

利益平衡：论商业秘密的竞争法保护与规制

——以《关于滥用知识产权的反垄断执法指南》为视角

胡良荣

内容提要：从经济学理论分析，商业秘密竞争法保护意在激励知识财产的创造；从竞争理论分析，商业秘密竞争法规制旨在实现社会资源的合理使用和优化配置。利益平衡是包括商业秘密在内的知识产权法一直追求的价值目标，而包括商业秘密在内的知识产权法追求利益平衡要求有效控制垄断。我国竞争法对商业秘密的保护和对商业秘密权利滥用的规制仍存在许多问题，有待进一步完善相关法律，配套制定相关规章制度。

关键词：商业秘密 竞争法保护与规制 利益平衡 反垄断执法指南

Abstract: According to the economic analysis, the purpose of the protection of trade secret through the competition law is to motivate the creation of intellectual property. According to the analysis of competition theory, the aim of regulation of trade secret under the competition law is to realize the reasonable use and optimal allocation of social resources. Balance of interests is the purpose which the whole intellectual property law including trade secret is pursuing; and in the pursuing of it, the control of monopoly should be effective. There are many problems in protection of trade secret and the regulation of abuse of trade secret under the competition law, and the relevant laws and regulations should be made perfect through modification.

Key Words: trade secret; protection and regulation by the Competition Law; balance of interests; Instructions of Enforcement of Anti-Monopoly Law

引言

作为无形财产的商业秘密，伴随着技术经济和知识经济的兴起、发展，其价值意义愈显突出，逐渐成为企业竞争中至关重要的资源优势。目前我国对商业秘密法律保护体制还不是很完善，仍需加强对商业秘密的法律保护；与此同时，为了追逐利益最大化，企业自然而然会滥用这种优势，与市场上其他竞争者，如劳动者、消费者展开竞争并不惜损害他们的利益。针对包括商业秘密在内的知识产权滥用行为，《国务院反垄断委员会关于滥用知识产权的反垄断执法指南》（以下简称《指南》）已经出台，将对包括商业秘密在内的知识产权滥用行为进行有效的竞争法规制。

通说认为，竞争法由反不正当竞争法和反垄断法两个基本部分组成，看待和处理商业秘密

问题也需要从这两部法律的不同视角进行，这是因为，两者在目的、作用、规范方式以及调整方法和救济措施等方面都存在不同。总体来说，为商业秘密提供补充或者兜底的保护是反不正当竞争法的重点所在，对商业秘密滥用行为进行规制则是反垄断法的重点。正如《指南》序言所指出的：“保护知识产权有利于激励创新和促进动态竞争，反垄断有助于维护公平竞争并产生创新的压力和动力，反垄断与保护知识产权具有共同的目标，即促进竞争和创新，维护消费者利益。但是，滥用知识产权排除、限制竞争行为损害了公平竞争……”因此，商业秘密竞争法保护和规制的理论基础侧重点虽有不同，但目标却是一致的，即“通过一种激励机制，诱导当事人事前采取从社会角度看最优的行动”，^①并立足于创设效率本位的制度；与此同时，明确构建一个商业

作者简介：胡良荣，江苏大学法学院教授，江苏省知识产权研究中心教授

基金项目：本文系2013年度教育部社科基金项目“私法视域下我国知识产权变动模式研究”（13YJC820067）的阶段性研究成果。

① 张维迎著：《信息、信任与法律》，北京三联书店2003年版，第79页。

秘密保护的法定域，对商业秘密权利滥用行为进行有效规制，以实现各方利益的平衡。

一、从经济学理论分析，商业秘密竞争法保护意在激励知识财产的创造

商业秘密是一种无形资产，而“世界上当前单项资产价值最高的是无形资产，经济技术寿命最长的是无形资产”。^②但是，商业秘密不具有普通有形财产的绝对排他性，它“无权禁止他人独立研制并使用、公开相同的技术信息和经营信息；也无权阻止别人对相关产品的旨在揭露其秘密的反向工程。”^③据此，我们从经济学理论分析，有助于加深理解竞争法意义上对商业秘密的保护意在激励知识财产的创造。

首先，激励机制直接影响着商业秘密的创造活动。“如果不对知识财产创造成果提供足够的保护，人们就不会有足够的动力从事该项创造活动，从功利的角度考虑，在确保为知识财产提供足够激励的层面上，知识产权确保了市场主体的投资行为能够获得及时、有效的回报。”^④“逐利”是人与生俱有的天性，总试图“占便宜”或避免“吃亏”，尽可能不承担或少承担义务就享受权利，是每个“经济人”的追求。因此，为打消他们此类想法，并让他们为不承担义务就享受权利的行为付出更大的成本甚至在他们看来已经吃亏，必须创设相应的制度，以有效制止他们的行为。他们使用权利人的商业秘密，如果只需花费很低甚至为零的成本，将会助长他们肆意的侵权行为。如果开发者付出了物力、精力而取得商业秘密，却鲜有回报甚或无以回报，其取得的收益远低于付出的成本，那么，就不会萌生开发、创造的动机和激情，即使开发新技术、新信息的工作已在进行之中，也将失去后续创新的动力。

其次，激励效应在于能使商业秘密权利人获取大于成本的收益。^⑤对具有商业信息的一种事实垄断是商业秘密权利属性的基本意涵。现实生活中有人不想承担义务就想享受权利，他们为

最大化的获取自身利益，常常会不择手段地肆意猎取，使商业秘密权利人及整个社会的利益受到严重损害。对此，“激励机制希望通过利用人们趋利避害的本性，运用诱导促使人们进行某种活动，或设计某种额外的责任负担阻止人们进行某类活动。”^⑥为此，必须在充分保障商业秘密权利人享有商业秘密权利的同时，对不正当的侵权行为作出严厉的惩罚性赔偿和刑事惩罚的规定，以此警示和威慑侵权者。

二、从竞争理论分析，商业秘密竞争法规制旨在实现社会资源的合理使用和优化配置

（一）实现商业秘密资源合理使用和优化配置需要竞争

所谓竞争，是指为追求同一目标，在两个以上主体间展开角逐并试图取胜于对手的社会现象。“竞争是获致繁荣和保证繁荣最有效的手段。只有竞争才能使作为消费者的人们从经济发展中受到实惠”^⑦。在实现商业秘密资源合理使用和优化配置方面，竞争的作用十分明显。

1. 有助于商业秘密资源配置的优化

资源是指可供利用的各种财产的总称。人类权利观念进化的一个重要标志是，将财产从自然的事实占有状态到产权归属的界定。因此，法律保护商业秘密之首要任务是，保护权利人的合法权益，即对商业秘密产权进行界定，明确其财产归属。但是，财富只有在财产高速运动和资源得到合理使用与优化配置时，才得以快速增长。也就是说，财产的增值不能停留在财产的静态归属本身。作为一种社会财富的商业秘密，其利用的重要性不亚于权属的确定，甚至更为突出。对于商业秘密的利用，在当今时代，信息化与科学管理要求我们：以现在的创造性利用取代过去的简单依赖和利用，为创造更好的效益须借助于专家管理和组织生产。如何才能避免浪费而将

② 蔡吉祥著：《无形资产学》，海天出版社2002年版，第5页。

③ 韦之：《论不正当竞争法与知识产权法之间的关系》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》1999年第6期。

④ 杨明：《知识产权制度与知识财产创造者的行为选择》，载《中外法学》2012年第4期。

⑤ 胡良荣：《激励与规制：商业秘密保护的经济学分析》，载《知识产权》2013年第11期。

⑥ 刘秀：《商业秘密刑事保护的经济学根据及制度安排》，载《法学论坛》2012年第6期。

⑦ [德]路德维希·艾哈德著：《来自竞争的繁荣》，祝世康、穆家骥译，商务印书馆1983年版，第154页。

有限的商业秘密资源更有效地交到最能利用该资源的主体手上，必须解决两个方面的问题，即：由谁使用商业秘密；如何确立有效的商业秘密流通环节。商业秘密资源的相对有限，与人们对其无限的需求之间永远是一对矛盾，为促进人类经济和社会发展，我们必须尽力使有限的商业秘密资源发挥最大的经济效益。而竞争的激励机制和淘汰机制具有优化商业秘密资源配置的重要功能。竞争促成了某种特定的技术信息和经营信息资源在部门之间的转移和重新配置，随之引发资本结构、劳动力结构以及部门结构的调整和优化，以实现社会总的商业秘密资源得到最佳配置效果。具体说，优胜劣汰是竞争对商业秘密资源优化配置作用的显性表现，只有较好地满足了消费者强烈需求的商业秘密，才会吸引并促使其引导投资人的关注并为之努力。正如经济学家阿门坦诺（Armentano）强调的那样：“只有通过这种竞争发现过程，企业才能决定怎样有效地配置资源。”^⑧

2. 推动技术信息和经营信息的不断更新、创新

竞争需要技术，竞争需要信息，竞争需要创新，作为商业秘密组成部分的技术信息和经营信息在竞争中需要不断更新。商业秘密的竞争优势常常表现为权利人独自掌控着一定的技术信息或经营信息。竞争者为适应竞争的需要，除必须采取措施保证商业秘密不被公开，还要不断进行新技术的研制、开发，不停地进行新工艺的设计，新品种、新式样的研发，不断拓展新的客户。要想战胜和超越别人，要想拥有更多的市场份额，必须不断创新。经济学家熊彼特曾深刻地指出：“竞争经常是一种连续的创造性的破坏过程，它来自新商品、新技术、新供给来源、新组织类型，它占有成本上或质量上的决定性优势。”^⑨技术信息和经营信息不断更新的动力和压力均来自于竞争。

3. 提高商业秘密的经济效益

竞争的激励和淘汰功能对商业秘密竞争者的经济效益发挥着重要作用。首先，人们的聪明才智和创造活力能得到最大限度地激发，人们为追

求商业秘密的利用效率以提高经济效益而敢于冒险，勇于进取；其次，逆水行舟，不进则退，不优则汰，商业秘密竞争者面临着承受巨大市场压力的风险，而竞争者永远以利润最大、效益最高为不断进取的目标，为此，战胜这种压力需要竞争者有坚持不懈的努力和持久拼搏的动力。正因如此，列宁认为，竞争“在相当广阔的范围内培植进取心、毅力和大胆首创精神”。^⑩商业秘密竞争者要最大限度地提高效率而取得效益，就必须以最低的成本生产最好的商品或提供最好的服务，必须把技术信息和经营信息利用到极致。在一定意义上说，竞争是商业秘密的效率之本，效益之源。

4. 调节商业秘密的社会分配

优胜者之所以能取得较多的商业秘密利益，是得益于优胜劣汰的竞争机制。在某种意义上说，竞争有调节社会分配的重要功能。商业秘密竞争分配由客观的竞争力量所决定，并不以个人的主观意志为转移。其主要受制于两个方面：（1）商业秘密竞争者的能力和辛劳付出。竞争分配是按能、按劳分配，能在竞争中获胜并取得更多竞争收益的，一定是能力比别人更强，辛劳比别人付出更多的人；（2）商业秘密人的分配所得同消费者的需求结合，较好地满足了消费者的需求，是参与分配，得到收益的前提。商业秘密权人所得的分配额与消费者满意的程度成正比，“竞争在很大程度上是信誉和善意的竞争……竞争的作用正好告诉我们谁为我们服务得更好”。^⑪

（二）商业秘密垄断破坏和妨碍自由竞争

商业秘密权的垄断性可能使商业秘密权人运用各种“积极性租金”而获得利润，使私人利益达到最大化，这将减少社会对商业秘密资源分享的后果。主要表现为：

1. 损害资源配置效率

一般而言，凡是垄断都会产生妨碍或排斥竞争的后果。企业垄断或国家垄断，合法垄断或非

⑧ Dominick T. Armentano, “Antitrust and Monopoly”, John Wiley & Sons 1982. p. 27.

⑨ 同注释⑧，第31页。

⑩ 《列宁选集·第3卷》，人民出版社1972年版，第392页。

⑪ [英] F.A. 哈耶克：《个人主义与经济秩序》，贾湛、文跃然等译，北京经济学院出版社1989年版，第91页。

法垄断概不例外。经济学理论认为，在交易中，最经济合理的资源配置是各方各取所需。其表现为，买方以他认为最合理的代价，在经过讨价还价自愿达成的交易中取得了资源，卖方得到了可以接受的回报而放弃了其原本拥有的资源。但在商业秘密资源垄断存在的情况下，消费者想要得到所需的商业秘密资源，必须支付多于正常价格的代价，这对消费者而言显然是不公平的，也直接损害了资源配置的效率。

2. 损害经济民主

经济资源、经济机会能为多数人平等地分享就是经济民主。只要有商业秘密垄断的存在，就会不同程度地对经济民主造成损害。即使是由产品特性的内在需要导致的自然垄断，也会出现其他主体无法分享该独家企业在市场上经营并取得经济利益的结果。在商业秘密权利人垄断其权利的方式进一步表现为滥用市场支配力或联合起来，以各种不正当、不公平的手段对竞争对手施以排挤，使他人行使权利受到妨碍、限制甚至被剥夺时，将会对经济民主造成更大的损害。

三、我国商业秘密竞争法保护与规制的利益平衡理论：冲突与互补

（一）商业秘密保护与反垄断法的潜在冲突

推动竞争和鼓励创新是商业秘密保护以及反垄断法共同的目的。但它们实现目的的方式不同：前者是通过保护权利人的专有权，以某种限制竞争的方式来激励人们在商业秘密领域的创新活动；后者则基于限制竞争会损害现实和潜在竞争的考虑，通过反对限制竞争来推动竞争。商业秘密与一般财产权一样，也具有限制竞争的可能，因而也要受到反垄断法的规制。法律在赋予权利人有权通过其发明创造在竞争中取得优势甚至垄断地位的同时，又不允许商业秘密所有人因其合法垄断地位而严重妨碍、限制或者扭曲市场竞争。因此，在一定意义上说，反垄断法与商业秘密保护的冲突不可避免。如商业秘密的转让，肯定与受一定程度保护甚至取得垄断权的某个技术秘密或者经营秘密相联系。设置这样那样的限制并不违背商业秘密保护的规定，但就是这些限

制，从反垄断法的角度看，则可能违法。

（二）商业秘密保护与反垄断法的互补性

商业秘密保护与反垄断法之间除有冲突的一面，是否还有相互补充的一面，答案应该是肯定的。原因在于：它们共同的目的是鼓励创新、提高经济效率和增加社会福祉。通过对技术信息和经营信息创新的激励机制来提高企业的效率和增进消费者福利，则是商业秘密保护实现目的的手段。通过反垄断和推动竞争来提高企业效率和增进消费者福利，是反垄断法实现目的的途径。事实上，企业不断新技术信息和经营信息，既是参与市场竞争的需要，也是参与市场竞争的过程。为企业的创新活动提供最大的激励机制，使商业秘密保护的专有权产生真正的社会价值，都离不开自由竞争的市场，因此，在本质上说，反垄断法与商业秘密保护没有冲突，而是相辅相成。

（三）商业秘密竞争法保护与规制的利益平衡理论

1. 利益平衡的基本涵义

所谓利益平衡，是指“通过法律的权威来协调各方面冲突因素，使相关各方的利益在共存和相容的基础上达到合理的优化状态。”^②法律所保护的利益间产生纠纷是时有发生的现象，此时，为使相关利益达到或趋于平衡的依据必须是：公平、正义价值观，利益的位阶，利益实现的顺序等。在当代社会，法律的制定和实施都必须以利益平衡为重要原则。当各方利益发生矛盾和冲突时，要全面考虑，恰如其分地处理。充分评估、衡量和安排所有需要保护的利益，使法律关系所涉的主体各得其所，尽可能地避免过分施惠和偏袒一方或损害一方现象的发生。这应成为制定法律的出发点和实施法律的落脚点。“法作为社会控制的手段，必须规定各种利益的分配，平衡各种利益关系，有时法还是各种不同利益相互平衡与妥协的产物。”^③

2. 利益平衡是商业秘密保护追求的价值目标

作为知识产品的商业秘密，在利用的过程中，也会形成国家、产权人、用户或社会公众的不同利益。对这多重主体的不同利益需要进行协

^② 陶鑫良、袁真富著：《知识产权法总论》，知识产权出版社2005年版，第17-18页。

调,尤其要协调好产权人与社会公众之间的关系,以平衡他们之间的利益。“知识产权法利益平衡的主要目标当然是合理确定知识信息的首创者或权利人与社会公众之间的权利义务关系,实现信息的私人占有与公众的信息利用权之间的协调,即平衡个人私权与社会公众之间的利益关系。”^⑬作为知识产品的商业秘密,社会公众也会因其产权进入市场流转而得以使用。正是这种使用,商业秘密权人将其知识产品由潜在权利变成了现实权利或利益。正因如此,对知识产品的创造者与使用者之间的关系进行平衡和协调就成为包括商业秘密在内的知识产权法的重要任务。

为保证商业秘密的开发者对开发的商业秘密能取得利润,除在制度设计上强力刺激他们去创造新的知识或信息,还必须为他们提供一个受管制的市场,并给予一定的垄断权;与此同时,也必须规制商业秘密权利人基于索取高价而阻止新的知识或信息被使用,影响资源优化配置的行为,以避免消费者因为难以支付高昂的费用不去充分使用该知识或信息。“没有合法的垄断就不会有足够的信息生产出来,但有了合法的垄断又不会有太多的信息被使用。”^⑭有效破解这一悖论,必须以对价与衡平为原则,坚持在充分保护商业秘密权利人合法权益的同时,对商业秘密产权交易进行有效规制,兼顾权利人利益与社会公共利益的均衡与保护。商业秘密“作为私人产品必须保证私人收益与社会收益尽可能一致,而作为公共产品则必须让社会普遍受益,使知识信息最终成为共享资源”。^⑮在界定和利用商业秘密权时,充分认识私权保护的必要性固然重要,但对这种保护要把握好度,过度和不足的保护都是不可取的。同时,也必须合理而适当地规制商业秘密权利的行使,这也是必不可少的。

具体而言:一是商业秘密权人控制和使用知识产品不应有绝对的、无约束的自由。这是因为,“自由是做法律许可的一切事情的权利”。^⑯二是禁止权利滥用。权利人得到的保护应在法律设定的权利限制和利益平衡的范围之内。法律所设定

的限制或允许的范围一旦被权利人超越,又对他人和社会公共利益造成了损害,就构成了必须以禁止的权利滥用。因此,我们必须设计与选择商业秘密保护、规制的制度,反复权衡各方的利益和得失,应以保证权利人享有独占使用其技术信息或经营信息的权利为前提,与此同时,也要保证他人能合法使用或被许可使用该技术信息或经营信息而不受任何影响。

3. 包括商业秘密在内的知识产权法追求利益平衡要求有效控制垄断

商业秘密是一种私权,实现私人利益是商业秘密保护的首要目的,但商业秘密保护也具有重要的社会公共利益目标,在相当大的程度上说,该目标能通过其自身的机制来实现,但在知识经济条件下,商业秘密权利极易被不断扩张、强化甚至被滥用,而在调整手段和方法方面,商业秘密私法存在局限,不能完全解决该领域社会公共利益问题,特别是商业秘密本身所形成的危害竞争的垄断,打破了由知识专有权和知识共享权相互制约的利益平衡时,运用反垄断法这种外部力量控制垄断就成为非常必要的选择。只有如此,才能恢复和实现利益平衡。也就是说,当单靠私法不足以维持商业秘密保护所追求的产权专有与知识共享的利益平衡时,利益平衡目标的实现就必须借助反垄断法这一公法的适度介入。反垄断法在规制商业秘密垄断行为方面,“所要达到的主要目标,就是通过适用各种调整手段来弥补传统民商法调整缺陷,以不断解决个体营利性和社会公益性的矛盾。”^⑰就一般而言,意在创设一种在合理限制竞争基础上增进有效竞争的机制,是包括商业秘密在内的知识产权立法的追求。但是,当商业秘密权人凭借知识专有权优势,以损害其他经营者、消费者合法利益和社会公共利益,妨碍、限制竞争时,就会使公平竞争机制发生扭曲和损害。离开反垄断法的约束,商业秘密权人可能会从事严重的反竞争行为。为此,寻找商业秘密保护与反垄断法最佳平衡点就成为一个十分迫切的问题。一方面,要充分保障商业秘密

^⑬ 张文显著:《法理学》,法律出版社1997年版,第54页。

^⑭ 任寰:《论知识产权法的利益平衡原则》,载《知识产权》2005年第3期。

^⑮ [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店1994年版,第185页。

^⑯ 高德步著:《产权与增长:论法律制度的效率》,中国人民大学出版社1999年版,第124页。

^⑰ [法] 孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1982年版,第192页。

^⑱ 张守文、于雷著:《市场经济与新经济法》,北京大学出版社1993年版,第96页。

权人的利益，公平补偿他们的创造性劳动，以进一步激活他们从事智力创造活动的积极性；另一方面，“当权利人在行使知识产权超出法定范围，与反垄断法通过保护竞争所要实现的社会实质公平和社会整体效益相冲突时，反垄断法应优先适用，以对知识产权的行使行为加以必要的限制。”¹⁹

总之，互动与协调的平衡关系存在于商业秘密私法保护的私人利益与反垄断法所保护的公共利益之间。商业秘密私人利益保护与反垄断法社会公共利益保护目标的同时实现，必须运用反垄断法规制商业秘密垄断行为。这样，“借助于知识产权法的制度外的平衡机制——通过反垄断法确保知识产权私人利益与公共利益的平衡，这种平衡也是知识产权人自身权利与义务平衡的要求，体现了激励创新与确保有效竞争的双重功

效，这种功效最终体现为促进经济发展、科学进步、增进消费者整体福利。”²⁰

结语

作为知识产权重要成员的商业秘密，其个性化特征较为突出，它与竞争法之间不仅有一致的一面更有冲突的一面。反不正当竞争法对商业秘密的保护与反垄断法对商业秘密权利滥用的规制，是竞争法对商业秘密调整的两个方面，然而我国现行这两部法律对商业秘密的保护和规制仍存在许多问题，应进一步予以完善。现阶段，应立足于我国经济社会的发展情况，吸收、借鉴发达国家相关立法经验，尽快修订、完善我国的《反不正当竞争法》和《反垄断法》，制定配套的规章制度，为我国的经济的发展提供良好的法律环境。■

¹⁹ 王先林著：《知识产权与反垄断法》，法律出版社2001年版，第88页。

²⁰ 冯晓青著：《知识产权法利益平衡理论》，中国政法大学出版社2006年版，第500页。

（上接第37页）

定最接近的现有技术，这其中涉及对技术领域、技术特征、技术效果以及解决的技术问题等的判断，这些问题法官会通过被诉决定、技术调查官的技术审查报告、当事人的诉辩主张等进行判断。第三，确定发明的区别特征和实际解决的技术问题，这涉及对于最接近的现有技术和本专利之间的比对，是基于对各自技术方案的理解进行判断，这一部分实践中多需要借助技术调查官的专业知识和当事人的技术意见进行综合判断。第四，关于公知常识的判断问题，由于法官本身不是本领域的技术人员，公知常识、惯常手段、动机、启示等需要通过技术调查官的本领域知识及当事人的举证来进行判断。最后，是否具有创造性的问题，这是一个法律的问题，是法官行使司法裁判权的体现，无需借助技术调查官等技术查明方法来完成。

知识产权技术类案件由于专业性强，涉及技术问题复杂，一直以来在司法实践中是最难啃的硬骨头。为破解技术难题，各国在审理技术类知

识产权案件时采取了不同的思路 and 方式。但从总体上来讲可分为两种基本思路，第一种思路是内挖潜力，从合议庭入手，挑选具有技术背景的法官组成合议庭，由合议庭负责技术事实的查明，这以德国司法实践为典型；第二种思路是外请助手，从当事人入手，通过专家证人参与诉讼，便于法官查明技术问题，这以美国司法实践为典型；又或者将技术问题外包，通过中立第三方专业鉴定机构出具鉴定意见或由技术专家独立查明技术事实。前述两种思路随着各自在司法实践中的运用和发展，为了更好的攻克技术问题又出现了彼此借鉴和融合的趋势。目前，北京知识产权法院在司法实践中采取的多元化技术事实查明机制就是融合了前述两种思路，内强合议庭技术力量，外借第三方知识通过庭审实质化实现对技术事实的查明。多元化技术事实查明机制在不同案件中通过不同的组合形式实现最优力量，但各种技术查明方法与法官的判断之间如何实现最大程度的还原技术事实本身，仍需要在实践中不断探索。■