

# 技术秘密及其法律保护

庞正中

我国实行“对外开放、对内搞活”政策以来，在加强引进外国先进技术的同时，不断开拓国内技术市场，出现了大量涉外的或国内的技术转让合同。在国内的技术转让合同中，非专利技术转让合同所占比重最大，而且，很大一部分非专利技术是技术秘密，这类合同的任何一方当事人都不会愿意对方将技术秘密泄露、传告出去或被窃取、利用。因此，如何完善技术秘密的法律保护制度，是摆在经济、科技、法律工作者面前的任务。

“技术秘密”一词，是概括英文中的know-How（通常译为技术秘密，专有技术或技术诀窍）、Trade Secret（译为商业秘密或贸易秘密）和Business Secret（译为工商秘密或工业秘密）得来的。技术秘密的法律性质涉及到技术秘密是不是一种财产权、是一种什么样的财产权的问题。国外学者对于Know-How、Trade Secret等术语的定义、范围、种类、法律性质一直是众说纷纭。联邦德国经济法学者赫伯特·施东普夫谈到，在1957年10月17日—18日的会议报告中，“国际商会提出了下述定义：‘一切有关产品制造的专门知识、操作经验和技巧可以称为Know-How。’在这次会议上，国际商会进一步阐明：‘这个定义不仅适用于秘密的配方和工艺，而且适用于已经申请专利的与制造方法相关的技术，即利用该项专利所必须掌握的技术；它还适用于企业通过研究开发的、尚未为竞争对手获取的实用的专门制造方法和技术知识。’”<sup>①</sup>世界知识产权组织（WIPO）为发展中国家拟定的《保护发明模范法》规定：“‘Know-How’是指凭经验或技能产生的，在实际中尤其是工业上适用的技术情报、数据或技术知识。”“条文规定Know-How是指技术情报、数据或技术知识。这可以适用于任何工业上的技术：制造技术、工序技术、装配技术、工程技术、质量控制技术。‘技术’一词使得Know-How的定义有所局限，即与‘发明’的定义相对应。这样，《模范法》的适用范围只限于‘技术性Know-How’，非技术性Know-How由其他法调整。”“关于Know-How的实用性，定义指出必须是‘在实际中尤其是工业上适用的技术’。这样，Know-How就不是指抽象的理论知识，而且是指已经得到开发，受让国工业企业能投入产品生产或其他经营活动的实用技术。一般来说，该Know-How在让与国企业将它转让出去前已经经过试验、改进并已臻于成熟。”<sup>②</sup>1986年来华讲学的联邦德国学者汉斯·赫尔曼·梅内恩指出，在实践中，Know-How所指的主要是技术性的Know-How，指的

① 《The Know-How Contract in Germany, Japan and The United States》，P. 10, Herbert Stumpf, 《The Know-How Contract in Germany》。

② 《WIPO Model Law For Developing Countries on Inventions》V. I, p.33—34.

是技术知识，诸如：设计图纸、研究成果和研究报告、开发工作的报告、有关某种产品的普遍有效的图表和计算结果、统计计算、公式和方案、零件清单、技术改进后的通知、附有时间进度和误差的工作计划、生产大纲、图纸、生产数据、生产报告、标准件最佳规格、检验原则、工程报告、工程设施和外部设施的数量计算、工作计划和安排的数据；也有涉及到商业知识方面的内容，如供货厂清单、客户清单、销售和市场机构的情况、宣传服务等工作的方法。美国学者认为，“在美国的合同中，‘Know-How’和‘Trade Secret’两个概念是交互使用的。《合同法重述》（1939年）中的Trade Secret的定义已被广泛地采用：一项商业秘密可以由任何配方、样品、设计或情报总和构成，它们使用于秘密持有者的营业活动中，使之有机会得到比不知道或没有使用该秘密的竞争对手要有利得多的优势。”<sup>①</sup>西方学者谈到Know-How、Trade Secret的法律性质时，都是从“财产理论”（property theory）和“诚信原则”（Confidential doctrine）出发进行分析的。越来越多的人认为，Know-How是一种财产，具有财产形式的共同特征，如有价值性、可能转让性等。对于Know-How、Trade Secret的范围，联邦德国一些学者常把两者区别看待，认为Trade Secret指商务内容的技术秘密，而且是独成一体或一整套的秘密技术，而Know-How、Business Secret一般指工业上的生产技术、经营技术和管理技术。然而许多国家不再区分Know-How和Trade Secret，通称为Know-How，指生产、流通一切领域为少数人独占的非专利技术。Know-How的范围比技术秘密的范围要大，Know-How当然包含一切技术秘密，但不以保密为先决条件，它还可能是一般的知识，可以转让，此时问题只取决于受让人在不签订技术转让合同的情况下是否有能力获得这种知识。

技术秘密的特性是较之于实物形态财产和工业产权而言的。首先，技术秘密是非实物形态的社会劳动产品，它可以表现为具有信息载体的技术成果，也可以存在于科技人员的脑子当中。技术成果不同于实物产品，有它的特性：一方面，大多数技术成果具有经济性，具有价值和使用价值，它们表现为潜在的巨大的生产力，可得到超前的经济效益，带来较本身成本倍增的价值；另一方面，其价值和使用价值不是通过交换和消费直观地表现出来，而是寓于技术成果的实施过程中，实施条件和实施水平的不同，都影响到使用价值的大小和对价值量的计算，即实施有风险性。冒风险夺效益是竞争环境中的企业所追求的，因此，技术成果这种尚未实施、独立存在的知识形态产品，被当作能生金娃娃的宝贝成为人们争夺的对象。从经济学角度讲，这种技术成果就是表现为财产物质权益的知识形态商品；从法学角度讲，它可作为财产权利有偿转让，技术成果持有者具有处置权，受让人可以获得实施权。总之，技术秘密具有经济性，本质上是一种财产权利，技术秘密持有者（或称拥有者）有占有、利用、处置技术秘密并获得收益的权利，有制止他人无正当理由获取、利用技术秘密的权利。第二，技术秘密的形成是经验和知识累积的结果，其发展前途有三：一是随着技术公开或技术扩散而走向老化衰竭；二是通过尽力保密，并未随着时间的推移而陈旧化；三是经过进一步开发、完善，技术秘密持有者在竞争中使技术秘密更有价值了。技术秘密的命根子是“保密”，保密性是其重要特点。第三，技术秘密是可能为多人所同时掌握的，所以技术秘密持有者不象实物形态财产的所有人那样有权排斥一切他人拥有同一技术秘密，而只是对自己的技术秘密有处置权，如自己抢先申请专利，自己将技术秘密转让给他人。因此，技术秘

<sup>①</sup> 《The Know-How Contract in Germany, Japan and The United States》，Page 259; James G. Staples and Leslie Bertagnolli, 《Know-How in the United States》.

密持有者不能对抗正当的竞争，即不能阻止别人独立研究搞出的不谋而合的技术，也不能追回从自己手里逸出的技术秘密，不能追究善意第三人的责任。第四，科技文件或称技术资料仅仅是技术秘密的一种信息载体，是表现形式，技术秘密的内容则是存在于载体中的技术创新。非专利技术转让合同受让方的目的在于获取技术秘密的内容，从而使自己在竞争中处于有利地位，而绝不单是为了得到技术资料。因而技术秘密法律保护的对象应是载体所包含的内容。第五、技术秘密的范围包括一切技术的秘密知识、经验，可涉及工业、农业、商业、第三产业一切领域，可以是成熟的工艺技术，也可以是阶段性的成果。

## 二

迄今为止，技术秘密主要是靠保密而不是靠法律维持其价值，从这一意义上说，技术秘密客观上也是一种专有技术，为少数人所秘密地独占着。那么，法律能不能赋予这种专有权以绝对的排他性呢？

在实行专利制度的国家，技术秘密持有者不申请专利是由于以下原因造成的：一是技术秘密持有者出于经济价值考虑，为了长期垄断技术秘密；二是由于该技术尚未列入专利法保护范围；三是因为该技术是由经验、诀窍或数据等组成的技术成果，难以表述为专利请求权项。

虽然至今各国工业产权法没有直接为技术秘密提供法律保障，但是许多国家有不少间接保护技术秘密专有权的法律规定。

**刑法的保护：**设立泄露技术秘密罪或泄密罪，适用于违反基于雇佣关系或合同关系而产生的保密义务的情节严重的泄密行为。日本在刑法修订草案中，就列有“企业秘密（泄密罪）”的条款。民主德国刑法典第172条对泄漏和窃取秘密罪作了专门的规定。

**商法的保护：**许多国家的商法都有通过保护商业活动中的经营秘密来维护技术秘密持有者合法权益的规定。特别是美国各州的普通法对商业秘密的保护更为详备。

**竞争法的保护：**将非法获取他人技术秘密的行为归为不正当的交易和竞争手段给予制裁。联邦德国《防止不正当竞争法》第17条、18条作了详尽规定。

**民法的保护：**将专有技术归为民事权利的特殊内容，实行保护。如联邦德国民法典第533条中的“其他权利”，依据司法解释，包括专有技术持有者对其技术的非独占的财产权利，非法地窃取和利用他人专有技术的，视为侵权行为，承担赔偿责任的责任。

**合同法的保护：**合同法对技术秘密的保护实为更实际而普遍的形式。通过合同和合同法，当事人的泄密行为可以得到有效防止，纠纷可以得到及时解决，损害可以得到合理补偿。因而，在目前可以说合同法对技术秘密的保护是最普遍、最有效的方法。

在我国，随着经济与科技的齐飞，保护技术秘密的要求已越来越强烈，尽快制定《科技人员劳动法》、《不正当竞争法》，并完善刑法对技术秘密的保护十分必要。

## 三

技术秘密靠保密维持价值主要是通过企业自用维持秘密状态和订立技术转让合同来实现的。如果技术秘密为企业自己所占有和利用，那么企业职工应对技术秘密负保密责任，这应由劳动法作出规定。

用订立技术转让合同的办法维持或增值技术秘密的价值，又是通过设立合同保密条款来完成的。保密条款的设定，使转让方与受让方之间形成具有法律约束力的债的关系。违反保

密条款的行为属于违约行为，应承担相应的法律责任。

我国调整国内技术转让合同关系的法律有民法通则、专利法、技术合同法。技术合同法第15条规定，技术合同的条款一般应当包括“技术情报和资料的保密”；第39条规定非专利技术转让合同的转让方和受让方的主要义务之一是“承担合同约定的保密义务”；第40条和第41条分别规定了转让方和受让方“违反合同约定的保密义务，应当支付违约金或者赔偿损失”；第7条还规定在计划推广使用非专利技术成果时，“使用单位对该项技术成果负有保密责任”。以上规定是当事人拟订和履行保密条款的直接法律依据。

保密条款一般包括以下内容：

(一) 负有保密义务的主体。首先，合同中的保密义务指转让方和受让方共负的义务，泄密不光是指受让方的泄密行为，也包括转让方的泄密行为。其二，合同中的保密义务应指双方当事人的义务，而不是指当事人一方内部成员的义务，也不是指第三方的义务。当事人一方内部成员的保密义务是劳动法意义上的义务。第三方只负有不为非法行为即侵权行为的法律义务，如果第三方以不正当手段获取或利用技术秘密，情节严重的可以构成盗窃罪。善意的第三方通过独立研究搞出不谋而合的技术，或者通过正当途径获得该技术秘密的内容，都是正当的竞争行为，不构成侵权。其三，合同中的保密义务可能延及再转让实施权合同（Subcontract）的受让方。合同应当明确规定，转让方是否允许受让方再转让实施权给他人，享有再实施权的人负有什么样的保密义务。合同还应规定，转让方是否允许受让方将技术秘密转移到联合体、合并后的新企业或与受让方有隶属关系且有法人资格的总厂（公司）或分厂（分公司、子公司）。总之，应当明确负有保密义务的人的范围有多大，“第三方”的含义指什么，不能笼统地写“该技术不再转让给第三方”等字样。

(二) 保密范围。指保密对象和地域限制。保密对象取决于标的条款的技术范围的规定。一般来说，技术范围有多大，保密的对象范围也有多大。当事人必须对特别约定的技术保密范围作出规定。总之一要使约定以后的合同产品能够特定化，与同类产品、伪造品能够区别开来，即保密的对象范围已经客观地反映在合同产品上。保密对象确定后，就可以判断什么样的行为属于挪用性质了。挪用是指使用该技术秘密生产合同产品之外的其它产品。挪用是否允许，挪用的程度或范围多大，挪用应否交费都应在合同中订明。采取禁止态度的，合同一般规定受让方只能将转让方的技术秘密用于生产制造合同产品；采取允许态度的，合同一般只规定转让方有就生产合同产品提供技术的义务，对于受让方挪用转移生产其他产品不加限制。

保密的地域范围即合同区域。合同区域的确定主要取决于转让的是独占的实施权还是一般的实施权。转让独占的实施权就是只转让给受让方一家，转让方自己也不再制造或销售用该技术生产的产品。这样，合同区域就十分大了。如果允许受让方再转让实施权，合同区域更大。转让独占的实施权还包括以下两种情形：（1）转让方承诺在某一合同地区内不再转让给第三方；（2）将用该技术生产的产品的某几个规格或某几个用途的独占实施权转让给受让方。在这两种情形中，对转让方来说，承担的保密范围要相对小些。转让一般的实施权，当事人双方也应当约定具体的保密地域范围。通常讲，谁受的限制多、谁的保密责任大，谁就应得到更多的好处，或者获得高昂的转让费。

(三) 保密时限。围绕保密时限的长短之争就是转让方与受让方的利益之争。例如受让方希望合同期满后即解除自己的保密义务，可以随意继续生产和销售跟合同产品一样的产品，可以将技术实施再转让给第三方。转让方则要求受让方最好在合同期满后仍负

有保密义务。双方协商妥协的结果往往是：受让方在合同期满后可以生产销售跟合同产品一样的产品，可以改进技术，但不得将技术再转让给第三方，在期满后一定期限内（如2年）仍负有保密义务。如果转让的是独占的实施权，合同可以约定，转让方对同一技术秘密的内容负有永久性的保密义务。

（四）违反保密义务的责任。合同约定违约金支付的条件、支付的数额或比率，免责条件；或者约定赔偿损失的条件、可预见的赔偿范围。

我国调整技术引进合同关系的法律有民法通则、涉外经济合同法、技术引进合同管理条例等。技术引进合同管理条例第2条第2款列举了技术引进合同的标的，“以图纸、技术资料、技术规范等形式提供的工艺流程、配方、产品设计、质量控制以及管理等方面的专有技术”（该款第2项）；第6条规定“供方应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者”；第7条规定“受方应当按照双方商定的范围和期限，对供方提供的技术中尚未公开的秘密部分，承担保密义务”。上述所指的专有技术引进合同，不论是单纯的技术秘密引进合同还是技术秘密与专利或商标混合许可合同，都应当约定保密条款。保密条款的内容与国内的技术转让合同保密条款内容大致相同，只是应当考虑到涉外因素。双方可以经过反复磋商达成保密条款，譬如受方在得到供方的价值保证或供方提供的选择权后承担合同期限内或合同期满后一定时期内（一般不超过5年）的保密义务。合同应当明确受方承担保密义务的范围是否包括本公司、行业、部门或地区。合同没有写明供方特别要求的，受方自然不承担保密义务。又如供方应对其所提供的技术秘密的合法拥有权和转让权作出保证，如果发生第三方指控侵权，供方应负法律上和经济上的责任。

技术引进合同当事人可以在保密条款或违约责任条款中约定泄密行为的责任，约定违约金的数额或损失赔偿范围。当事人选择中国法律处理其合同争议的，其保密责任的追究应依据涉外经济合同法第3章办理。

总之，合同法对技术秘密的保护是极严密、极灵活、极有效的措施，但只有使之与民法、工业产权法、刑法、竞争法、劳动法等衔接起来，才能形成技术秘密法律保护体系。

（作者单位：中国政法大学经济法研究室）

责任编辑：张 涵

\*\*\*\*\*  
(上接第30页)

（五）应规定行政强制执行的时效。现行法规只规定相对人履行义务的期限，而没规定执行机关执行的时限，这既不符合社会主义法律的平等原则，也不利于国家行政管理的效率。

（六）制定单行的《行政强制执行法》。在目前尚无“行政法典”的情况下，为统一行政强制执行的主体、程序和方法，制定一个单行的《行政强制执行法》作为过渡，不仅是必须的，而且是可行的。

（七）设置和健全行政执行机构。扩大行政执行权的结果，势必要求行政机关设置和健全专门的行政执行机构以处理日益增多的行政执行案件，这种机构必须具备既能审查处理决定的合法性又具有强制执行的手段。

（作者单位：中国政法大学研究生院）

责任编辑：苏尚智