

# “竞业禁止与商业秘密保护研讨会”在北京举行

12月20日,多位来自国内知识产权法学领域的著名专家齐聚北京,就本报曾经报道过的《金龙集团:一波三折维权路》一事,共同探讨了这起案件所引发的“竞业禁止与商业秘密保护”相关问题

■ 记者 李代广 北京报道

近年来,因为员工跳槽而引发的侵犯商业秘密案件频发,在这些案件中,金龙精密铜管集团股份有限公司(下称金龙集团)与江西耐乐铜业有限公司(下称耐乐公司)之间围绕商业秘密侵权纠纷而展开的激烈对抗尤为典型,该案从管辖异议到指定管辖,辗转多地,案情复杂,争议不断,由此案引发的一系列知识产权问题,也引起了社会各界的广泛关注。

该案一审判决后,立即引发巨大争议。

12月20日,国家最高人民法院知识产权庭原庭长、金杜律师事务所高级顾问蒋志培,中国社会科学院知识产权中心研究员周林,北京大学法学院教授郑胜利、清华大学法学院教授王兵,中国社会科学院知识产权中心研究员张玉瑞,中国政法大学无形资产管理与研究中心主任冯晓青,北京市务实知识产权发展中心主任程永顺,中国人民大学法学院院长曲三强,中国人民大学知识产权学院副教授张广良等多位来自国内知识产权法学领域的著名专家齐聚北京望楼楼宾馆,共同探讨这起案件所引发的“竞业禁止与商业秘密保护”相关问题。

与会专家认为,认定是否构成商业秘密是审理此类案件的难点;在认定商业秘密侵权案中被侵权人损失时,应当综合考虑被侵犯的商业秘密本身的技术价值和其在同业竞争中所产生的竞争优势;在确定商业秘密侵权案的赔偿数额时,法院应避免轻易采用酌定赔偿,当事人应积极举证证明自己所受到的损失;商业秘密保护问题应当引起社会舆论的关注,立法机关应在适当时期出台商业秘密保护特别法,企业应当将商业秘密保护作为一项重要工作来抓。

## 焦点一:如何认定商业秘密?

周林:商业秘密对于企业而言,就好比“一招鲜,吃遍天”。就本案而言,金龙集团所掌握的技术秘密就是“一招鲜”,该技术秘密是由金龙集团投入大量时间和精力研发出来的一种生产工艺,并不为公众所知悉;金龙集团为保护其技术秘密采取了相应的保密措施。另外,耐乐公司在获取该技术秘密后,其利润得到了突飞猛进的增长,这正说明了该技术秘密的商业价值。由此看来,金龙集团所掌握的的技术秘密符合我国反不正当竞争法中关于商业秘密的构成要件。

郑胜利:在本案中,商业秘密应当包含整个制造工艺,是作为一个完整的技术方案存在的,而不能拆解成几个技术点。法院已经认定原被告双方在操作规程上存在基本相似,而被告以前有一套操作规程,但是后来出现了更改,那么是什么时候改成现在的操作规程的?这个可以请求法院让对方提供证据,比如说被告现在这个操作规程是哪一年制定的?谁制定的?之前的操作规程是什么?这就是举证责任人的问题。

蒋志培:侵犯商业秘密案件在我国属于比较难审理的一类案件,在此类案件中,法官认定是否构成商业秘密是最难的环节,而这个难点怎么攻破?我认为主要

体现在证据上,依据证据认定是否构成商业秘密。但在实践中,经常会遇到商业秘密案取证难的情况,针对这一现象,最高人民法院制定了反不正当竞争法司法解释,在商业秘密保护现有立法的基础上,作了一系列的具体规定,内容涉及商业秘密案件如何举证等。就本案而言,一审法院已经认定涉案技术方案属于商业秘密,综合金龙集团的上诉理由考虑,金龙集团应提交相关证据证明其所持有的技术秘密到底价值几何。

王兵:窃取商业秘密最主要的目的是在同业竞争中获得优势,耐乐公司通过不正当竞争手段获取了金龙集团的商业秘密,这恰恰能说明该商业秘密蕴含巨大商业价值,具有实用性。关于商业秘密认定的方法,我认为,被告侵犯了某几个点的技术秘密就是侵犯了整个技术方案,因为原告提出的非公知技术与已有的技术结合起来即形成了新的技术方案,就构成了商业秘密。

张玉瑞:本案的一审判决中,已经认定被告侵犯了原告的商业秘密,但关键点在于已经认定的被侵犯的19项技术秘密到底占不占主要地位?法院认为这些技术秘密并不十分重要,但被告通过利用这些技术秘密取得了之前不曾取得的高额利润,所以在是否是主要技术的认定方面还存在得商榷。另外,关于原告的操作规程存在多大程度上公开,因为被告的获取渠道并不合法。最高人民法院的司法解释有明确规定,以非法手段获取商业秘密以后,再认为该商业秘密是从公开渠道可以获得的证据不予采纳。

## 焦点二:如何认定权利人损失?

王兵:窃取商业秘密不单单是窃取技术的问题,因为商业秘密最主要的价值是在同业竞争中取得竞争优势。这种竞争优势可以体现在两个方面:一个方面是我方拥有这种技术而竞争对手没有,另一方面是在时间上的优势,通过利用这一优势提前抢占市场。在本案中,法院已经认定被告窃取了原告19项技术,但给出的结论却是这些技术不是主要技术,不起主导作用。实际上,所谓其主导作用,不能仅仅从技术本身的构成来看,也要从竞争的角度进行考量。要搞清楚某项技术在同业竞争中起的作用是什么,比如说哪项技术对产品质量很关键,缺少这项技术产品的质量就不达标;哪项技术的使用会提高产量等等。而这些关键技术,如果对方自己进行研发需要花费多少人力、物力、财力,而通过窃取商业秘密使自己获利,获利多少可以成为计算损失的一个考量要素。

蒋志培:如果对认定的技术秘密没有意见,接下来就要确定这些技术秘密所具有的价值,特别是对方使用这些技术秘密产生的价值在哪里,应该着重对这个问题进行讨论。我国法律和司法解释明确规定,在认定被侵权人的经济损失时,可以按照被侵权人的损失计算,也可以按照侵权人因侵权行为而获得的利益计算。原告认为自己受到了损失,而自己的产量和收入并没有减少,这就可以通过计算被告因侵权而获得的利益来认定损失。

程永顺:关于侵犯商业秘密的认定,

表面上看是鉴别某个文件,在本案中即所谓的工艺说明书,但这只是描述这个技术的载体,实际上鉴别的应是文件中描述的整个工艺。而在整个工艺中只要有一个至关重要的点被侵犯了,比如说温度,那就等于整个工艺就被侵犯了,这个技术秘密就被对方窃取过去了。本案中法院认定的19个秘密点之间是什么关系?提出来的67个秘密之间又是什么关系?跟专利又是什么关系?这些都可以通过技术人员,从技术的角度厘清关系,突出重点。损失的认定与这些方面都密切相关。

冯晓青:本案原告认为被告侵权内容有很多,而被告表示主要流程和工艺在国内是公知技术。本案不是针对整个铜管轧的技术,而是特定的生产流程和生产工艺,其中被侵犯的商业秘密应该是对产品质量保障来说是绝对必要的。对法院已经认定的19个技术秘密点,对于被告生产产品的过程,特别对质量保障、效率提高到底发挥了多大作用,这个是可以从技术上进行梳理和论证清楚的。比如说可以提出一个比例,80%或者90%。以此来认定侵权损失不失为一个好办法。

## 焦点三:如何认定商业秘密侵权案的赔偿数额?

曲三强:这个案件在定性上没有太大的争议。法院认定被告已经构成了商业秘密侵权,从而通过肯定侵犯商业秘密往上追溯的话,也可以推论出跳槽的几个人已经违反了竞业禁止的合同约定。性质已经确定了,对方实际上也是在一审中败诉了。但是赔偿数额这是有争议的。显然原告最耿耿于怀的就是赔偿数额,远远没有达到他们的诉求预期,差距非常大,为什么会产生这种差距?这就需要认真进行分析。

蒋志培:对商业秘密侵权案赔偿数额计算的问题,从现实情况来看,有的案子认定赔偿数额极大,但是多数案子认定赔偿数额比较小。为什么判赔数额小的案子居多?从法院方面反馈的信息来看,一个原因是取证难,原告举证不充分,法院只能依照较低数额判赔;第二是根据一些法律或司法解释的规定,数额计算困难的,可以采用法定赔偿。但是现在的情况是,法院往往在证据不足时就采用法定赔偿,又可能因为双方最后形成了调解方案,所以造成赔偿数额较小的问题一直存在。因此,要解决这个问题,作为当事人,在提出诉求时应有充分的证据支撑,与法院形成良性互动,从而获得较好的司法支持。法院也应该充分考虑当事人的实际损失,而不要轻易使用法定赔偿。

张广良:根据最高人民法院的规定,本案涉及到技术秘密问题,可以参照专利法规定的损害赔偿的数额计算方法。而认定商业秘密价值最公平的方法是看这样一套技术方案的市场价值是多少。其实现关于商业秘密的赔偿原则一般是这样的:按照原告的损失、被告的侵权获利或者法定赔偿来计算。不过当前赔偿额计算有一个问题,就是在很难准确地对商业秘密的价值进行评估的时候,会出现一种不确定性,那这样一种不确定性的后果,应该是由哪一方进行承担?到底由权利人承

担还是由涉嫌侵权人承担?根据国外的比较成功的做法,当出现不确定性的时候,这种后果应该由侵权人承担。

程永顺:近几年,在商业秘密侵权案中,赔偿数额巨大的案件都会引起争论。这反映了一个问题:知识产权案件,特别是商业秘密案件,赔偿额确实特别难以计算。在赔偿数额问题上,本案法官作了很多的陈述,对当事人提的一些请求详细地进行了分析,诉讼请求中提出了67个秘密点,最后认定了19个。但是法院认为那19个秘密点不起主导作用,所以认定了最终的赔偿数额。因此,法院对赔偿数额的认定一定是根据当事人提供的证据进行考虑,这些证据会对法官造成影响,但影响有正面的也有反面的。

## 焦点四:如何加大商业秘密保护力度?

蒋志培:商业秘密保护问题应当引起社会舆论的关注。到底应该是单独设立商业秘密保护法来加强商业秘密保护,还是继续采用法律修订的方式来完善保护,也是值得考虑的问题。

我建议应该增加法律中有关商业秘密的条款,同时把最高人民法院司法解释中有特殊价值的东西提升到法律的层面。另外应当加大宣传力度,提高社会公众对商业秘密的保护意识。从企业层面来讲,应当把商业秘密保护作为企业的一项重要工作,通过签订合同等方式规范企业员工行为。

程永顺:所有企业在这个案件中都应该吸取教训,在本案涉及的商业秘密中,很多都应该通过申请专利的方式进行保护。商业秘密保护的问题比较多,我国对于商业秘密在刑事保护方面比很多国家都要强,但在民事、行政等方面又比较弱。而商业秘密保护立法问题现在还存在争议,我国并没有出台专门的商业秘密保护法。在这种情况下企业遇到商业秘密被侵害的问题怎么办?最好的办法就是借助反不正当竞争法。

在这种前提下,企业应该注意商业秘密保护和专利保护之间的关系,怎样更好地保护商业秘密?那就是能申请专利的尽量申请专利,这么做至少在被侵权后维权更为便捷。

冯晓青:我们通过这个案子可以很好地总结一下经验,如果企业的商业秘密被严重侵犯,一定要及时采取措施,不能等难以收集证据的时候再去维权。另外企业要做好防范工作,特别是对于高级技术人员和管理人员,一定要有一套完善的竞业奖惩制度来约束他们的行为。而包括竞业禁止协议、规章制度等在内的相关制度如何规范,企业可以进一步研究完善。

从知识产权的角度来讲,企业除了产品可以申请专利,还有很多涉及到工艺流程、工序方面的方法,或者是一个很小的技术点,也可以申请专利。同时应当处理好申请专利和商业秘密保护两者之间的关系,而如何更好地处理这两者的关系,也值得进一步研究。企业应当把这些上升为一种知识产权战略,对怎么样掌握关键点,哪些东西可以公开,哪些东西要进行保密都要有全局的规划。



● 国家最高人民法院知识产权庭原庭长、金杜律师事务所高级顾问蒋志培



● 中国社会科学院知识产权中心研究员周林



● 北京大学法学院教授郑胜利



● 中国社会科学院知识产权中心研究员张玉瑞



● 中国政法大学无形资产管理与研究中心主任冯晓青



● 北京市务实知识产权发展中心主任程永顺



● 北京理工大学法学院院长曲三强



● 中国人民大学知识产权学院副教授张广良

# 别被逐利的校办企业吞噬了教育的灵魂



■ 文/郭文婧

浙江大学党委常委、副校长褚健因经济问题,被浙江省人民检察院立案调查,这是又一个被调查的部属高校副校长。知情人士称,褚健此次被查,或与多年前中控制科技涉嫌掏空浙大海纳资产有关。(12月25日《中国青年报》)

褚健的落马,虽然也是经济问题,但之前落马高校领导腐败多发生在基建、采购、后勤、科研、招生等领域不同,而是涉及到一个陈旧的新领域——校办企业。之所以陈旧,是因为好几年前,校办企业可能的腐败就引起了社会议论,教育部也曾要求“全国高校必须规范高校和高校企业的投资经营活动”;之所以新,是因为之前在该领域

落马的高校领导,还不多。随着褚健的落马,不仅校办企业牵涉的高校腐败会引起关注,而且,高校究竟该不该办企业,也值得进一步讨论。

褚健落马是偶然中的必然,偶然是确实落马了,还是源于一位极有分量的教授举报;必然是此前一直有人举报褚健,但大都不了了之。从保护当事人的角度,这位极有分量的教授,被公布的可能性自然较小,但其分量体现在何处,确实值得深深琢磨,是科研极有分量,是对校办企业之下的腐败内情有分量,还是对利益分赃极有分量?和褚健一样,高校校办企业的腐败暴露也是必然的,因为高校办企业本身就承担了本不应由它来承担的角色。

校办企业之所以会成为腐败的藏身之地,一来因为校办企业的人财物与高校紧紧捆绑,是实质上的管办不分、教企不分,在教育行政化的现实中,更是政企不分,权力与利益相套,本身就是腐败的温床;二来校办企业要么打着服务高校的旗号,关联交易难以避免,权力寻租空间巨大,要么打着高新

技术的旗号,利用产业产权或成果转化营私舞弊,容易把国有资产当作“唐僧肉”;二来校办企业真正走上上市之路的毕竟是少数,信息不透明致使监督贫乏,也给校办企业提供了腐败的便利。

高校要不要办企业,很多人都会拿美国的斯坦福大学和哥伦比亚大学来论证其合理性,证据是两个数据,一是80%的硅谷企业由斯坦福大学的师生创办;二是哥伦比亚大学拥有50家校办公司,每年还能成功地创造3000万到7.5亿不等的收入。而实际情况并非如此,发达国家的高校注重不以盈利为目的的鼓励和支持创业,而一旦创业项目孵化成企业,就会与学校完全脱离关系,学校领导和从事科研的教授们,也必须进行身份“选边”,要么留在高校教书育人,要么去企业赚钱,绝不可能“双肩挑”。

因此,严格地说来,美国的高校根本就不办企业。在利益的诱惑面前,美国高校也曾有过冲动,比如1980年的哈佛大学就曾经想过,但却遭到了教授、学生、校友、新闻媒体及社会各界的强烈反对,诺贝尔奖获

得者巴尔的摩说“大学必须将自己的投资政策与学术政策分开”,《纽约时报》的社论也质问:“这一追钱逐利的行为是否会有止境?法学院为什么不能办律师事务所?商学院为什么不能办咨询公司?工学院为什么不能办建筑公司?”社论还告诫:“大学在追求获利的时候,别将自己的学术灵魂给丢掉。”哈佛最终只得放弃。

对此,斯坦福大学德高望重、至今仍担任名誉校长的前校长哈格德卡斯帕尔曾有经典论述:“斯坦福的故事,实际上也是斯坦福与硅谷之间关系的故事;不是一所大学试图成为地区和国家经济发展的火车头的神话,而是它承诺并成功担负起高质量的教育、科学研究和革新责任的历程。”卡斯帕尔这样定位高校与实业界的关系:“大学的使命是永远不懈的探索和对知识的追求;高校和工业界的密切协作应是咨询、与企业联合、专利许可证、研究合同等,而不是自己的教授开办新的企业。”

即使抛开腐败不论,如果以育人为根本使命的大学直接为利润操心,依赖于商业产

品开发或者政府工业政策的驱使,就必然会导致一些短期行为,不仅会影响原创成果的产生,从而失去它的优势,而且会潜移默化地用“效益与利润”的思维去考虑人才培养,对人才培养产生深远的负面影响,从而失去大学的安身立命之本。正因为如此,上个世纪80年代,英国政府要求“非赢利部门自己负责自己的事情”,大幅削减大学经费,牛津大学也坚守着自己的底线:“学校可以支持教员办企业,自己却坚决不能办企业,只能起一个孵化器的作用。”

褚健的落马,再一次提醒我们重新思考校办企业的问题。中国的校办产业是世界上规模最大的校办产业,转型转制谈何容易。但在当前,我们至少有三件事情可做:一是进行全国范围的大排查,是否将教育部“规范高校和高校企业的投资经营活动”的要求完全落实了;二是继续深入地以校办企业为突破口开展高校的反腐败运动;三是落实公立高校校办企业姓“公”的要求,所有校办企业都应该比照上市公司“公”的要求,进行完全信息披露、接受监督。