密权利人更为放心地推销自己的技术秘密或者销售产品,毕竟要求同样谨慎的买方对毫不知情的技术方案买单显得不切实际。^[14]

(二) 商业秘密财产权保护模式的基本理由

虽然消除对于财产权保护模式的偏见为采用财产权模式保护商业秘密提供了理论基础,但却并不能水到渠成地推导出采纳财产权保护模式保护商业秘密的应然性。本文认为,采纳商业秘密财产权保护模式更为重要的原因在于财产权保护模式的优势能够满足商业秘密保护的需要。从商业秘密保护的实际情况出发,一方面要强化商业秘密保护的力度,另一方面要强调商业秘密保护的限制。这在反不正当竞争法保护模式下显然难以兼顾,但在财产权保护模式下却显得游刃有余。

1. 结构化认知模式的优势

相比于反不正当竞争法的保护模式,财产权保护模式是更为结构化的认知模式,也更有可能是明确商业秘密与公共领域之间的边界。财产权的保护模式严谨地沿着主体、客体、权能和限制环节展开,学者将其称为“图式化的认知工具”。^[15] 在主体的环节,虽然财产权保护模式遵循“劳动取得”这一基本原则,但是在委托研究开发、履行职务等情形,研发出技术秘密的主体并非必然属于商业秘密权利人,当然也无法主张商业秘密的相关权利。在客体这个环节上,财产权保护模式会将关注点聚焦于原告主张的保护对象是否属于商业秘密。这要求法院在审理案件中更加依赖价值性、秘密性和保密性这三个要件,进一步明确商业秘密的具体内容和边界。特别是在员工流动的场景下,财产权保护模式会时刻提醒法官注意,并非所有来源于雇主的信息都是商业秘密。与之相对,在反不正当竞争法的保护模式下,法院更倾向于考察员工是否违反了信义义务,容易忽视原告所主张的信息是否属于商业秘密这一基本前提。^[16] 在权能的环节上,财产权保护模式倾向于事先划定权利范围,只要被告的行为未进入权利人的权利控制范围就不构成侵权。这与以反不正当竞争法为代表的事后规制模式相比,更能为公众的行动自由提供指引和界限。与之相对,立法者和法院可以将聚焦点转移到如何解释商业秘密中的各项权能,以明确侵犯商业秘密的判定标准。在限制环节,财产权保护模式通过规定类型化的免责条款,起到平衡商业秘密保护和公共利益的作用,而这恰恰是反不正当竞争法保护模式下容易被忽略的部分。

2. 强化保护的力度

财产权保护模式的优势之一在于强化权利保护的力度,典型的表现在于强调连带责任的法效果和权利被侵害的结果。

首先,对于共同侵犯知识产权的行为人,当然可以适用共同侵权的规则,科以连带责任。其次,无论是著作权法、专利法还是商标法都发展出了各自的帮助侵权制度。著作权法中的帮助侵权规则主要是为了解决网络服务提供者的责任问题。在经过多年的探索和完善后,最终《民法典》形成了以“通知-删除”为核心的体系,甚至推广到了其他的民事侵权领域。在专利法领域,除了传统的教唆和帮助侵权之外,对于涉及相关产品的认定还延伸出了与《美国专利法》“非实质侵权用

[14] See Mark A. Lemley, *The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*, 61 *Stanford Law Review* 311, 336-337(2008).

[15] 参见蒋舸:《知识产权法与反不正当竞争法一般条款的关系——以图式的认知经济性为分析视角》,载《法学研究》2019年第2期,第119页。

[16] See Charles Tait Graves, *Trade Secrets as Property: Theory and Consequences*, 15 *Journal of Intellectual Property Law* 39, 45(2007).

途”相类似的“专门用于实施专利的材料、设备、零部件、中间物”的规则。^[17]《商标法》则利用第57条第6款的规定,将帮助他人实施商标侵权的行为纳入规制的范畴。相比之下,《反不正当竞争法》则缺乏相关制度和规则。通常情况下,也不太可能强调追究教唆和帮助实施不正当竞争行为人的责任。虽然《反不正当竞争法》第9条第1款也引入了教唆和帮助侵犯商业秘密行为的规定,在一定程度上缓解了上述困境,但是,这实际上已经突破了反不正当竞争法的规制模式。最后,在财产权保护模式下强调权益被侵害的结果,只要侵权人的行为落入了知识产权的权能范围即构成侵权,至于侵权人采取何种手段以及是否与权利人存在竞争关系都在所不问。如同上文所述,《反不正当竞争法》的回应是在第9条第2款中将经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施的侵犯商业秘密的行为视为侵犯商业秘密。虽然,在强调竞争关系的前提下,将直接实施侵犯商业秘密的自然人拟制为侵犯商业秘密的行为人的做法可以理解,但在逻辑上却与基本事实相悖。

3. 强调权利的限制

财产权保护模式的另一大优势就在于强调权利的限制,与之相对的是反不正当竞争法保护模式下往往不会考察限制的环节。实际上,在保障社会公众的行动自由上,财产权保护模式未必就比反不正当竞争法的保护模式更为无力。如果说对于物权的限制尚且可以称为例外,那么在知识产权领域权利限制的环节却是不可缺少的环节之一。特别是在与创新活动联系最为紧密的著作权法领域,有学者甚至提出将权利的限制提升到与权能相比肩的高度。^[18]尽管我国《著作权法》的合理使用制度是封闭式列举的模式,但是借由《著作权法》第24条第2款的解释空间依旧能够实现一定的弹性。^[19]同样,尽管我国《专利法》第75条中关于不视为专利侵权的情形采用的是封闭式的列举,但是强制许可也常常作为悬在专利人头上的“达摩克利斯之剑”,在遇到公共卫生安全事件的情况下被频频提上议程。^[20]

实际上,在其他的国家和地区,对于商业秘密的限制已经有了比较成熟的立法例。《美国统一商业秘密法》中对于商业秘密的限制主要是为了维护公共利益,针对涉及国家安全和公共安全以及公众健康等情形设置了强制披露的程序。英国则将商业秘密的限制拓展到了非法的价格同盟、医疗信息等所有涉及公众利益的不正当行为。^[21]值得注意的是,随着算法时代的到来,商业秘密成为算法的重要保护方式之一。在运用算法进行自动化决策的同时,个人信息处理者也承担着算法说明义务,这也引起了商业秘密保护和算法说明义务之间的冲突。^[22]由于商业秘密保护所要求的保密性和算法说明义务存在本质上的矛盾,两者之间角力的结果必然是一方获得优待,一方被迫让步。如果未来的立法或者司法中选择将天平倾向加重算法说明义务,那么这就意味着限制算法商业秘密保护也会水到渠成,更不用说随着算法时代的到来,对于算法说明义务的透明度也有可能和公共利益相关联。

[17] 参见吴汉东:《专利间接侵权的国际立法动向与中国制度选择》,载《现代法学》2020年第3期,第41页。

[18] 参见林秀芹:《人工智能时代著作权合理使用制度的重塑》,载《法学研究》2021年第6期,第181—182页。

[19] 参见熊琦:《著作权转换性使用的本土法释义》,载《法学家》2019年第2期,第130—131页。

[20] 参见张利国:《突发公共卫生事件中关键专利技术的许可机制及其完善》,载《清华法学》2021年第6期,第163页。

[21] 参见李晓辉:《算法商业秘密与算法正义》,载《比较法研究》2021年第3期,第108—110页。

[22] 参见吕炳斌:《论个人信息处理者的算法说明义务》,载《现代法学》2021年第4期,第90—95页。

综上所述,以认识论的角度观之,财产权保护模式能为接踵而至的新问题提供结构化的认知方式,^[23]是商业秘密保护的更优选。一方面,财产权保护模式所具备的共同侵权和连带责任规则能够加强商业秘密保护的力度;另一方面,强调限制环节使得商业秘密保护与其他利益之间实现再平衡。因此,本文认为财产权保护模式是侵犯商业秘密行为再建构的理论基础和基本方向。

三、专有权保护的特征与侵犯商业秘密行为现有规则的反思

前文论证了采用专有权模式保护商业秘密的基础和正当性,说明了财产权保护模式是商业秘密保护的理性选择。实际上,关于商业秘密的一些制度中已经有了财产权的影子,例如商业秘密能够用于许可和转让。虽然,在否定商业秘密权的学者看来,商业秘密的许可本质仅仅是对商业秘密的传授,并非传统意义上的许可行为。^[24]但是,这样的说法难以解释为何司法实践中将商业秘密的许可模式分为了三种情形,并配置给不同的被许可人以不同的诉权。^[25]当然,不可否认的是,市场交易并不必然需要以所有权为基础,但是只有产权明晰之后,交易才会更加安全、高效和便捷。值得注意的是,已经有越来越多的学者对于商业秘密作为一种财产权持较为积极的态度,并且从商业秘密设权的基础和公示的手段等方面做了论述。^[26]但是,遗憾的是对于商业秘密成为一种财产权之后,具体的保护规则如何变化却没有相关的文章提起。实际上,现有的《反不正当竞争法》中关于侵犯商业秘密行为的规定和商业秘密系专有权这一命题存在一定的冲突,不可不察。

(一) 商业秘密“专有的权利”之解读

《民法典》中用专有的权利来形容知识产权的效力,这体现了知识产权是一种绝对权的基本属性。按照学界通说,知识产权的专有性指的是未经法律规定或者权利人许可,任何人不得使用权利人的知识产品。同一项知识产品也不允许两个或者两个以上的同一属性的知识产权同时存在。^[27]因此,专有权的要义在于排他,只要权利人能够排除公众对知识产权客体的利用行为,就能够称之为“专有权”。据此,一方面知识产权法中对于所谓的专有权的理解必须坚持以不特定的义务主体为核心;另一方面,基于客体的非公开性,商业秘密语境下的“专有权”也会与传统知识产权之间存在差距。

首先,将不特定的义务主体作为排他权的范围是以物权、知识产权为代表的绝对权之共性。物权法“因物设权”,强调权利人对物绝对的统领和控制,知识产权则是以“禁止权”为核心,奉行“因用设权”的模式。^[28]并且,在知识产权法的内部,具体的规定也存在不同。《著作权法》是通过规定权利人对作品享有的一系列的权利来划定权利范围,而《专利法》则是通过规定任何单位

[23] 见前注[15],蒋舸文,第119—120页。

[24] 参见王涌:《财产权系谱、财产权法定主义与民法典〈财产法总则〉》,载《政法论坛》2016年第1期,第106页。

[25] 参见最高人民法院《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15条。

[26] 参见黄武双:《商业秘密的理论基础及其属性演变》,载《知识产权》2021年第5期,第9—14页。

[27] 参见吴汉东:《知识产权法》(第4版),北京大学出版社2014年版,第7页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第627页;冯晓青:《知识产权法中专有权与公共领域的平衡机制研究》,载《政法论丛》2019年第3期,第56页。

[28] 参见何松威:《论〈民法典〉中知识产权专有的体系功能》,载《现代法学》2021年第5期,第107页。

或个人不得未经权利人许可实施其专利的方式来原因专利权的范围。从这个意义上讲,侵犯商业秘密行为的规则更类似于《专利法》中的侵权认定规则。但是,万变不离其宗的是,无论是著作权、专利权还是商标权都强调权利人对知识产品的使用享有直接控制的权利,具体表现为任何人在法律没有特殊规定的情形下,不得未经许可使用权利人的知识产品。^[29]当然,知识产权专有权的范围仅限于法律规定的权利范围,只有落入知识产权法所规定的“禁区”才会受到“非难”。

其次,与物权的行使几乎不受任何限制不同,在知识产权领域,权利的限制是一个十分重要的环节。无论是著作权、专利权还是商标权,都或多或少地规定了权利限制的条款,^[30]同样,商业秘密也不例外,在支持商业秘密属于财产权的学者中也承认反向工程、独立研发并不侵犯权利人的商业秘密。但是,这并不妨碍商业秘密成为一种专有的权利。^[31]

最后,虽然商业秘密与传统意义上的知识产权之间存在共性,但是也存在一些区别。一方面,传统的知识产权并不排斥公众对于客体的接触,而商业秘密则依赖“披露”这一权能防止权利基础的丧失。^[32]商业秘密与传统知识产权之间最大的差别就在于客体公开与否。专利权的基本逻辑就是以公开换取保护,著作权法的目标之一也在于鼓励作品的传播。与之相对,商业秘密的客体必须时刻保持“秘而不宣”的状态,谨慎地防止泄密。另一方面,商业秘密也不像传统的知识产权具有时间性。只要商业秘密的秘密状态一直存在,那么商业秘密就不会流入公共领域。当然,在事实层面,商业秘密可能存在一定的时间性。比如,当技术的发展使得商业秘密权利人所掌握的技术信息成为公共信息时,商业秘密权利人再也无法主张其掌握的技术信息属于商业秘密。

综合上述分析,我们可以得到一个基本的结论,即权利人对于知识产权客体的使用并不是关键,权利人有权禁止他人使用知识产品才是专有权效力的核心。相比较于从积极的角度规定具体的权能,反而从消极的方面规定权利人有权禁止他人对其知识产品的利用更为重要。尽管商业秘密语境下“专有权”的理解与传统知识产权专有权的理解确实存在一定的区别。但是,这些区分并不影响商业秘密所具有的专有权的效力。实际上,对于侵犯商业秘密行为的判定才是商业秘密保护的重点,至于商标秘密的权利人如何使用商业秘密并不是法律所需要关心的内容,因此研究侵犯商业秘密行为具有十分重要的意义。在明确了专有权的内涵后,不难发现,现行《反不正当竞争法》中侵犯商业秘密行为的规定与之存在一定的冲突。

(二) 强调手段的不正当性不符合专有权的属性

《反不正当竞争法》第9条第1款通过“列举+概括”的方式对侵犯他人商业秘密的行为进行了说明。对于列举项,以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入的手段获取权利人商业秘密当然构成不正当手段,因此对于所谓的“其他不正当手段”如何认定更为重要。根据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第8条的规定,侵权人以违反法律规定或者公认的商业道德的方式获取权利人的商业秘密的,属于以不正当手段获取商业秘密。所谓的“违反法律规定”和“公认的商业道德”实际上暗含着民法上的“违法性”之意,只不过由于商业秘密关乎的是商业领域,因此将“公序良俗”的标准细化为“公认的商业道德”。在商业秘密未明确为一种权利

[29] 见前注[27],吴汉东书,第7页。

[30] 参见《著作权法》第24条、《专利法》第75条、《商标法》第59条。

[31] 参见林秀芹:《商业秘密知识产权化的理论基础》,载《甘肃社会科学》2020年第2期,第12—17页。

[32] 同上注,第17页。

时,上述的规定是合理的,因为法律上保护的利益需要依赖违法性要件确定其范围。^[33]但是,如果认为商业秘密的属性是一种专有权的话,对于侵犯商业秘密行为的认定已无须依赖“不正当手段”的规范功能。

首先,专有性的属性意味着任何人未经权利人许可都不得使用该知识产品,至于侵权人采取何种手段侵犯知识产权在所不问。一方面,只要绝对权存在,即可以对抗任意的第三人,无论双方是否存在竞争关系。^[34]另一方面,在财产权保护模式下,法律只关注权利被侵害的事实,至于所采取的手段及其性质并非法律所关注的重点。因此,以专有权的角度视之,强调侵犯商业秘密行为的手段之不正当性已无实际必要。任何人只要未经权利人同意且在没有法律规定的情形下获取、披露、使用、允许他人使用商业秘密都构成侵犯商业秘密的行为,这才符合专有权保护模式的应有之意。当然,目前的规定具有一定的历史合理性。因为,如果仅将侵犯商业秘密的行为认定为不正当竞争,那么强调行为的不正当性是合理的。毕竟,《反不正当竞争法》总是要在利益保护和经营自由之间寻求平衡,两者不可偏废,而所谓的“不正当手段”实际上起到了“过错+违法性”的作用。一方面,以不正当手段获取、披露、使用、允许他人使用商业秘密的行为足以证明侵权人主观上具有过错,乃至是故意。另一方面,市场竞争具有强烈的对抗性,市场竞争的主体之间竞争的形态也逐渐具有了多样化的趋势和特点。^[35]所以,需要通过“不正当手段”这一要件对侵犯商业秘密的行为进行限定。但是,前文已经论述了商业秘密财产权保护模式的正当性,那么强调侵犯商业秘密行为的不正当性与将商业秘密作为一种专有权的理念必然存在一定的冲突。

其次,司法实践中对于侵犯商业秘密行为的认定已经不强调所谓的“不正当手段”。一方面对于什么是“公认的商业道德”并没有明确的说明和准确的释义。美国《侵权法重述》(第一次)也指出对不正当的手段进行完全列举是不可能的。^[36]另一方面,司法实践中法院已经不由自主地将民事侵权规则用于侵犯商业秘密行为的判定。^[37]这就意味着司法实践中主要着眼于商业秘密被侵害的结果,淡化了侵害商业秘密行为手段的正当性判断。从我国现有的司法实践上看,除了独立研发和反向工程之外,很难再有其他的手段被认定为“正当的手段”。^[38]即使侵权人参与了商业秘密的开发,但是只要未经权利人许可擅自备份也被认定为盗窃商业秘密的行为,^[39]更不用说,故意隐瞒身份进入竞争对手的公司以获取其客户名单的行为。^[40]美国法院也将没有物理上的入侵而仅仅通过飞机“航拍”的行为认定为不正当的手段。^[41]实际上,在法律规则没有办法提供具体指引的情形下,以权益侵害的结果反推出行为本身的违法性是惯常的做法。这不仅仅是商业秘密领域中的做法,甚至是整个反不正当竞争领域的常态。因为法官总是在对何种利益需要保护或如何对其进行保护的问题上摇摆不定,这导致了法官基于思维惯性在情感上天然地倒向权益

[33] 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第218页。

[34] 参见李琛:《知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,第173页。

[35] 参见孔祥俊:《论反不正当竞争法的基本范式》,载《法学家》2018年第1期,第53页。

[36] See Restatement (First) of Torts § 757 (1939) Comment f.

[37] 参见黄武双:《商业秘密保护的合理边界研究》,法律出版社2018年版,第81页。

[38] 虽然不同的国家和地区除了上述两种情形外还具有一些不同的规定,如美国法上有基于公共利益向政府披露商业秘密免责的规定等,但是独立研发和反向工程系不同国家关于不侵犯商业秘密情形的共识。

[39] 参见徐某、厦门凤凰创壹软件有限公司侵害商业秘密纠纷案,福建省高级人民法院民事判决书(2019)闽民终字424号。

[40] 参见远东通讯设备有限公司、上海杠邦网络设备科技有限公司等侵害商业秘密纠纷案,上海知识产权法院民事判决书(2019)沪73民终3号。

[41] See E. I. duPont de Nemours & Co. v. Christopher, 431 F. 2d 1012 (5th Cir. 1970).

受损方,并且通过损害结果推导出竞争行为的不正当性。^[42]因此,与其坚持由权益侵害推导出手段的不正当性这一错误的审理思路,^[43]倒不如大方承认不正当手段这一要件并无必要,以专有权的视角看待商业秘密的属性和保护的问题,衔接司法实践中已经不考察侵犯商业秘密手段不正当性的做法。

(三) 恶意第三人条款与专有权的性质相冲突

《反不正当竞争法》第9条第3款规定第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第1款所列违法行为,仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的,视为侵犯商业秘密。如果按照文义解释,此处的“视为侵犯商业秘密”的行为实质上是一种法律拟制。“视为”作为一种法律拟制的典型用语,意味着该条款所描述的情形并非侵犯商业秘密的情形,而是法律为了达到相同的效果将侵犯商业秘密构成要件的事实应用于该条款的结果。拟制作为实体法上的规则,属于一种“不可推翻”的规定。^[44]

但是,这一规定与商业秘密是一种专有权的观念存在基本理念上的冲突。一方面,该条款的语境下的第三人指的是没有信赖关系,不承担保密义务的其他主体。另一方面,由于信赖关系理论无法给予那些不存在信赖关系的主体实施侵犯商业秘密行为很好的解释,^[45]因此该条款将与商业秘密权利人不存在信赖关系的其他主体侵犯商业秘密的行为视为侵犯商业秘密。但是,该条款在规制主体和侵权认定等方面都与专有权的保护效力存在龃龉。因为在专有权的观念下任何人未经许可获取、披露、使用、许可他人使用即构成侵犯商业秘密的行为,无须考察侵权人是否存在信赖义务,亦即实际上并不存在所谓的“第三人”的问题,也无须“视为侵犯商业秘密”。同理,在主要的三种知识产权侵权的判定中亦没有所谓的恶意第三人的说法。现有的立法和司法实践的经验告诉我们,通过共同侵权和间接侵权的规则可以妥善解决上述问题,也更符合知识产权作为一种专有权的权利特征和属性。因此,恶意第三人的规则实际上并不需要,与之相对的是我国现有的法律制度对于商业秘密善意获取人的相关规定存在空缺,这是值得关注的问题。

四、专有权观念下侵犯商业秘密规则的完善

上述的分析说明了关于商业秘密保护的两种不同模式之间的冲突,需要对现有的侵犯商业秘密的相关规则进行一定的调整和完善。当然,商业秘密相关规则的完善并不仅限于侵犯商业秘密的认定规则,还包含商业秘密的权属、行使等方面。在市场监管总局2020年发布的《商业秘密保护规定(征求意见稿)》中已经有关于职务发明中产生的商业秘密使用规则,以及委托研发、合作开发商业秘密的权属的相关规定。但是,侵犯商业秘密的行为规则依旧是商业秘密相关制度中最重要制度,这是基于知识产权通过规定排他性的消极权利来保护权利的立法模式所得出的结论,同样商业秘密也不例外。在前文已经明确了商业秘密财产权保护模式正当性的基础上,相关的规则可以沿着以财产权为代表的专有权保护模式进行展开。

[42] 参见李扬:《互联网领域新型不正当竞争行为类型化之困境及其法律适用》,载《知识产权》2017年第9期,第8页。

[43] 参见宋亚辉:《论反不正当竞争法的一般分析框架》,载《中外法学》2023年第4期,第964—967页。

[44] 参见劳东燕:《推定研究中的认识误区》,载《法律科学》2007年第5期,第119—120页。

[45] 参见宋建宝:《美国商业秘密的法律保护》,法律出版社2019年版,第42页。

（一）保密措施的重要性及其判断

贯彻商业秘密系专有权利这一观念需要强调保密措施的重要性。因为,不同于法律上保护的利益,作为权利应该具有归属效能、排他效能和社会典型公开性。^[46]当然,由于商业秘密的客体无法公开,那么就需要强调保密措施的重要性和意义。

首先,商业秘密权利人需要将商业秘密的权属状态进行一定的公示,一方面表明商业秘密的存在及其归属的状态,另一方面事先描绘他人行为的边界。有学者曾用保险柜做出了精妙的比喻,即使公众并不知道保险柜里锁着什么,但是至少知道保险柜里面的东西具有价值并且属于他人所有。^[47]因此,保密措施在商业秘密保护中具有十分关键性的地位。只要商业秘密权利人没有采取合理的保密措施,就应当直接认定其所主张的并非商业秘密。对于保密措施的认定则需要结合《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11条相关的规定。

其次,保密措施的司法判断应当以合理性为标准,不能要求商业秘密权利人“全副武装”,否则与强化商业秘密保护的初衷相背离。^[48]在此基础上,可以参照注意义务客观化的方法拟制出一个理性人的标准,以此来判断保密措施是否具有合理性。这与普通法系国家的观点大致相同:尽管普通法系国家对于商业秘密泄露的诉因主要是信赖义务的违反,但是判断相对人是否承担信赖义务采用的也是理性人的测试标准,在该标准下考察相对人是否合理地认识到该商业秘密是以保密的形式传输给他。^[49]

最后,在专有权利的观念下,对于保密措施的认定得到了一定的延伸。最主要的表现在于针对没有签订明示保密合同的情形下,只要相对人明知或者应知保密措施的存在,就不得获取、披露、使用和允许他人使用相应的商业秘密。对于保密措施要求的转变,有利于突破明示的保密协定的局限性和信赖义务的模糊性,是更为清晰和明确的判断方式。^[50]实际上,在司法实践中,我国法院认为,只要商业秘密持有人向员工提出过保密的要求就能够认定其采取了保密措施,^[51]甚至在有些案件中还延伸出了所谓的“法定的保密义务”,^[52]该裁判观点的底层逻辑就是在专有权利的视角下对保密措施的具体外延进行一定的扩展。

（二）侵犯商业秘密行为规则的调整

明确上述前提之后,在贯彻商业秘密作为一种专有权利的理念下,可以比照知识产权法的立法模式对侵犯商业秘密的行为做出如下的调整。

首先,不论行为人采取何种手段,未经权利人同意获取、披露、使用、允许他人使用的行为即构成侵犯商业秘密的行为,这是专有权利的应有之意。据此,不正当手段作为对侵犯商业秘密行为的

[46] 参见于飞:《侵权法中权利与利益的区分方法》,载《法学研究》2011年第4期,第107—110页。

[47] 参见刘春田、郑璇玉:《商业秘密的法理分析》,载《法学家》2004年第3期,第112—113页。

[48] 参见宋建宝:《美国商业秘密诉讼中合理保密措施的司法判断》,载《知识产权》2018年第5期,第90页。

[49] 参见刘治安、刘静雯:《由普通法观点论对商业秘密和机密信息的保护》,载《交大法学》2020年第4期,第36—37页。

[50] 参见胡滨斌:《言语行为理论视角下的保密协议》,载《交大法学》2022年第3期,第134—138页。

[51] 参见嘉兴市中华化工有限责任公司等与王龙集团有限公司等侵害香兰素技术秘密纠纷案,最高人民法院民事判决书(2020)知民终1667号。

[52] 参见张某与阳泉康海龙轩视光技术有限公司侵害商业秘密纠纷案,山西省高级人民法院民事判决书(2021)晋民终18号。

描述应当被删去。一方面,这有利于商业秘密的保护涤除竞争法的色彩,向更进一步财产权化的方向迈进;另一方面,商业秘密被侵害的结果足以引证侵犯商业秘密行为的违法性和不正当性,这样的规定显得画蛇添足。并且司法实践中法院也不考察侵犯商业秘密行为本身的正当性与否,删去不正当手段的要求更符合知识产权的保护模式,这也符合法院在商业秘密案件中侵权认定的惯常做法。同时商业秘密作为一种专有权,意味着其并不区分排他性的范围和对象。为此,义务人也不仅限于具有劳动关系、合同关系等特定的对象,而是任何不特定的公众。因此,如果经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织侵犯权利人的商业秘密,本来就构成商业秘密的侵权行为,无须“视为”侵犯商业秘密,所以应当将该条款予以删除。与此同时,今后的立法和司法实践中,应当将关注的重点转移到如何解释获取、披露、使用和允许他人使用的具体含义之上。就具体的权能而言,对于获取和披露的判断相对容易,毕竟上述两种情形更接近于事实判断。与此同时,司法实践中对于使用商业秘密的判断则可以参照专利法中关于“使用”的标准,特别是涉及使用技术秘密的认定。在专利法的语境下,无论是直接利用专利产品以获得其所能产生的效果,还是利用专利产品作为手段制造其他产品,抑或是采用专利产品作为零部件来生产其他产品,都构成“使用专利产品”。^[53]

其次,用共同侵权的规则取代恶意第三人侵犯商业秘密的规则。如前述所言,所谓的“恶意第三人”的规则是为了解决不具有信赖义务的第三人责任承担的问题。但是,这一规则也与财产权保护模式的基本理念存在冲突。对此,我国台湾地区所谓的“营业秘密法”的规定值得借鉴。我国台湾地区的“营业秘密法”第12条规定:因故意或过失不法侵害他人之营业秘密者,负损害赔偿责任。数人共同不法侵害者,连带负赔偿责任。在具体的司法实践中,许多法院实际上也是采用共同侵权的规则处理不具有保密义务的第三人侵犯商业秘密的情形。例如在“上海远东通讯设备有限公司、上海杠邦网络设备科技有限公司等侵害商业秘密纠纷”一案中,一审法院和二审法院都认为作为杠邦公司法定代表人的连某某隐瞒身份到原告远东公司处工作,属于以不正当手段获得原告与客户交易的具体信息。同时被告杠邦公司在明知上述客户名单为原告商业秘密的情况下,仍使用上述客户名单与部分客户进行交易构成共同侵权,因此连某某应当与杠邦公司承担连带责任。^[54]有的案件中,法院虽然援引的是《反不正当竞争法》第9条第3款的规定,但是实际上也是采用了共同侵权的思路。在“深圳市原飞航物流有限公司与迅邮(上海)物流有限公司、黄某等侵害商业秘密纠纷”一案中,法院依据的裁判基础是“恶意第三人”条款,但沿用的却是共同侵权的思路。本案中,两被告黄某和彭某从原公司离职加入了迅邮公司之后,迅邮公司持续地和原公司的客户发生交易,属于使用了商业秘密,故法院认定两被告和迅邮公司及其股东构成共同侵权,承担连带责任。^[55]值得注意的是,最高人民法院的观点和立场也是如此。在“洛阳瑞昌环境工程有限公司与洛阳明远石化技术有限公司等侵害经营秘密、技术秘密纠纷”一案中,最高人民法院认为明远公司、程某某明知负有保密义务的李某某违反保密义务获取、披露原告的涉密技术信息,却仍然使用的行为应视为侵害瑞昌公司的技术秘密。因此,明远公司、程某某、李某某应当承担共同侵权责任。^[56]应当说,在涉及前员工离职并不负有保密义务的他

[53] 参见尹新天:《中国专利法详解》,知识产权出版社2011年版,第152页。

[54] 参见上海市杨浦区人民法院民事判决书,(2018)沪0110民初9329号;上海知识产权法院民事判决书,(2019)沪73民终3号。

[55] 参见上海知识产权法院民事判决书,(2019)沪73民终373号。

[56] 参见最高人民法院民事判决书,(2020)最高法知民终726号。

人共同使用保密信息的情形下,一概地判定前员工与不负有保密义务的行为人承担连带责任是主流的做法。实际上,即使前员工没有参与后续的商业秘密使用,仍然应当就披露商业秘密的行为与使用商业秘密的行为人承担连带责任。因此,只要行为人主观明知或者应知其所使用的商业秘密系他人未经权利人同意获取并且依旧获取、披露、使用、允许他人使用都应当承担连带责任,这是共同侵权规则的应有之意,也符合加强商业秘密保护的政策趋势。

然而,如果不对该条款进行改造则有可能出现“类案不同判”的结果,引起不必要的分歧。例如在“赵某某与北京智源享众广告有限公司等侵害商业秘密纠纷”一案中,被告赵某某作为原告北京融七牛信息技术有限公司的前员工,没有承担应尽的保密义务放任另一被告智源享众公司工作人员随意使用其工作电脑或手机,违反了《反不正当竞争法》第9条第1款第3项的规定,构成侵犯商业秘密的行为。同时,本案的另一个被告在明知赵某某系融七牛公司前员工且实际持有涉案商业秘密的情况下,仍然获取并使用融七牛公司商业秘密的行为,同样构成对融七牛公司涉案商业秘密的侵害,违反了《反不正当竞争法》第9条第3款规定,同样构成侵犯商业秘密。^[57] 值得注意的是在责任承担的问题上,法院认为两被告承担的是按份责任而非连带责任。但是,上述的认定方式实际上并不合理。因为即使在现有的《反不正当竞争法》的规则下,被告智源享众公司也完全可以构成以不正当的手段获取权利人的商业秘密或者是帮助他人违反保密义务,都应当承担连带责任。实际上如果按照共同侵权的思路来处理认定这些情形,并不会存在障碍。一方面,作为前员工的被告赵某某由于违反保密义务导致他人获取并使用了商业秘密,构成不作为的侵权。另一方面,被告智源享众公司未经商业秘密权利人同意获取并使用了该商业秘密,亦构成侵犯商业秘密的行为。虽然被告赵某某主观上可能仅仅具有过失,但是其放任另一被告智源享众公司随意使用手机和电脑的行为亦可判定两被告之间具有意思联络。同时,共同故意或者共同过失均不影响共同侵权的成立,所以两被告构成共同侵权,应当承担连带责任。

(三) 主观过错的确立和认定

通过淡化“不正当手段”这一要件的考察能够更好地契合专有权的保护模式。但是,值得注意的是不正当手段实际上还起着“过错+违法性”的作用。虽然在商业秘密成为一种专有权之后不再需要考察侵犯商业秘密行为的违法性,但是“不正当手段”还起着过错的规范功能。并且,商业秘密的权利客体毕竟是未公开的商业信息,如果要求主观上没有过错的行为人承担法律责任有可能会损害商业竞争的自由,造成所谓的“寒蝉效应”。^[58] 针对侵犯商业秘密的行为认定,过错将在以下三个侵犯商业秘密的经典场景中发挥作用,以调节商业经营活动自由和商业秘密保护的冲突。

首先,针对“违约型”侵犯商业秘密的行为,由于侵权人事先签订了保密协议,对于其主观状态的判定并不困难,这在司法实践的认定中也不会存在障碍。事实上,对于“违约型”侵犯商业秘密的行为,只需要把裁判的目光聚焦在行为人是否披露、使用、许可他人使用商业秘密即可。

其次,针对“侵入型”侵犯商业秘密的行为,因为在专有权的观念下确立了保密措施的重要性,要么权利人会因为采取保密措施而直接丧失权利,要么侵权人明知或者应知保密措施的存在仍然侵犯他人商业秘密。前一种情况将直接导致商业秘密的失去,后一种情况则可以直接证明行为人存在过错。

[57] 参见北京知识产权法院民事判决书,(2020)京73民终2581号。

[58] 参见苏灿:《商业秘密民事救济制度的体系化研究》,中国政法大学出版社2018年版,第198页。

最后,针对不承担保密义务的“第三人”,在过错归责原则的指引下,只有行为人明知或者应知从前手处获得的商业秘密系以不正当手段或违背保密义务所得,却仍然披露、使用、许可他人使用商业秘密,才能够认定其侵犯了权利人的商业秘密。追究不承担保密义务的行为人侵犯商业秘密的责任,是商业秘密对世性的体现,也是商业秘密保护的重要环节。对此,英美法系的做法是通过拓展信赖义务的范围,以实现了对保密协议之外的行为人追责。^[59]与之相对,如同前文所述,虽然我国《反不正当竞争法》第9条是通过所谓的“视为侵犯商业秘密”将该情形纳入规制的范畴,但是,司法实践中倾向于直接通过共同侵权的规则来进行追责。实际上,针对不承担保密义务的行为人侵犯商业秘密的侵权责任判定,只需要抓住过错这一核心要素,便可以妥善地处理该情形。从整体上来说,对于明知和应知的判断,应当结合客观事实,以此判定“第三人”的主观状态。值得注意的是,对于应知的理解,不宜笼统地理解为应当知道,否则有可能施加给公众以过重的注意义务。对此,美国的《反不正当竞争法重述》(第三次)的规定值得借鉴。《反不正当竞争法重述》(第三次)在侵犯商业秘密的主观要件上采用“知道或者有理由知道”的规定,并且将知道或者有理由知道的对象明确为他人的商业秘密。在此基础之上,《反不正当竞争法重述》(第三次)构造了关于商业秘密侵权的两套规则。第一,将未经权利人同意获取商业秘密的行为规定为一项独立的侵犯商业秘密的行为。第二,规定了违反信赖义务使用或者披露、通过不正当手段获取之后使用或者披露、从前款行为人处获取并且使用或者披露和错误取得等具体的侵犯商业秘密行为。^[60]另外,美国法上的“有理由知道”指的是根据客观情况,一个具有合理智力的行为人能够认识到侵权行为的存在,而并不需要行为人承担合理的调查义务。^[61]因此,对于“应知”可以理解为推定知道,指的是根据现有的证据能够证明一个理性的行为人应该知道其所使用的商业秘密系前手不法获取的。我国司法实践中的做法也基本相同。例如在“理正公司诉青岛公用设计院、大成华智公司侵害商业秘密纠纷”一案中,法院认为青岛公用设计院通过公开招标程序选择了大成华智公司作为产品的供应方,属于在正常商业渠道通过正常商业模式选择交易对象的行为,故并不能仅凭青岛公用设计院曾经是理正公司的客户,就认定青岛公用设计院应当知晓大成华智公司开发的涉案软件使用了理正公司的技术秘密。同样,也无法要求青岛公用设计院在有限的时间内,投入大量的人力、物力调查大成华智公司开发的软件是否使用了理正公司的技术秘密之后,再行决定与谁签订涉案软件开发合同,这显然不符合正常商业行为的做法。因此,法院认为青岛公用设计院在整个交易过程中尽到了合理注意义务,不存在过错。^[62]

(四) 商业秘密的权利限制

知识产权的立法技术不仅在于通过赋予权利人控制权利行使方式的手段,以保障权利人的利益,还在于通过权利限制机制使得权利保护和社会公共利益之间维持一种精妙的利益平衡。独立研发和反向工程作为商业秘密最为重要的两种限制制度,因其含义比较明确自是不必多言。如同上文所述,在把商业秘密作为一种专有权进行侵权制度的建构时,应当着重建构商业秘密善意获取人的制度,亦即当行为人主观上不知道并且也不应该知道从前手处获取的商业秘密系未经权利人同意时该如何判断和处理。有观点指出针对善意第三人的问题要建立商业秘

^[59] 参见刘治安、刘静雯:《由普通法观点论对商业秘密和机密信息的保护》,载《交大法学》2020年第4期,第36—39页。

^[60] See Restatement (Third) of Unfair Competition § 40 (1995).

^[61] See Restatement 2d of Torts, § 12(1965).

^[62] 参见北京知识产权法院民事判决书,(2018)京73民终1249号。

密善意取得制度。^{〔63〕}但是,商业秘密没有办法像传统的知识产权一样通过行政机关进行公开或者登记等方式进行公示,更无法像动产一样进行占有,缺乏权利表征的公信力,权利交易也没有善意取得的空间。^{〔64〕}所以合理的做法应当是从知识产权主要的两种救济手段,即损害赔偿和停止侵害的角度,对商业秘密善意获取人的责任问题进行建构。在损害赔偿层面,由于行为人并不存在过错,因此不应当要求其承担损害赔偿的责任。而在停止侵害(包括禁令的颁布)层面,则可以参照我国《专利法》司法解释中停止侵害请求权限制的相关规定,或者借鉴美国《侵权责任法重述》(第一次)中针对善意获取人的免责条件,并且在不停止侵害的前提下辅之以合理的使用费等,同时针对善意获取人在接到权利人关于商业秘密侵权通知前后的具体情况变化进行区别性规定。^{〔65〕}

与此同时,比较法上关于侵犯商业秘密例外的相关制度也值得借鉴。如同前文所述,英美法基于判例法的传统,法官能够基于具体案情考虑限制商业秘密的保护,并使得后续的裁判得以遵循。美国法以公共利益为导向的原则为商业秘密的限制打下了最重要的基础。同时基于宪法基本权利的考量,司法实践中也出现了考虑到国家安全、公众健康、环境保护、言论自由等相关因素而被认定为不侵犯商业秘密的相关案例。^{〔66〕}对此,在后续的立法中可以借鉴比较法上的做法对具体情形进行类型化的列举和说明,以使保障商业秘密限制的相关规则得以完善。类型化的条款可以规定反向工程、独立研发、股东知情权、头脑知识、自动化决策的算法说明、善意获取人等已经相对成熟的免责事由。^{〔67〕}当然,值得肯定的是在市场监管总局起草的《商业秘密保护规定(征求意见稿)》第19条中已经有了相关的规定,在未来的商业秘密单独立法中应当着重规定商业秘密的限制环节。

五、结 论

既然《民法典》已经将商业秘密接纳为一种知识产权,并冠之以专有的权利之名,那么强化商业秘密的保护便是重要的方向和目标。商业秘密走向权利化不仅是基于《民法典》的规定,更在于财产权保护模式作为一种结构化的认知图式所具有的天然优势。知识产权法通过禁止未经许可使用智力成果或营业标记的行为,构建了无形财产权保护的法律框架,这也能为商业秘密立法提供参考范例。上述的经验体现在:首先,商标的保护从一开始的欺诈之诉到后来的权利保护的模
式,欺诈的故意已经不再被强调,而把重点放在消费者被欺诈的结果。^{〔68〕}因此,未来的商业秘密单独立法中可以将不正当手段的要求删除,这符合专有权法律效力的应有之义。即使未来的商业秘密单独立法没有将不正当手段的要求删除,司法实践中法院也只需要关注商业秘密被侵害的结果即可。其次,绝对权不区分排他性的范围和身份意味着任何人未经商业秘密权利人许可且没有法定的免责事由获取、披露、使用、允许他人使用都构成侵犯商业秘密的行为,因此无须“视为侵犯

〔63〕 参见汤茂仁:《论商业秘密善意取得制度在我国的适用》,载《法律适用》2013年第12期。

〔64〕 参见吕炳斌:《版权“一女多嫁”的解决之道——以善意第三人保护为中心》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2017年第12期,第37页。

〔65〕 参见宋建宝:《美国商业秘密的法律保护》,法律出版社2019年版,第138—144页。

〔66〕 参见黄武双:《商业秘密保护的合理边界研究》,法律出版社2018年版,第93—97页。

〔67〕 需要说明的是,所谓的头脑知识已经在我国的司法实践中有所运用。参见梁志文:《论商业秘密法上的头脑知识规则》,载《法学》2023年第6期,第99—102页。

〔68〕 参见张惠彬:《商标财产化研究》,知识产权出版社2017年版,第92—112页。

商业秘密”。立法上可以直接以共同侵权取代恶意第三人侵犯商业秘密的规定,这符合司法实践中的主流做法,也有利于加强商业秘密保护的力度。基于商业秘密客体的非公开性,贯彻过错责任原则以免损害竞争自由是必要的,并且在此基础之上应当建构善意获取人的相关规则,达到保护善意相对方的目的。最后,知识产权法立法模式的魅力还在于强调权利的限制,这恰恰是目前商业秘密制度比较薄弱的环节。为此,可以将反向工程、独立研发等已经成熟的免责事由作为类型化条款进行规定。实际上,在现有的商业秘密保护的相关制度中,已经大量地借鉴了知识产权的保护模式,具体体现在客体范围的界定、禁令制度、惩罚性赔偿等方面。^[69]可以说,知识产权的保护模式巧妙地和社会公共利益与权利保护之间找到了平衡,在今后商业秘密立法和研究中应当沿着知识产权保护的模式进行展开。本文仅是抛砖引玉,后续的具体制度建构还需要相关研究予以深化。

Abstract In the Civil Code of the People's Republic of China, trade secrets are officially included in the object of intellectual property and named as the exclusive right. It reflects the trend of entitling trade secrets as intellectual property. The reason for choosing the property right mode as trade secrets protection mode is not only based on the provisions of the Civil Code, but also relies on the advantages of the property right protection mode. As a structured cognitive schema, the property right protection model can better balance the relationship between the protection of trade secrets and the public domain, and also better meet the practical needs of trade secrets protection. On the basis of clarifying this premise, we can find that there is a conflict between the relevant provisions on infringing trade secrets in the Anti-Unfair Competition Law and the attributes of exclusive rights. The requirements for the means of infringing trade secrets are not necessary. The provision that the third party is regarded as infringing trade secrets does not accord with the logic of exclusive rights, and has been ignored and replaced in practice. In this regard, on the premise of clarifying that the form of rights and interests can be separated from the mode of protection, the relevant rules of infringing trade secrets can be constructed along the concept of exclusive rights. Specifically, the act of infringing trade secrets is stipulated as obtaining, disclosing, using and licensing without the consent of the rights holders. The rule of joint infringement is used to replace the rule of intentional third party infringing trade secrets, while constructing the innocent acquirer rules. In addition, the subjective element of infringing trade secrets should be clearly defined as the principle of fault, and corresponding restrictive clauses should be constructed. This is not only in line with the right attribute of trade secrets as an exclusive right, but also conducive to strengthening the protection of trade secrets.

Keywords Trade Secrets, Subjective Element, Joint Infringement, Innocent Acquisition

(责任编辑:曹博)

[69] 参见黄武双:《商业秘密的理论基础及其属性演变》,载《知识产权》2021年第5期,第14页。