对外经济贸易大学法学院
博士申请学位科研成果考核折算科研文献

文献形式（文献综述/读书报告）：文献综述

文献题目：“论商业秘密的非公知性”文献综述

博士论文题目：论商业秘密的非公知性

导　　师：卢海君

作者姓名：任寰

专　　业：民商法学

学　　号：202000510090

“论商业秘密的非公知性”文献综述

摘要：商业秘密的法律属性问题在商业秘密的理论体系中占据重要的地位，是确定商业秘密构成要件的核心依据。各国立法及司法界对商业秘密的性质认识不同，英美法系通过财产权概念将涉及有形或无形财产利益笼而统之，大陆法系通过物权和债权对商业秘密的权属和保护进行细致划分。学界对商业秘密的法律属性观点各异，在商业秘密法理基础的问题上，主要存在企业权理论、人格权理论、保密合同理论、财产权理论、不正当竞争理论、知识产权理论等。保密合同理论适用范围狭窄，对于不存在某些法律关系的商业秘密或当事人之间的不能被认定存在明示或默示的保密合同时，难以实现对商业秘密的保护。人格理论无法说明只有秘密信息获得保护的原因，该理论虽较为新颖，但保护范围同样狭窄。反不正当竞争理论存在内生缺陷，行为正当与否难以从现有法律技术规则中找得确切答案，商业道德或诚实信用理念多为主观标准，缺乏客观性。本研究认为商业秘密的自由流转，商业秘密权既有内在的内容和对于商业秘密持有人的正当“利益”，具有法律保护正当性基础。不论采取“三要件”、“四要件”或“五要件”说，非公知性都是商业秘密保护的必要条件，不管为信息投入多少成本，没有非公知性难构成商业秘密。尽管我国对商业秘密案件中的举证责任分配问题给予足够的关注，但《反不正当竞争法》第32条并没有达到预期的效果，存在较大解释的空间和余地。

关键词：商业秘密 非公知性 证明责任 鉴定 财产权 不正当竞争

一、商业秘密法律属性

商业秘密的法律属性问题在商业秘密的理论体系中占据重要的地位，往往决定一个国家商业秘密法律保护的基本理论，是明确商业秘密法律保护依据、保护方式和保护程度的关键性问题，同时也是确定商业秘密构成要件的核心依据。[1]各国立法及司法界对商业秘密的性质认识不同，英美法系通过财产权概念将涉及有形或无形财产利益笼而统之，大陆法系通过物权和债权对商业秘密的权属和保护进行细致划分。学界对商业秘密的法律属性观点各异，在商业秘密法理基础的问题上，主要存在企业权理论、人格权理论、保密合同理论、财产权理论、不正当竞争理论、知识产权理论等。

（一）企业权理论

该学说主要流行于德国，德国学者将《民法典》第823条第1款中“其他权利”扩大解释认为，反不正当竞争法旨在保护的权益，是经营者从事正常的、免受不正当竞争行为之害的经济活动的权利。[2]企业财产是结合物质与非物质的价所形成的更高单位的无体财产，商业秘密具有竞业上的客观经济价值，是企业财产无形的组成部分，[3]对商业秘密的保护效力来源于企业权。[4]

1 参见罗玉中 张晓津：《TRIPS 与我国商业秘密的法律保护》，载《中外法学》，1999 年第 3 期，第 25 页。
2 参见邵建东：《德国反不正当竞争法研究》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 17 页。
3 参见孔祥俊：《反不正当竞争法的适用与完善》，法律出版社 1998 年版，第 425 页。
4 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 62 页。

（二）人格权理论

人格权理论同样诞生于德国。部分德国学者认为反不正当竞争行为侵害的，是从“生命、身体、健康、自由”等权利中抽象概括出来的“人格权”，此处的人格并不是权利主体的人格而是作为客体的人格利益，商业秘密作为从一般人格权中衍生出来的个别人格权的一种，以不正当方法取得他人秘密的行为属于侵害人格权的行为。[5]美国Kwanee Oil Co. v. Bicron Conp.案的判决中也指出，商业秘密保护不仅在于经济利益，而且在于保护最基本的人权，以惩戒经济间谍。[6]我国也有学者提出类似的观点，认为商业秘密权既是法人和非法人组织的一种财产权，又是一种人格权。[7]对该学说持批评观点的学者指出，人格属性在于人们在社会中识别自我，但商业秘密与权利人身份联系最为疏远。[8]

（三）保密合同理论

最初的保密合同理论认为商业秘密产生于特定的合同之中，是一种具有相对性的对人权，而非绝对性的对世权，只能通过明示或默示的保密合同向合同相对人主张权利。实际上，商业秘密的持有人之所以可以排除他人对其合法控制信息的不正当披露、获得或使用，并不是因为权利人的财产权，而是基于一种诚信义务，违反该义务即违反合同义务。[9]无论商业秘密持有人是否有任何有价值的秘密，行为人通过特殊的信任关系知晓了该信息，商业秘密持有人的财产可能被否定，但信息的非公知性不能否定。因此商业秘密案件的出发点不是财产权或正当法律程序，而是保密关系。[10]

合同法理论保护商业秘密旨在以违约责任，事先预防或事后制裁有关侵害商业秘密的行为，即使合同关系结束后，后合同保密义务仍然存在。[11]保密合同理论不仅可以避开关于商业秘密是否构成财产的争论，而且具有实操的便捷性，只要商业秘密合同限定了商业秘密的使用范围、使用时间，相对人超出行使范围行使权利即构成违约。[12]

反对者认为保密合同理论运用范围有限，如果双方不存在明示或默示合同，将无法追究侵权者的责任。[13]是否产生保密义务往往依赖于双方举证，保密义务理论只能适用于缺失明示保密义务情况下，认定双方存在保密关系。认定保密关系存在诸多不确定性，难以兼顾合理保护商业秘密持有人的利益和避免将他人不当限于法律关系的利益平衡。[14]

之后部分学者对保密合同理论进行发展，认为保证商业秘密义务人的数量与确定性构成对世性的标准，财产对人权与对世权之间存在着许多的中间形态的权利，[15]商业秘密的无体

---

5 See James W. Hill, *Trade Secrets Unjust Enrichment, and the Classification of Obligations*, 4(1) Virginia Journal of Law & Technology 1 (1999).

6 See Kwanee Oil Co. v. Bicron Conp., 416 U.S.470 (1973).

7 参见关今华:《精神损害的认定与赔偿》，人民法院出版社 1996 年版，第 170 页。

8 See Hanoch Dagan, Unjust Enrichment, 101-02, 106 (1997).

9 See American Law Institute, Restatement of Torts § 757.

10 See E.I. Du Pont De Nemours Powder Co. v. Masland, 244 U.S. 100 (1917).

11 参见张静:《营业秘密法及相关智慧财产问题》，台湾经济部智慧财产局 2017 年版，第 11-12 页

12 参见祝磊:《商业秘密法律制度研究》，湖南人民出版社 2008 年版，第 62 页。

13 参见张耕等:《商业秘密法》，厦门大学出版社 2012 年第 2 版，第 63-64 页。

14 See Flotec, Inc. v. Southern Research, Inc., 16 F.Supp.2d 992(1998).

15 See Thomas W.Merrill,Henry E. Smith, The property Contract Interface, 101 Columbia Law Review, 773, 852(2001).

性决定其保护路径偏向行为规制，商业秘密虽不能像其他知识产权借助公示制度确定相应客体的范围，但信义义务理论与具体的行为规范使得保密义务具有对世性的可能。[16]商业秘密的信义义务来源于身份或职位，旨在消除任何牺牲受益人利益的诱惑，促进受益人的最大利益。[17]

（四）财产权理论

财产权理论认为商业秘密持有人享有商业秘密所有权，在商业秘密受到侵犯时，所有人基于所有权的排他性请求行为人排除妨害、禁止行为人继续使用商业秘密，并可要求损害赔偿。Peabody v. Norfolk案是美国公认早期商业秘密纠纷案例，该判决认为不论生产程序是否能成为专利保护的对象、是否具有对世权或对抗善意第三人的专有权，都是应免遭侵害的财产。[18]

支持财产权理论的学者认为，财产权可以带来静态和动态两种经济性收益，静态经济性收益指具体的实物和对价，动态经济性收益指“激励”，即如果无人侵占某项经济资源，就可以对该资源进行创造或改进”，[19]基于“预见能力”和“潜在价值”获取利益。因为商业秘密是一种非实物形态、具有特定价值和使用价值的社会劳动产品。[20]商业秘密的“潜在价值”和明显的财产利益可以为权利人带来实际的或潜在的经济利益或竞争优势。商业秘密作为一种财产权，具有稀缺性、经济收益性等财产权的本质属性。[21]财产权理论使得侵害商业秘密的救济，既可以适用违约责任，也可以适用侵权责任，显然更有利于保护商业秘密。[22]大陆法系的物权观念也有所松动，目前有观点认为商业秘密是财产的情报，主张将商业秘密规定为财产。[23]

但商业秘密作为一种较新的财产，具有“无形性”，是一种无形财产权。[24]商业秘密不同于传统财产，不是由占有、使用或者收益而享有的具有排他性的权利。[25]“财产化”的首要步骤是对权利的客体进行内容及边界的识别和划定。[26]商业秘密客体不发生有形损耗，权利人对其占有不仅限于承载商业秘密内容的载体，更着重于对相关思维、智力的认识与感受。商业秘密不排除他人通过合法途径获得的特性，使商业秘密不具备财产权对世权的特性，商业秘密被侵权后，权利人丧失的不是财产所有权，而是全部或部分的利益。如果行为人将商业秘密带到一个与权利人无竞争的地区，权利人甚至没有丧失利益。[27]

16 参见马斌：《商业秘密权利基础与边界——基于保密义务的理论转化为视角》，载《科技与法律（中英文）》，2021 年第 3 期，第 104 页。
17 参见【美】安德鲁.S.戈尔德 保罗.B.米勒：《信义法的法理基础》，林少未 赵吟译，法律出版社 2020 年版，第 250 页。
18 See Peabody v. Norfolk, 98 Mass. 452 (1868).
19 参见【美】波斯纳：《知识产权的经济结构》，金海军译，北京大学出版社 2005 年版，第 17 页。
20 参见李永明：《商业秘密及其法律保护》，载《法学研究》，1994 年第 3 期，第 49-50 页。
21 参见高德步：《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 119 页。
22 参见张静：《营业秘密法及相关智慧财产问题》，台湾经济部智慧财产局 2017 年版，第 20-21 页。
23 参见张玉瑞：《商业秘密法学》，中国法制出版社 1999 年版，第 306 页。
24 参见郑成思：《知识产权法》，法律出版社 2004 年版，第 11 页。
25 参见【美】波斯纳：《知识产权的经济结构》，金海军译，北京大学出版社 2005 年版，第 451 页。
26 参见林良倩：《论作为信任系统的商业秘密保护》，载《学术研究》，2016 年第 4 期，第 80 页。
27 参见刘继锋：《竞争法》，对外经济贸易大学出版社 2007 年版，第 151 页。

商业秘密持有人的支配范围是：有权禁止他人使用、披露对商业秘密的使用，超越了合同理论的规制主体范围，任何接触商业秘密且知悉是因意外、错误或他人非法行为获得商业秘密，亦不能侵害商业秘密。[28]保护商业秘密在于保护权利人对其资源的安全、控制自己资源的自由、占有他人商业秘密须得到同意等社会价值。[29]

反对财产权保护理论认为，财产权保护以清晰的产权为前提，必须具有可观察、可测度的可辨识特征，[30]商业秘密的根本特征“非公知性”决定商业秘密内容处于“隐匿”状态，权利界限无法明确，属于“从来没有，也不可能通过划定产权而得到保护”的财产，[31]商业秘密界限及具体内容往往只能在具体案件中确定，不适宜直接从财产层面进行规制。[32]

（五）不正当竞争理论

反不正当竞争理论认为商业秘密具有维护商业道德、倡导诚实信用以及鼓励研究和革新基础之上的公共利益属性，[33]应当采用竞争法来规制商业秘密侵权行为。[34]反不正当竞争法通过调控社会个体行为达到社会整体利益优化，将商业秘密保护纳入反不正当竞争法有助于维护公序良俗，维持公平、公正、公开的交易环境。[35]各国较为普遍的做法是运用类似《反不正当竞争法》中调整侵权行为的模式，来调整持有人与行为人之间的利益关系。

反不正当竞争法具有抽象原则性，商业秘密作为特殊知识产权，权利边界具有模糊性，远没有体物清晰，[36]反不正当竞争法通过一般条款对法律尚未详尽罗列的不正当竞争行为进行概括，把“为知识产权补漏或兜底”或“为知识产权提供附加保护”作为反不正当竞争法立法目的之一，呈现出相对开放性，[37]商业秘密可以作为从“兜底条款”中解释出来的权利进行保护。[38]

反不正当竞争法的重点是在界定市场竞争主体的行为，从公平竞争秩序方面调整商业秘密，决定商业秘密必须处于竞争领域，对于非竞争领域内的秘密信息的侵犯，或并非出于获取竞争优势而非法占有商业秘密的行为不能由反不正当竞争法调整。[39]

反不正当竞争理论具有很强的实用主义色彩，可以对商业秘密进行全面而富有弹性的保护。保护商业秘密可以只分析某种行为主观意图是否正当、采取的手段是否合法，如果商业

28 See Unif. Trade Secrets Act,§ 1(2)(i), 1(2)(ii)(B)(i)-(iii), 1(2)(ii)(C) (1985).

29 See James W. Hill, *Trade Secrets Unjust Enrichment, and the Classification of Obligations*, 4(1) Virginia Journal of Law & Technology 1, 20 (1999).

30 参见谢晓尧：《竞争秩序的道德解读——反不正当竞争法研究》，法律出版社 2005 年版，第 277 页。

31 参见张五常：《商业秘密的产权问题：经济解释——张五常论文选》，商务印书馆 2000 年版，第 343 页。

32 参见王记恒：《论我国竞争法视野下的商业秘密》，载《法学论坛》，2006 第 6 期，第 33 页。

33 参见冯晓青：《商业秘密保护中的公共利益略探》，
http://www.privatelaw.com.cn/Web_P/N_Show/?News_CPI=9&PID=5696，2023 年 5 月 7 日访问。

34 See Regibeau P , Rockett K .*The Relationship Between Intellectual Property Law and Competition Law: An Economic Approach*, University of Essex, Department of Economics, 14(2004).

35 参见张耕等：《商业秘密法》，厦门大学出版社 2006 年版，第 65 页。

36 参见孔祥俊：《反不正当竞争法的适用与完善》，法律出版社 1998 年版，第 408-428 页。

37 参见郑成思：《知识产权法论》，法律出版社 2003 年版，第 266 页。

38 参见江帆：《商业秘密理论与立法探讨》，载《现代法学》，2004 第 3 期，第 152 页

39 参见倪才龙：《商业秘密保护法》，上海大学出版社 2005 年版，第 201 页。

秘密遭到侵犯，反不正当竞争理论可以赋予持有人私法层面的求偿权，还可以从社会利益的角度对行为人进行行政处罚，[40]还可以为商业秘密保护提供签发禁令的理论依据。[41]

（六）知识产权理论

商业秘密的定位不清很大程度由商业秘密种类的复杂性以及其和传统知识产权对象交叉引起。[42]关于商业秘密知识产权理论保护的争论存在肯定说与否定说。

知识产权理论肯定论认为，商业秘密也是创新活动的产物和成果，具有财产权和知识产权的本质属性，[43]智力劳动所创造的一切智力成果都可以成为知识产权保护的对象，商业秘密完全符合知识产权的保护范围，[44]但商业秘密不受地域和时间的限制，不同于其他知识产权，是知识产权中的奇怪“异类”。[45]商业秘密的独立理论基础并非源于合同法、侵权法、财产权法以及商业道德规范中相关内容的简单拼凑，商业秘密权通过排除他人非法使用以激励创新，具有与专利制度同样的功利主义目标。商业秘密的法律保护可以让权利人不因担忧商业秘密被非法窃取而花费巨大成本“过度保密”，[46]该观点得到部分美国法院的支持。[47]

知识产权理论否定论认为商业秘密只是合同法、侵权法等法律规范的综合，不存在自成体系的“商业秘密法”，且无论从公平、效率或隐私权的角度都无法证成商业秘密保护法的正当性。[48]而且商业秘密具有易逝性、脆弱性，只能对抗有限的侵权行为，权利的效力有限，不具有排他性，无地域性和时间的限制，其保护完全取决于保密的程度，因为一旦商业秘密信息公开或者他人独立开发成功，商业秘密中的“财产权”则会“消失”，应通过反不正当竞争法来保护商业秘密。[49]

（七）评述

保密合同理论适用范围狭窄，对于不存在某些法律关系的商业秘密，或当事人之间的不能被认定存在明示或默示的保密合同时，难以实现对商业秘密的保护。商业秘密的形成离不开雇员的创造。

承认商业秘密属于雇主的“人格”，忽略了雇员对商业秘密做出的不可或缺的贡献。其次人格理论无法说明只有秘密信息获得保护的原因，该理论虽较为新颖，但保护范围同样狭窄。

---

40 参见张耕等：《商业秘密法》，厦门大学出版社 2012 年版，第 65-66 页。

41 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 33-34 页。

42 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 110 页。

43 See Milgram on Trade Secrets，Matthew Bender ＆ Company，Inc． 2018

44 参见吕鹤云 刘立 徐朝贤 刘华：《商业秘密法论》，湖北人民出版社 2000 年版，第 57 页。徐朝贤：《商业秘密权初探》，载《现代法学》，2000 年第 6 期，第 108 页。

45 See Michael Risch, *Why Do We Have Trade Secrets?* ,11 Intellectual Property Law Review,1, 4 (2007)

46 See Lemley M A．The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights, 61 Stanford Law Review, 311, 353(2008)

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

48 See Bone R G. *A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification*, 86 California Law Review 241,313(1998)

49 See Gustavo Ghidini and Valeria Falce, *Trade Secrets as Intellectual Property Rights: a Disgraceful Upgrading -Notes on an Italian Reform*; Rochelle C Dreyfuss, Katherine J Strandburg, *The Law and Theory of Trade Secrecy: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, 140,152(2011)

反不正当竞争理论存在内生缺陷，因为不正当竞争理论需要确定行为正当与否的标准。但行为正当与否难以从现有法律技术规则中找到确切答案，商业道德或诚实信用理念多为主观标准，缺乏客观性。反不正当竞争法具有知识产权兜底之嫌，根本上缺乏正当性基础。

本研究认为商业秘密属于私权。公权是为保护国家利益和公共利益而设定的权利；私权是为保护私人利益设定的权利。私权与公共权力的存在无必然联系，能够为个人享有，也可以自由转让。尽管商业秘密具有非公知性、不确定性与不稳定性的自然属性增加了商业秘密保护难度，但不能构成否认商业秘密知识产权化的理论障碍，[50]商业秘密的自由流转。

商业秘密权既有内在的内容和对于商业秘密持有人的正当“利益”，具有法律保护正当性基础。从经济学的角度来看，商业秘密能为权利人带来收入，成为商业活动中争夺的对象，存在稀缺性，应肯定商业秘密作为特殊知识产权财产权的性质。

二、商业秘密非公知性认定

（一）国际国外商业秘密非公知性认定的司法实践

商业秘密的国际保护最早可追溯到1883年的《保护工业产权巴黎公约》（以下简称“《巴黎公约》”）。《巴黎公约》虽然没有明确提及商业秘密概念及构成要件，但通过明确三种不正当竞争行为，规定成员国承担的反不正当竞争的一般义务。[51]1967年《巴黎公约》成为之后国际公约保护商业秘密的基准性法案。我国与美国，于1992年签订的《中美政府关于保护知识产权的谅解备忘录》（以下简称“《备忘录》”）承诺为有效防止不正当竞争，我国政府主管部门将制止侵犯商业秘密行为，1993年《反不正当竞争法》中商业秘密保护相关条款也是对《备忘录》的回应。

国际商会制定的《有关保护 Know-how 的标准条款》及联合国制定的《联合国国际技术转让行动守则草案》都涉及商业秘密保护的规定。真正开启商业秘密保护先河的是《与贸易有关的知识产权协议》（以下简称“TRIPS 协定”），TRIPS 协定在《巴黎公约》要求成员国在制止不正当行为的基础上，保护“未披露信息（unclosed information)”（商业秘密）和向政府或政府的代理机构提交的数据，并将“未披露信息”界定为，未被通常涉及该信息有关范围的人普遍所知或者容易获得、具有商业价值的信息整体、要素或组合，[52]“非公知性”、“新颖性”和“价值性”为商业秘密构成的三要件。世界知识产权组织在《反不正当竞争示范法》仅以“秘密信息”（secret information）指称“未披露的信息（undisclosed information)”，[53]商业秘密的构成要件与 TRIPS 协定并无差异。

作为英美法系的代表，英国是世界上第一个对商业秘密以判例法保护的国家。由于美国各州判例不统一、规则不清晰且没有预见性，美国继受判例法保护商业秘密的传统后，1939年制定《侵权法重述》定义了商业秘密后又删除，1979 年于《统一商业秘密保护法》统一了

50 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 19 页。
51 参见《保护工业产权巴黎公约》1967 年文本第 10 条之二关于不正当竞争一节。
52 参见《与贸易有关的知识产权协议》第 39 条第 2 款。
53 参见《反不正当竞争示范法》第 6 条。

定义。[54]1993 年《反不正当竞争第三次重述》细化了内容。[55]美国最终形成既有判例法指导又有成文法规制，以《侵权法重述》和《反不正当竞争第三次重述》为辅助，以《统一商业秘密法》为标准的国内商业秘密法律保护体系。[56]1996 年，美国联邦议会通过《1996 年经济间谍法》（Economic Espionage Act of 1996，以下简称“EEA 法案”）将外国人和外国政府侵犯商业秘密纳入联邦犯罪。2016 年，美国正式推出《2016 美国商业秘密保护法案》（Defend Trade Secrets Act of 2016,，以下简称“DTSA 法案”），改变商业秘密案件由各州管辖的原则，将商业秘密案件提升到了联邦层面，首次创立联邦层面有关商业秘密的民事诉讼案由。美国之所以对待商业秘密案件如此谨慎是因为商业秘密案件本身程序和实体存在高度的模糊性。

《统一商业秘密法》将商业秘密界定为具有实际的或潜在的经济价值且不为公众所知，他人可从这些信息中获得经济价值，商业秘密的主体采取保密措施的信息。[57]EEA 法案将商业秘密的界定为：权利人采取了“合理的措施”保护其秘密性；因“不为普遍知悉”（“not being generally known”）以及公众不易“通过正当手段获取”（not being “readily ascertainable through proper means by”public），而具有“独立的经济价值”（independent economic value）的信息。[58]

《美国法律重述反不正当竞争法》（第三版）则将商业秘密概括为任何可用于工商经营的信息，其有足够的价值和秘密性，使相对于他人产生现实或潜在的经济优势。[59]美国《侵权法重述》指出商业秘密的构成，应考量信息在企业内外部被知悉的程度、价值程度、可能被获取难易程度以及企业为保护信息所采用方法的程度、研发信息所耗费的人力与金钱成本。[60]美国法律对于商业秘密的定义虽然表述不同，但商业秘密的范围广泛，只要对企业有价值的信息，都可能成为商业秘密。部分学者将商业秘密要件大致分为（1）任何对企业有用的信息；（2）具有非公知性；（3）能够给权利人带来特有的经济价值；（4）权利人采取适当且合理的措施来维持非公知性。[61]美国法律对商业秘密的实质构成要件的认定清晰：商业秘密应该具备非公知性、价值性和保密性。美国法律中商业秘密的“非公知性”为没有被一般社会公众所了解。[62]

英国保护商业秘密是从违反信赖义务（breach of confidence）理论发展而来。信赖义务是指商业秘密持有人可以通过主张行为人违反一般法上的信赖关系获得救济。具有非公知性，

54 See U.T.S.A.§1(4)(i)(1985).
55 参见 周澎：《中美商业秘密保护问题及对策研究》，载《法学杂志》，2020 年第 9 期，第 133 页。
56 参见程旭鹏：《美国商业秘密法律体系的发展及其对中国的启示》，载《上海法学研究》集刊，2021 年第 12 卷，第 187 页。
57 参见《统一商业秘密法》第 1 条第 4 款。
58 参见《2016 美国商业秘密保护法案》第 1839 条。
59 参见《反不正当竞争第三次重述》第 39 条。
60 参见《侵权法重述》第 757 条。
61 See Darin W. Snyder, David S. Almeling, *Trade Secret Law and Corporate Strategy, New York: Matthew Bender & Company*, 4 (2014)
62 See Jennifer Braiitand Sebastian Lohse, *Trade Secrets for Innovation and Collaboration. ICC*, https://papei.s.ssm.com/sol3/papei.s.cfrn?abstract_id:2501262 (last visited date: 25 April 2023).

违反信赖关系的基础上披露商业信息，或者因使用而损害商业秘密持有人的权利等都是英国商业秘密实践中，认定是否构成商业秘密的因素。

虽然英国判决了目前公认最早的商业秘密保护的司法判例 Newbery v.James 案，但英国法对商业秘密未予界定，任何秘密信息（confidential information)或者商业秘密（commercial secret）都可以依信赖关系理论受到法律保护。在 Cocov.Clark Ltd 案中，Magyar 法官认为商业秘密通常由三个要素构成。（1）信息本身必须“足够的秘密性”；（2）这一信息必须在信赖关系中被泄露（imparted）；（3）必须存在未经授权使用信息的行为，“损害”并非必要要件。[63]加拿大也保留了判例法的许多传统。其对商业秘密的定义范围也较为广泛，具有经济价值的信息一般也可能认定为商业秘密，

德国对商业秘密的保护是以《反不正当竞争法》为中心，由民法、合同法、刑法等若干相关法律构成的商业秘密保护体系。《反不正当竞争法》不仅对商业秘密做出了专门规定，而且对商业秘密提供了较为全面的刑事保护。德国保护商业秘密的理论基础是公平竞争理论，保护商业秘密是为了维护公认的商业道德准则，维护公平竞争的市场秩序。[64]德国在 2018 年《反不正当竞争法》将商业秘密严格界定为，商业秘密持有人对拥有商业价值的技术经营信息采取的保护措施，使之不被大众通晓。[65]2016 年，欧盟颁布《商业秘密保护指令》对商业秘密的界定沿用“秘密性”、“经济性”和“保密性”三要件界定模式，[66]但将普通劳动者在工作过程中获得的公知知识和技能排除在秘密信息之外，提出“经济性”依赖于商业秘密的“非公知性”。

为回应该要求，德国于 2019 年正式通过《商业秘密保护法》，对商业秘密的含义、持有人、侵权人、侵权产品进行了定义，区别于侵权行为法，从时间顺序对侵犯商业秘密的行为进行规定，力图提供连贯、有效的保护，并将员工泄密与第三人侵权做同样的处理，实现商业秘密保护由不正当竞争法保护模式向财产权保护模式转变。

由于日本*企业忠诚*意识及封闭式的终身雇用制，商业秘密保护在日本经济活动中诉求不高，通过民法典中的合同理论和侵权规则予以规制。直到 1990 年，日本国会修订《不正当竞争防止法》，正式确立了保护商业秘密的专门制度。日本《不正当竞争防止法》在归责原则上采取过错责任和无过错责任原则相结合的做法，将商业秘密界定为秘密管理的生产方法、销售方法以及其它对经营活动有用的技术上或者经营上未被公知的信息。[67]日本修订的《企业秘密管理指南》将企业秘密概括为秘密管理性、有用性、非公开性，其秘密管理性在三要件中最为重要。[68]日本学术界认为所保护的商业信息应没有违反道德的可能性，否则不应将其纳入到保护范围，即商业信息的价值性应当具有正义性，不能给社会带来消极的影响。[69]

63 See Coco v AN Clark Engineers Ltd [1968] FSR 415, [1969] RPC 41 01.
64 参见邵建东：《德国反不正当竞争法研究》.中国人民大学出版社 2001 年版，第 101-113 页。
65 参见《德国反不正当竞争法》第 9 条。
66 参见《欧盟商业秘密保护指令》第 2 条。
67 参见《日本不正当竞争防止法》第 2 条第 3 款。
68 See Ministry of Economy Trade and Industry of Japan, *Management Guidelines for Trade Secrets*, https://www.meti.go.jp/english/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/0813mgtc.pdf (last visited date: 25 April 2023).
69 参见陈爱华：《日本关于商业秘密构成要件的认定》，载《知识产权》，2012 年第 12 期，第 95 页。

（二）商业秘密构成要件概述

商业秘密构成要件主要存在“三要件说”、“四要件说”及“五要件说”。

“三要件”说认为商业秘密的构成要件有三项。商业秘密的构成要件应分别为秘密性、价值性、保密性。[70]商业秘密“三要件说”可以细分为“秘密性、价值性和实用性”说，[71]“独特性”替代“实用性”与“秘密性”、“价值性”构成三要件说[72]，[73]“经济性”替代“价值性”与“秘密性”、“保密性”构成三要件说[74]、“新颖性、实用价值性、秘密性”三要件以及[75]“是秘密性、经济性、独特性”[76]三要件。

“四要件说”通常认为商业秘密必须在具备“秘密性、价值性、保密性”的基础上具有实用性。[77]“四要件说”还存在“秘密性、经济性、新颖性、独特性”学说[78]及“信息性、秘密性、实用性和保密性”学说。[79]

支持“五要件说”学者所占比例较低，该学说认为商业秘密构成要件为“价值性、实用性、管理性、新颖性、保密性”。[80]

数据在企业竞争中至关重要，[81]商业秘密也可以看作是一种数据、一种竞争要素。生产要素的范畴是随时代发展而变化，[82]商业数据切实参与产业价值创造的过程，已成为一种生产要素。企业想要在市场竞争中持续占有市场竞争力，仅仅靠自身生产的产品是不够的，还需要将企业的创新能力、知识的积累和技能优势外化于产品，[83]对于该类商业秘密，还需要关注产业安全与用户隐私保护相关问题，[84]商业秘密的认定需要划定合适范围，确定适当的保密措施。[85]

（三）商业秘密非公知性构成要件之“公众”

“非公知性”的主体的范围饱受争议。部分学者认为“非公知性”应理解为不为公众所知悉、尚未公开，以及没有被与商业秘密持有人有竞争关系或者非雇佣关系的职工或员工知

70 参见刘介明 杨祝顺：《我国商业秘密保护的法律现状及完善建议》，载《知识产权》，2012 年第 12 期，第 71-75 页。
71 参见李颖怡：《知识产权法》，中山大学出版社 2002 年版，第 227-228 页。
72 参见张今：《知识产权新视野》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 23-25 页。
73 参见李颖怡：《知识产权法》，中山大学出版社 2002 年版，第 227-228 页。
74 参见张向群：《浅谈商业秘密的法律保护问题》，载《当代法学》，2003 年第 1 期，第 128 页。。
75 参见李杨：《知识产权的合理性、危机及其未来模式》，法律出版社 2003 年版，第 34 页。
76 参见种明钊：《竞争法》，法律出版社 1997 年版，第 258-262 页。
77 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 2-3 页。
78 参见衣庆云：《客户名单的商业秘密属性》，载《知识产权》2002 年第 1 期，第 40 页。
79 参见吴汉东、刘剑文：《知识产权法学》，北京大学出版社 2002 年版，第 31 页。
80 参见张玉瑞：《商业秘密法学》，中国法制出版社 1999 年版，第 49 页。
81 参见李刚：《数据要素确权交易的现代产权理论思路》，载《山东大学学报（社会科学版）》，2021 第 1 期，第 13 页。
82 参见李政：《数据作为生产要素参与分配的政治经济学分析》，载《学习与探索》，2020 第 4 期，第 8-9 页。
83 See C. K. Prahalad, G. Hamel, *The Core Competence of the Corporation*, 9 Harvard Business Review 54-55 (2006)
84 See W.Bolt, A.F. Tieman, *Banking Competition, Risk and Regulation*, 4 Scandinavian Journal of Economics, 783-804(2010)
85 See Balboni P, *Data Protection and Data Security Issues Related to Cloud Computing in the EU*, Tilburg Law School Research Paper, 12 (2010)

悉。[86]非公知性构成要件之“公众”为同一竞争领域的有关职工或者人员，[87]而非将权利主体之外的全部人排除在外。[88]

“非公知性”的主体明确强调是“本行业”相关人员，[89]尽管一项商业信息在一个行业中为一般人所知，但在另一行业中还属于秘密，对于后一行业来说，该信息仍属于商业秘密。[90]

部分学者进一步提出“公众”不仅是指某一领域或准备进入该领域的、有可能在商业秘密的使用中获取商业价值的非特定行为人，而且包括特定的拟制主体，如竞争对手，“非公知性”的对象不是泛指自然人。[91]

此外，有观点认为“公众”应包括人数标准和显而易见性，“公众”与“不容易获得”相对应。“容易”是指不会耽误或没有困难，而“获取”是指能够被确定或学会。[92]

（四）商业秘密非公知性构成要件之“非普遍知悉”与“不容易获得”

对于“知悉”的程度，学界认为“知悉”一般是知道、了解、掌握，是指如果相关领域的相关人员已普遍理解并掌握了该信息，该商业信息就可以被认为属于公知信息。[93]

对于非公知性内涵，主要存在两种观点。第一种观点认为，应将持有人头脑中想保护的商业秘密纳入非公知性，商业秘密的非公知性包括主观非公知性和客观非公知性。主观非公知性是指对信息进行保密的主观愿望，客观非公知性是指在客观层面，该信息原本就不被本行业范围的人所普遍知悉。只有同时具备这两方面的信息才可能构成商业秘密。而在衡量某一信息是否具有客观性上，应判断该信息被公开所造成的实际效果和获取的难易程度。[94]第二种观点认为，商业秘密的秘密性仅具有客观性，非公知性不包括主观思想，应当是客观状态。[95]客观性是指信息的秘密状态是一种客观存在，也是一种客观事实，这种秘密状态与商业秘密持有人的主观认识没有关系，[96]在判断一项信息是否具有非公知性时，应当依照客观标准予以判断。[97]

对于“非公知性”要件认定的标准，依据我国《反不正当竞争法》第9条，“非公知性”要件由“非普遍知悉”与“不容易获得”构成。对于二者之间的关系，主要存在两种观点。第一种观点认为，依据法律条文中采用的衔接词“和”字，“非普遍知悉”与“不容易获得”属于平行关系，商业信息“非公知性”要件应同时满足前述规定的两个要素，否则不能作为商业秘密保护。

86 参见戴永盛：《商业秘密法比较研究》，华东师范大学出版社 2005 年版，第 57 页。
87 参见北京市高级人民法院知识产权庭课题组：《<反不正当竞争法>修改后商业秘密司法审判调研报告》，载《电子知识产权》，2019 年第 11 期，第 11-12 页。
88 参见杨雄文 黄苑辉：《论大数据的商业秘密保护——以新浪微博诉脉脉不正当竞争案为视角》，载《重庆工商大学学报（社会科学版）》，2019 第 8 期，第 36 页。
89 参见张耕等：《商业秘密法》，厦门大学出版社 2012 年第 2 版，第 13 页。
90 参见张玉瑞：《商业秘密法学》，中国法制出版社 1999 年版，第 189-190 页。
91 参见张怀印：《区块链技术与数字环境下的商业秘密保护》，载《电子知识产权》，2019 第 3 版，第 22 页。
92 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 3-7 页。
93 参见张炳生：《论商业秘密的司法鉴定》，载《宁波大学学报（人文科学版）》，2012 年第 12 页，第 51-52 页。
94 参见张耕等：《商业秘密法》，厦门大学出版社 2012 年版，第 11 页。
95 参见张耕等：《商业秘密法》，厦门大学出版社 2012 年版，第 11 页。
96 参见戴磊：《论商业秘密的秘密性》，载《山东审判》，2005 年第 1 期，第 101 页。
97 参见宋建宝：《商业秘密保护中秘密性判断标准问题研究——世界贸易组织 TRIPs 协议为中心》，载《科技与法律》，2012 年第 3 版，第 63 页。

[98]第二种观点认为，“非普遍知悉”与“不容易获得”要素之间是“或”的关系，虽然部分信息既不是“通常已知的”，也不“容易获得”，但不能排除前述两个要素属于选择关系，即只要符合二者之一，就可以确定该信息具有非公知性。[99]

对于“非公知性”的具体判定，主流观点认为可以通过秘密的制造成本检查方法判断[100]。获得信息是否“容易获得”应当考虑商业秘密持有人为开发信息投入的劳动、时间和资金，以及行为人获取信息的成本等。[101]具体可以将通过普通手段获得信息的成本与从头开发信息的成本进行比较，如果直接获得信息的成本和开发成本相差过大，不构成“容易获得”。[102]还有观点借鉴版权法，认为如果获得一项信息仅需要相关人员进行一定的联想，而非进行创造性工作，该信息“容易获得”。[103]还有部分观点认为，信息获取的难易程度与侵权行为的恶劣程度存在负相关，[104]判断信息是否“容易获得”，可以参考侵权行为的恶劣程度，侵权行为越恶劣，信息越难以获得。[105]

此外，“非普遍知悉”与“不容易获得”是非公知性的两种状态，其中，“观察获得”属于商业秘密非公知性的状态，侧重产品中信息的主动披露，反向工程属于一种技术过程，[106]侧重对产品的分析，因此“观察获得”与反向工程并不一致。而且，反向工程用于证明信息具有合法来源，属于一种不侵权抗辩的理由，而非否定信息具有非公知性。[107]

（五）商业秘密非公知性与新颖性之辨

关于商业秘密非公知性与新颖性，主要存在两种观点。第一种观点认为，新颖性应当包括在商业秘密构成要件中，非公知性和新颖性是一个问题的两个方面，商业秘密对新颖性的要求很低，[108]“不容易获得”要件体现新颖性的要求。[109]法国法虽然没有给商业秘密下定义，为了说明“不容易获得”，会援引专利法上的新颖性。[110]新颖性的要求很低，仅避免将常识性信息纳入商业秘密保护范围。[111]第二种意见认为，“不容易获得”为非公知性的应有之意，商业秘密的构成要件中不包括新颖性要件。[112]

（六）商业秘密部分概念之争议

（1）商业秘密经营信息与技术信息的范围

98 参见寇飞：《商业秘密的秘密性要件及侵犯商业秘密的认定标准》，载《中国发明与专利》，2019 年第 11 期，第 16 页。
99 参见邓恒：《商业秘密司法鉴定之实践检讨》，载《知识产权》，2015 年第 5 期，第 72-73 页。
100 参见刘金波 朴勇植：《日、美商业秘密保护法律制度比较研究》，载《中国法学》，1994 年第 3 期，第 112 页。
101 参见汤茂仁：《商业秘密中的新颖性标准》，载《人民司法》，2013 年第 21 期，第 105 页。
102 参见戴磊：《论商业秘密的秘密性》，载《山东审判》，2005 年第 1 期，第 102 页。
103 参见蒋志培、孔祥俊、王永昌：《的理解与适用》，载《法律适用》，2007 年第 3 期，第 26 页。
104 参见张玉瑞；《商业秘密法学》，中国法制出版社 1999 年版，第 189-190 页。
105 参见唐震：《商业秘密“无需付出一定代价而容易获得”的司法判断》，载《人民司法》，2015 年第 22 期，第 106 页。
106 参见费艳颖 周文康：《商业秘密反向工程的而功能、关系与路径探析》，载《科技与法律（中英文）》2021 年第 1 期，第 72 页。
107 参见刘文鹏：《商业秘密“不为公众所知悉”认定若干问题研究》，载《科技与法律》，2012 年第 3 期，第 67 页-70 页。
108 参见张耕等：《商业秘密法》，厦门大学出版社 2012 年第 2 版，第 8-9 页。
109 参见汤茂仁：《商业秘密中的新颖性标准》，载《人民司法》，2013 年第 21 期，第 102 页。
110 参见沈达明：《知识产权法》，对外经济贸易大学出版社 1998 年版，第 192 页。
111 参见查尔斯·R.麦克马尼斯：《不公平贸易行为概论》，中国社会科学出版社 1997 年版，第 184 页。
112 参见孔祥俊：《商业秘密司法保护实务》，中国法制出版社 2012 年版，第 129 页。

商业秘密经营信息与技术信息的范围存在两种观点。第一种观点认为商业秘密包括技术信息和经营信息，即商业秘密中只有技术信息和经营信息两类。[113]商业秘密应该类型化，可以将商业秘密划分为“用于生产的技术信息”、“作为产品的技术信息”、“研究开发的技术成果”、“市场经营信息”、“企业内部管理信息”这五类。[114]

第二种观点认为技术秘密与经营秘密是商业秘密的主要部分，但其他信息也可能构成商业秘密。[115]例如2019年修订的《反不正当竞争法》第四条，用“等”作为兜底，商业秘密可以包括投标人的投标报价、公司的隐名股东、客户资料等信息。一切信息都有可能构成商业秘密，负面的经营信息在特定情况下可能具有价值。[116]商业秘密的客体范围正在扩张，商业秘密往往由哪些信息不能构成商业秘密来定义。[117]商业秘密的保护不应限定于特定的类型，只要满足商业秘密的界定，任何信息都可能构成商业秘密。[118]

（2）客户名单的非公知性

多数学者主张只要客户名单中最核心的内容未被公众知悉，则具有非公知性，因为商业秘密持有人为客户名单的形成花费了大量时间、人力和财产，只要花费了持有人大量成本所得出的核心部分的内容不为普遍知悉即可。[119]更为激进的观点认为即使某个客户名单的基础内容来自于公知信息，但持有人耗费巨大成本丰富该公知信息，又采取相应保密措施，并因此获得交易机会，同样可以满足非公知性要件。[120]还有学者进一步指出商业秘密之所以能为持有人带来利益是因为此商业秘密只为持有人掌握，行业竞争者难以轻易从其他渠道获取，持有人可以独享商业秘密带来的交易机会和价值。[121]

对于员工收集的客户名单，部分观点认为非公知性的认定应衡量员工个人获取以及加工合成信息的能力，如果员工自身具备创造具有价值性信息的能力，在其相应能力范围之内使用的信息很大可能构成员工个人知识，而非企业的商业秘密。[122]市场无时无刻不在变化，企业不可能拥有永久不变的客户，也不可能保证客户一定不会成为公司的潜在资源。[123]对于与非公知性相关的保密措施，不同员工能接触到的信息层级不同，保密措施具有相对性，绝对的非公知性并不必要。[124]在美国，员工的普通知识和技能通常表现为剩留于雇员大脑中的技能与知识，[125]为了保持在市场上的竞争优势，商业秘密持有人通常会要求员工在离职后限制使用剩留知识。但限制使用剩留知识的条款与员工的择业自由权存在冲突。美国出现不可避

113 参见孔祥俊：《商业秘密保护法原理》，中国法制出版社 1999 年版，第 130 页。
114 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 21 页。
115 参见张玉瑞：《商业秘密法学》，中国法制出版社 1999 年版，第 49 页。
116 参见冯晓青 涂靖：《经营秘密的界定及侵权赔偿问题研究》，载《中州学刊》，2020 年第 3 期，第 63 页。
117 参见王润华：《第四知识产权美国商业秘密保护》，知识产权出版社 2021 年版，第 67 页。
118 参见王润华：《第四知识产权美国商业秘密保护》，知识产权出版社 2021 年版，第 135 页。
119 参见彭学龙：《从美国最新判例看客户名单商业秘密属性的认定》，载《知识产权》，2003 年第 1 期，第 60 页。
120 参见杨力：《商业秘密侵权认定研究》，法律出版社 2016 年版，第 116 页。
121 参见李明德：《美国知识产权法》，法律出版社 2003 年版，第 114 页。
122 参见张今：《客户名单侵权纠纷的疑难问题探析》，载《法学杂志》，2011 年第 3 期，第 34 页。
123 参见史仲凯：《客户名单商业秘密侵权纠纷审理中的有关问题——以权益平衡为视角》，载《知识产权》，2014 年第 4 期，第 62 页。
124 参见彭学龙：《商业秘密诉讼中的特殊抗辨》，载《电子知识产权》，2003 年第 5 期，第 35 页。
125 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 22 页。

免泄露原则（Inevitable Disclosure Doctrine,简称“*IDD*”），即员工受雇到竞争对手时，不可能忘记或不依赖相关涉密知识。[126]商业秘密持有人认为造成难以弥补的损失时，可以基于竞业禁止协议或者请求法院发布暂时禁令或永久禁令。[127]

（3）保密商务信息的非公知性

关于保密商务信息的非公知性存在四种观点。第一种观点认为，保密商务信息是商业秘密的同义词，无需对两者进行实质上的区分，所有具有商业价值的、专有的信息，皆可认定为商业秘密。[128]

第二种观点认为，保密商务信息范围大于商业秘密，商业秘密是保密商务信息的一种类型或者说分支。[129]

第三种观点认为，保密商务信息范围小于商业秘密，保密商务信息是商业秘密的一种类型或分支。从经济学家的角度看，没有必要区分商业秘密与保密商务信息，[130]商业秘密的概念宽泛，包括客户名单、价格清单、商业战略等保密商务信息。[131]早期美国法虽然区分商业秘密和保密商务信息，但随着法律的发展，《统一商业秘密法》已经将保密商务信息纳入商业秘密的范畴。[132]但也有观点认为，因为商业秘密具有法定的构成条件，将保密商务信息完全纳入商业秘密，限定条件也同时施加到保密商务信息之上，保密商务信息的保护门槛被抬高。[133]

第四种观点认为，保密商务信息与商业秘密并不相同或相互包含，亦互不隶属，属于并行法律概念。该观点认为即使保密信息尚未满足商业秘密的法定条件，商业秘密法也不能排除对保密信息的其他民事救济方式。[134]该观点进一步认为，保密商务信息尚不符合商业秘密保护的要件，处于商业秘密与公开信息之间的灰色地带，其竞争价值低于商业秘密，但仍有加以保护的必要。保密商务信息具有独立的构成要件：（1）该信息对寻求者具有新颖性并能带来竞争价值；（2）该信息对相关从业者而言并非必需；（3）信息所有者将其作为保密信息，[135]保密商务信息是指尚未达到商业秘密保护门槛但具有价值的商业信息。[136]

（六）评述

126 参见王润华：《第四知识产权美国商业秘密保护》，知识产权出版社 2021 年版，第 115 页。

127 参见郑海味 杜德荣 杨世保：《商业秘密保护》，金城出版社 2015 年版，第 29 页。

128 See Directive on the Protection of Undisclosed Know-how and Business Information (Trade Secrets) Against their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure, https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/eu-rules-on-protecting-trade-secrets.html, (last visited date: 25 April 2023).

129 See 19 CFR §201.6.

130 See European Commission, Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, available at https://ec.europa.eu/growth/content/study-trade-secrets-andconfidential-business-information-internal-market-0_en, (last visited date: 25 April 2023).

131 See OECD, Trade secrets: International Trade Policy and Empirical Research, 2016, available at https:// www.oecd.org/sti/144 - OECD Trade Secrets 2016-8-5.pdf, (last visited date: 25 April 2023).

132 See Robert Denicola, *The Restatements, the Uniform Act and the status of American trade secret law*, Edward Elgar, 26-27(2011).

133 See Robert Denicola, *The Restatements, the Uniform Act and the status of American trade secret law*, Edward Elgar, 28 (2011).

134 See Burbank Grease Services, LLC v. Larry Sokolowski and United Grease LLC and United Liquid Waste Recycling, Inc., WI 103(2006)

135 See Robert Unikel, *Bridging the “Trade Secret” Gap: Protecting “Confidential Information” Not Rising to the Level of Trade Secrets*, 29 Loyola University Chicago Law Journal, 852 (1998).

136 See John G. Sprankling and Thomas G. Sprankling, *Understanding Trade Secret Law*, Carolina Academic Press, §3.05(2020).

不论采取“三要件”、“四要件”或“五要件”说，非公知性都是商业秘密保护的必要条件，不管为信息投入多少成本，没有非公知性难构成商业秘密。[137]因为，信息的传播几乎没有成本，并能够被无数人同时使用，极易成为公共物品，并以急剧下降的市场价格凋零，[138]法律应保护具有价值的信息。但是过于宽泛的商业秘密定义，并不一定有利于商业秘密的保护，站在社会利益的立场，信息的传播与利益的保护具有同样重要的价值，实现知识产权法内部的平衡也至关重要，非公知性的认定也应适当关注信息背后的创意和思想，实质表达无关紧要。[139]非公知性的认定应实现信息传播自由、员工择业自由、社会创新与商业秘密持有人竞争优势之平衡。[140]

三、商业秘密非公知性的举证责任与鉴定

（一）商业秘密非公知性的举证责任

商业秘密非公知性举证责任可以分为两种。第一种是通过商业秘密持有者提出主张，对举证责任范围内未知事实的真实性，承担不利后果。[141]第二种是指在特定的法律规范下，如果所适用的前提事实真假不明，法官根据案件的具体情况，进行个案分析并根据现行的有关商业秘密的法律规定，进行举证责任的再分配。[142]商业秘密的非公知性属于消极要件，商业秘密持有人证明难度较高，对于“接触+实质相同”推定规则的推定效果，存在肯定举证责任倒置说与否定举证责任倒置说。

肯定说认为，适用举证责任倒置在侵犯商业秘密行为认定中具备现实基础和法律规范基础。因为商业秘密与专利在某种程度具有替代性，技术秘密与新产品方法发明在侵权认定的难度上以及客体形态上存在共同之处，法律既然为新产品方法发明规定了举证责任倒置，侵犯商业秘密诉讼也可以适用。[143]从司法实践态度和相关法律规范角度，《关于禁止侵犯商业秘密的若干规定》对于“接触+实质相同”的规定，实际上是对行为人使用相关信息合法来源举证责任倒置的具体适用。[144]从证据距离和举证成本角度，在不当行为的认定中，行为人显然离证据更近，应承担举证责任，适用举证责任倒置才能有效保护商业秘密持有人的合法权益。[145]

否定说认为“接触+实质相同”的规定更像是侵犯商业秘密行为的举证责任转移，而不是举证责任倒置，举证责任倒置的适用必须依赖于明确的法律规定。“接触+实质相同”规则的推

137 See Elizabeth Rowe and Sharon Sandeen, *Trade Secrecy and International Transactions*, Edward Elgar, 38(,2015)
138 See Urs Birchler and Monika Butler, *Information Economics*, Routledge, 91-92(2007)
139 See Tanya Aplin et.al, *Gurry On Breach of Confidence*, Oxford University Press,§5.10(2012)
140 See Elizabeth Rowe and Sharon Sandeen, *Trade Secrecy and International Transactions*, Edward Elgar,5 (2015)
141 参见胡学军：《我国民事证明责任分配理论重述》，载《法学》，2016 年第 5 期，第 132-133 页。
142 参见崔国斌：《商业秘密侵权诉讼的举证责任分配》，载《交大法学》，2020 年第 4 期，第 13-15 页。
143 参见吴汉东：《知识产权侵权诉讼中的过错责任推定与赔偿数额认定——以举证责任规则为视角》，载《法学评论》，2014 年第 5 期，第 127-128 页；魏玮：《知识产权侵权诉讼证明责任的分配——兼论商业秘密侵权诉讼中证明责任的分配规则》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》，2008 年第 9 期，第 214 页；孜里米拉·艾尼瓦尔：《试论反不正当竞争法修正案的商业秘密条款》，载《科技与法律》，2020 年第 2 期，第 70 页。
144 参见喻志强 戈光应：《商业秘密侵权诉讼举证新规则的适用》，载《人民司法》，2020 年第 19 期，第 12 页。
145 参见李汉军 李文凯：《论侵犯商业秘密罪的司法认定》，载《贵州民族大学学报（哲学社会科学版）》，2021 年第 1 期，第 177 页。

定效果仅仅构成对侵害事实证明义务的重新分配。[146]“接触+实质相同”规则的推定后果，是要求不认可推定的一方提出反驳推定事实的证据，并不构成举证责任倒置。[147]从现实来看，一味提倡举证责任倒置可能会导致商业秘密的恶意诉讼和滥诉情形，同时更有可能导致商业秘密保护范围被不断扩大，甚至导致二次泄密的后果。[148]《反不正当竞争你》第32条忽略了一般举证原则而直接全面地减免权利主张人的举证责任，容易对司法实践造成误导。[149]第32条仅是吸收《中美贸易协议》民事程序中的举证责任转移的规定，[150]应解释为举证责任转移。[151]初步证据的证明通常不具有对抗性，初步证据对原告主张的证明标准较低，可以避免诉讼资源滥用，提高诉讼效率，减轻商业秘密持有人的负担。[152]

美国法院认为行为人承担的非公知性要件的举证责任源于举证责任的移转而非倒置。[153]在日本商业秘密的司法实践中，日本由包括主观证明责任与客观证明责任的双重举证责任既，[154]向推定规则转变。[155]

但为加强侵犯商业秘密行为的打击力度，亦有观点认为在认定是否成立商业秘密以及是否构成侵权的举证责任分配上应当认可，非主张方应承担的举证责任，因为商业秘密案件具有一定的特殊性，应降低原告证明难度，提高案件审理效率。[156]

大多学者都从非公知性要件作为商业秘密客观属性和权利基础出发，认为在举证责任分配时也应当延续实体法中的核心地位，将其作为首要举证顺位。但是也有学者主张应当将保密性要件置于首要举证顺位。因为采取保密措施维持秘密状态才对商业秘密持有人具有价值。保密性要件的举证顺位应当优先于非公知性。[157]

（二）商业秘密非公知性的鉴定

商业秘密案件办理往往需要对涉案商业信息与权利人主张的商业秘密进行比对，涉及的商业信息技术性较强，需要专门的鉴定，侵犯商业秘密案件中司法鉴定主要有两类：一是鉴定权利人的技术信息立案前是否属于非公知信息，即非公知性鉴定；二是鉴定权利人的技术信息与被控侵权信息是否实质性相同，即同一性鉴定。

---

146 参见张晓莉：《商业秘密案件中秘密性的举证责任问题研究》，载《电子知识产权》，2012 年第 5 期，第 68 页。

147 参见北京市高级人民法院知识产权庭课题组：《修改后商业秘密司法审判调研报告》，载《电子知识产权》，2019 年第 11 期，第 69 页。

148 参见崔国斌：《商业秘密侵权诉讼的举证责任分配》，载《交大法学》，2020 年第 4 期，第 10 页。

149 参见孔祥俊：《重磅特稿丨孔祥俊：商业秘密保护的「本」与「道」》，http://www.yidianzixun.com/article/ 0Lv8I3qU，2023 年 5 月 20 日。

150 参见周作斌 李宁：《<中美经贸协议>中商业秘密的规定及我国应对路径》，载《电子知识产权》，2020 年第 4 期，第 45 页。

151 宋健：《2019 年反不正当竞争法第三十二条对侵害商业秘密案件审理思路的影响》，载《中国专利与商标》，2020 年第 4 期，第 52 页。

152 参见林洋：《初步证据的内涵冲突与概念匡正》，载《北京理工大学学报》，2020 年第 1 期，第 153 页。

153 See Ashland Management Inc. v. Janien, 82 N.Y.2d 395 (N.Y.1993); Electro-Craft Corp. v. Controlled Motion Inc. 332 N.W. 2d 890 (Minn.1983).

154 参见骆永家：《民事举证责任论》，台湾商务印书馆 1981 年版，第 46 页。

155 参见郑友德 王活涛 高薇：《日本商业秘密保护研究》，载《知识产权》，2017 年第 1 期，第 110-115 页。

156 参见沙建嵩：《侵犯商业秘密罪认定的辩方举证责任与证明标准》载《电子知识产权》，2018 第 2 期，第 102-104 页。

157 参见沈强：《TRIPS 协议与商业秘密民事救济制度比较研究》，华东政法大学 2016 年博士学位论文，第 40 页。

由于立法的空白，商业秘密非公知性要件能否通过司法鉴定机构进行鉴定，实务界目前存在多种不同的说法及争议，主要表现为滥用型与慎用型。滥用型观点认为，司法鉴定意见由商业秘密领域专家提供，一定程度上能够帮助法院查明有关技术事项的因果关系，[158]只要能辅助审判者查明事实的事项，都可以进行鉴定；[159]慎用型观点认为，商业秘密司法鉴定是一种判断行为，不能存有检索行为，[160]事实认定属于审判权限，都应当由法官进行独立判断。[161]

商业秘密经营信息包括营销策略、[162]客户信息的获得途径和方法，[163]产品的销售情况（包括品种、规格、数量、单价、合同、购买频次），[164]客户维护、售后和管理信息[165]等信息，是否需要对经营信息鉴定往往具有争议性。部分观点认为经营信息是否不为公众所知悉，属于事实问题，可以委托鉴定。[166]反对观点则认为，商业秘密鉴定应明确鉴定机构鉴定的技术事实范畴，避免将非技术手段问题交由鉴定机构。[167]并非所有案件都适宜提交鉴定机构出具意见，一些小众或新型领域的技术秘密可能难以组织足够的专家鉴定。[168]

（三）评述

2019年《反不正当竞争法》进行修改，专门对商业秘密案件的举证责任分配进行规定。[169]此后，2019年11月，中共中央发布了《关于强化知识产权保护的意见》，提出要在2022年之前，使知识产权权利人维权“举证难、周期长、成本高、赔偿低”的局面得到明显改观。2020年6月，最高人民法院出台的《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》《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》，均涉及到商业秘密案件举证责任问题。有关商业秘密案件的举证规则特别是举证责任分配问题确为司法审判中亟需解决的问题之一，是提高商业秘密司法保护水平的突破点。

实际上，商业秘密案件举证规则的设计也是全面提升我国知识产权保护水平的重要一环。对于“接触+实质相同”推定规则的推定效果，存在肯定举证责任倒置说与否定肯定举证责任倒置说。与此同时，在2020年1月《中美经贸协议》中，我国就有关商业秘密案件民事司法程序中的举证责任转移规则作出相应承诺，以切实减轻商业秘密权利人的举证负担。尽管我国对商业秘密案件中的举证责任分配问题给予足够的关注，但前述这些规定并没有达到预期的效果。特别是《反不正当竞争法》第32条的规定，存在较大解释的空间和余地。

158 参见黄荔 罗苏平：《商业秘密司法鉴定探讨》，载《中国司法鉴定》，2012 年第 3 期，第 102 页。
159 参见黎淑兰：《商业秘密侵权案件审理的难点问题及对策思考——以上海法院审判实践为视角》，载《东方法学》，2012 年第 12 期，第 142 页。
160 参见邓恒：《商业秘密司法鉴定之实践探讨》，载《知识产权》，2015 年第 5 期，第 33 页。
161 参见刘鹏飞：《商业秘密“秘密性”证明责任的法经济学解释》，载《东岳论丛》，2022 年第 12 期，第 182 页。
162 参见最高人民法院（2017）最高法民申 1092 号再审知识产权与竞争纠纷裁定书。
163 参见最高人民法院（2017）最高法民申 1650 号再审知识产权与竞争纠纷裁定书。
164 参见最高人民法院（2018）最高法民申 1273 号再审知识产权与竞争纠纷裁定书。
165 参见最高人民法院（2018）最高法民申 4529 号再审知识产权与竞争纠纷裁定书。
166 参见最高人民法院（2017）最高法民申 3705 号再审知识产权与竞争纠纷裁定书。
167 参见宋健 顾韬：《商业秘密知识产权案件若干问题研究》，载《法律适用》，2010 年第 3 期，第 162 页。
168 参见顾韬：《关于侵害技术秘密纠纷案件审理思路及方法的探讨》，载《电子知识产权》，2015 年第 12 期，第 18 页。
169 参见《反不正当竞争法》第 32 条。

总结

商业秘密的法律属性问题在商业秘密的理论体系中占据重要的地位，往往决定一个国家商业秘密法律保护的基本理论。学界在商业秘密法理基础的问题上存在企业权理论、人格权理论、保密合同理论、财产权理论、不正当竞争理论、知识产权理论等。保密合同理论适用范围狭窄，反不正当竞争理论存在内生缺陷。商业秘密的自由流转，商业秘密权既有内在的内容和对于商业秘密持有人的正当“利益”，具有法律保护正当性基础。非公知性都是商业秘密保护的必要条件，不管为信息投入多少成本，没有非公知性难构成商业秘密。尽管我国对商业秘密案件中的举证责任分配问题给予足够的关注，但《反不正当竞争法》第32条并没有达到预期的效果，存在较大解释的空间和余地。法律应保护具有价值的信息。但是过于宽泛的商业秘密定义，并不一定有利于商业秘密的保护，站在社会利益的立场，信息的传播与利益的保护具有同样重要的价值，实现知识产权法内部的平衡也至关重要，非公知性的认定也应适当关注信息背后的创意和思想，实质表达无关紧要。非公知性的认定应实现信息传播自由、员工择业自由、社会创新与商业秘密持有人竞争优势之平衡。

四、参考文献

（一）中文著作

【1】吴汉东：《知识产权法》，北京大学出版社2003年版。

【2】黄武双：《商业秘密保护的合理边界研究》，法律出版社2018年版。

【3】孔祥俊：《商业秘密司法保护实务》，中国法制出版社2012年版。

【4】张耕：《商业秘密法》，厦门大学出版社2012年版。

王润华著：《第四知识产权美国商业秘密保护》，知识产权出版社2021年版。

【5】李明德：《美国知识产权法（第二版）》，法律出版社2014年版。

【6】戴永盛：《商业秘密比较法研究》，华东师范大学出版社2005年版。

李杨编：《知识产权的合理性、危机及其未来模式》，法律出版社2003年版。

【7】何家弘：《司法鉴定导论》，法律出版社2000年版。

【8】张今：《知识产权新视野》，中国政法大学出版社2000年版。

【9】颜祥林 许华安 朱庆华：《知识产权保护原理与策略》，中国人民公安大学出版社2001年版。

【10】张玉瑞：《商业秘密法学》，中国法制出版社1999年版。

【11】沈达明：《知识产权法》，对外经济贸易大学出版社1998年版。

（二）中文译作

【10】查尔斯•R•麦克马尼斯：《不公平贸易行为概论》，陈宗胜 王利华 候利宏译，中国社会科学出版社1997年版。

【11】莱奥•罗森贝克：《证明责任论（第五版）》，庄敬华译，中国法制出版社2018年版。

【12】彼得·德霍斯：《知识财产法哲学》，周林译，商务印书馆2017年版。

（三）中文论文

【13】吴汉东：《知识产权本质的多维度解读》，载《中国法学》2006年第5期。

【14】吴汉东：《知识产权侵权诉讼中的过错责任推定与赔偿数额认定》，载《法学评论》2014年第5期。

【15】吴汉东：《试论“实质性相似＋接触”的侵权认定规则》，载《法学》2015年第8期。

【16】刘春田、郑璇玉：《商业秘密的法理分析》，载《法学家》2004年第3期。

【17】冯晓青：《新时代中国特色知识产权法理思考》，载《知识产权》2020年第4期。

【18】冯晓青：《知识产权法的价值构造：知识产权法利益平衡机制研究》，载《中国法学》2007年第1期。

【19】冯晓青、涂靖：《经营秘密的界定及其侵害赔偿问题研究》，载《中州学刊》2020年第3期。

【20】冯辉等：《<中美经贸协议>中的商业秘密保护条款及我国的法律回应》，载《国际贸易》2020年第8期。

【21】崔国斌：《商业秘密侵权诉讼的举证责任分配》，载《交大法学》2020年第4期。

【22】郑友德 张钦坤 李薇薇 伍春艳：《对反不正当竞争法的修改建议》，载《知识产权》2016年第6期。

【23】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。

【24】北京市高级人民法院知识产权庭课题组.：《<反不正当竞争法>修改后商业秘密司法审判调研报告》，载《电子知识产权》2019年第11期。

【25】黎淑兰：《商业秘密侵权案件审理的难点问题及对策思考——以上海法院审判实践为视角》，载《东方法学》2012年第6期。

【26】徐棣枫、黄斌慧：《商业秘密侵权诉讼中技术事实的查明》，载《重庆大学学报(社会科学版)》2014年第6期。

【27】寇飞：《商业秘密的秘密性要件及侵犯商业秘密的认定标准》，载《中国发明与专利》2019年第11期。

【28】张怀印：《区块链技术与数字环境下的商业秘密保护》，载《电子知识产权》2019年第3期。

【29】宋健宝：《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。

【30】衣庆云：《客户名单的商业秘密属性》，裁《知识产权》2002年第1期。

【31】张向群：《浅谈商业秘密的法律保护》，裁《当代法学》2003年第1期。

【32】梁平：《商业秘密及其法律保护》，载《经济论坛》2003第10期。

【33】顾韬：《关于侵害技术秘密纠纷案件审理思路及方法的探讨》，载《电子知识产权》2015年第12期。

【34】陈爱华：《日本关于商业秘密构成要件的认定》，载《知识产权》2012年第12期。

【35】宋健、顾韬：《商业秘密知识产权若干问题研究》，载《法律适用》2010年第Z1期。

【36】刘金波、朴勇植：《日美商业秘密保护法律制度比较研究》，载《中国法学》1994年第3期。

【37】李扬：《商业秘密法律保护中的几个基础性问题》，载《科技知产财经》2020年第6期。

【38】周澎：《中美商业秘密保护问题及对策研究》，载《法学杂志》2020年第9期。

【39】戴磊：《论商业秘密的秘密性》，载《山东审判》2005年第1期。

【40】何暄：《举证责任转移的适用条件问题研究——从知识产权民事诉讼举证责任分配原则谈起》，载《电子知识产权》2015年第12期。

【41】刘介明 杨祝顺：《我国商业秘密保护的法律现状及完善建议》，载《知识产权》2012年第12期。

【42】何家弘：《司法证明标准与乌托邦——答刘金友兼与张卫平、王敏远商榷》，载《法学研究》2004年第6期。

【43】宋建宝：《商业秘密保护中秘密性判断标准问题——世界贸易组织TRIPs协议为中心》，载《科技与法律》2012年第3期。

【44】汤茂仁：《商业秘密中的新颖性标准》，载《人民司法》2013年第21期。

【45】蒋志培、孔祥俊、王永昌：《的理解与适用》，载《法律适用》2007年第3期。

【46】唐震：《商业秘密“无需付出一定代价而容易获得”的司法判断》，载《人民司法》2015年第22期。

【47】费艳颖 周文康：《商业秘密反向工程的而功能、关系与路径探析》，载《科技与法律（中英文）》2021年第1期。

【48】刘文鹏：《商业秘密“不为公众所知悉”认定若干问题研究》，载《科技与法律》2012年第3期。

【49】张晓莉：《商业秘密案件中秘密性的举证责任问题研究——以美国司法判例为视角》，载《电子知识产权》2012年第5期。

【50】魏玮：《知识产权侵权诉讼中证明责任的分配——兼论商业秘密侵权诉讼中证明责任的分配规则》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》2008年第205期。

【51】马忠法 李仲琛：《再论我国商业秘密保护的立法模式》，载《电子知识产权》2019年第12期。

【52】李浩：《规范说视野下法律要件分类研究》，载《法律适用》2017年第15期。

【53】张丽霞：《商业秘密侵权行为证明困难的法律对策》，载《河南社会科学》2011年第19卷第5期。

【54】李薇薇 郑友德：《欧美商业秘密保护立法新进展及对我国的启示》，载《法学》2017年第7期。

【55】朱尉贤：《商业秘密与员工基本技能的区分及冲突解决》，载《知识产权》2019年第7期。

【56】胡东海：《民事证明责任分配的实质性原则》，载《中国法学》2016年第4期。

【57】赵雷：《论美国法中证据相关商业秘密的保护》，载《知识产权》2013年第2期。

【58】晏凌煜、尹腊梅：《浅析商业秘密之秘密性的司法鉴定》，载《中国司法鉴定》2015年第1期。

【59】蔡伟 欧群山：《是否构成商业秘密的判定》，载《人民司法》2019年第2期。

【60】程春华：《举证责任分配、举证责任倒置与举证责任转移——以民事诉讼为考察范围》，载《现代法学》2008年第2期。

【61】傅宏宇：《美国<保护商业秘密法>的立法评价》，载《知识产权》2016年第7期。

【62】何暄：《举证责任转移的适用条件问题研究 从知识产权民事诉讼举证责任分配原则谈起》，载《电子知识产权》，2015 年第12期。

【63】林洋：《初步证据的内涵冲突与概念匡正》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》，2020年第1期。

【64】宁立志：《反不正当竞争法》修订的得与失》，载《法商研究》，2018年第4期

【65】江帆：《商业秘密理论与立法探讨》，载《现代法学》2004年第3期。

【66】应飞虎：《权利倾斜性配置研究》，载《中国社会科学》2006年第3期。

【67】寇飞：《商业秘密的秘密性要件及侵犯商业秘密的认定标准》，载《中国发明与专利》2019年第11期。

【68】周克放：《欧盟商业秘密保护例外问题研究》，载《电子知识产权》2018年第7期。

【69】胡东海：《谁主张谁举证’规则的历史变迁与现代运用》，载《法学研究》2017年第3期。

【70】李薇薇、郑友德：《欧美商业秘密保护立法新进展及对我国的启示》，载《法学》2017年第7期。

（三）学位论文

【71】汤茂仁：《商业秘密民事法律保护研究》，南京师范大学2013年博士毕业论文。

【72】邓恒：《论商业秘密保护中的竞业禁止》，西南政法大学2016年博士毕业论文。

【73】刘蔚文：《商业秘密刑法保护边界研究——基于侵犯商业秘密罪案例的实证分析》，南京大学2014年博士毕业论文。

（四）英文论文

【74】Moslavac Bruno, *Criminal Law Protection of Business Secrets*, ,27 Hrvatskil jetopis za kaznene znanosti praksu, 45 (2020)

【75】Fish Laurel J.,Halcoussis Dennis,Phillips G. Michael, *Price-parity adjustments shouldn’t be a trade secret: state-level price parity and assessment of covenants not to compete enforceability*, 1 Contemporary Economic Policy,13, 15 (2020)

【76】Lee Kwon Seob,Lee Hye Jin,Hong Mun Ki, *A study on the Application Status to Trade Secret of GHS MSDSs distributed in the Workplaces and its Improvement Measures*, 3 Journal of Korean Society of Occupational and Environmental Hygiene,99, (2016)

【77】Elisabetta Ottoz,Franco Cugno, *Choosing the scope of trade secret law when secrets complement patents*, 4 International Review of Law & Economics, 90, (2011)

【78】Bradley Lipton, *Trade Secret Law and the Changing Role of Judge and Jury*, 4 The Yale Law Journal, 23, (2011)

【79】Michael Risch, *Why Do We Have Trade Secrets?* , 11 Journal of Intellectual Property, 42, (2007)

【80】Mark A. Lemley, *The Surpring Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*, 61 Stanford Law Review, 311, (2008)

【81】Dave Resser, *Trade Secret Protection*, 4 Modern Casting, 12, (2017)

【82】J Paul Betzer,Jason B Brinkley. Mixology 101, *Blending Trade Secret Protections and Fracking Chemical Reporting*, 4 Natural Resources & Environment, 29, (2015)

【83】Carpenter, Jamie, *Developer's financial model is a "trade secret"*, 4 Planning & Development, 77,(2014)

【84】Bradford Goldense, *Trade Secret practices changing due to first-to-file legislation*, 23 Machine Design,12 (2014)

【85】Ong, Ryan, *Trade Secret Enforcement in China: Options and Obstacles*, 1 The China Business Review, 40 (2013)

【86】Balboni P, D*ata Protection and Data Security Issues Related to Cloud Computing in the EU*, Tilburg Law School Research Paper, 12 (2010)

【87】Charles Tait Graves, *Trade Secrets as Property: Theory and Consequences*, 15 Journal of Intellectual Property. 39 (2007)

【88】James W. Hill, Trade Secrets, Unjust Enrichment, and the Classifi cation of Obligations, 4 The Virginia Journal of Law &Technology. 2 (1999)

【89】C. K. Prahalad, G. Hamel, *The Core Competence of the Corporation*, 9 Harvard Business Review 54, (2006)

【90】Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 New York University Law Review, 354, (1999)

【91】Michael Risch, *Why Do We Have Trade Secrets?*, 11 Intellectual Property Law Review , 1, (2007)

【92】Bone R G, *A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification*, 86 California Law Review, 2, (1998)

【93】Samuels Linda B.＆Johnson Bryan K, *The Uniform Trade Secrets Act: The States' Response*, 24 Creighton Law. Review, 49,(1990)

【94】Hilton W.E., *What sort of improper conduct constitutes misappropriation of trade secret, IDEA*: 4 The Journal of Law and Technology, 30, (1990)

【95】Hutter Michael J, *The Case for Adoption of a Uniform Trade Secrets Act in New York*, 10 Albany Law Journal of Science & Technology, 1, (1999)

【96】Carl Pacini＆Raymond Placid, *The Importance of State Trade Secret Laws in Deterring Trade Secret Espionage*, 1 Buffalo Intellectual Property Law Journal, 234, (2009)

【97】Michael B. Bixby＆Christopher Baughn, Trade Secret Theft and Protection, 32 Atlantic Law Journal, 12, (2010)

【98】Francesco Castellaneta etc, *The effect of trade secret legal protection on venture capital investments: Evidence from the inevitable disclosure doctrine*, 5 Journal of Business Venturing, 23, (2016)

【99】Arina Gorbatyuk,etc, Intellectual Property Ownership in Coupled Open Innovation Processes, 3 IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law, 34, (2016)

【100】Robert.A.Kearney, *Why the Burden of Proving Causation Should Shift to the Defendant Under the New Federal Trade Secrets Act*, 13 Hastings Business Law Journal, 12, (2016)