

论商业秘密善意取得制度在我国的适用

汤茂仁

商业秘密为一种无形财产,法律对其保护在许多方面准用一般财产的相关原理和规定。如赋予其专有性、排他性、支配性、受到侵害后物权性请求权,物权性救济方式等。因此,世界上许多国家参照物的善意取得制度,确立了商业秘密的善意取得制度,即如果第三人不知道也不应当知道其所受让或获取的商业秘密系他人通过不正当手段获得后转让或披露的,或者系他人违反对权利人的保密义务而擅自转让或披露的,则第三人有权披露和使用该商业秘密。承认商业秘密的善意取得制度,有利于维护商业秘密交易的安全,促进商业秘密尤其是技术秘密的传播,鼓励将技术成果转化为生产力。同时,商业秘密善意取得制度,也给予受到侵害的商业秘密权利有效的救济和修复。因此,这是一项实现商业秘密权利人、第三人和侵权人利益平衡的一项较好法律制度。

一、一般物权的善意取得制度

根据我国《物权法》第106条和第108条规定,一般物权的善意取得,是指动产或不动产占有人无权处分其占有的财产,但他将该财产转让给第三人,如果受让人取得该财产时系出于善意,且支付了合理的对价,则受让人将依法即时取得对该动产的所有权或其他物权。民法、物权法上设立善意取得制度的目的在于增强商品交换的安全感,维护交易流转的正常秩序,促进市场经济有序健康发展。同时,善意取得也有利于充分发挥物的经济效用。根据《物权法》第106条第2款的规定,善意取得将产生以下法律效果。一是受让人取得受让动产或不动产之完整所有权。但如果受让人系无偿受让,或者受让时明知或应当知道转让人无权处分的,则不能成立善意取得,不能即时取得转让物的所有权,原所有人有权要求受让人返还原物。转让本身是无偿的或者以明显不合理的低价转让的,也可以证明受让人非善意的主观过错。二是转让人应当向物之所有权人赔偿损失,包括原物及其孳息以及其他损失。转让人所得的价款,因属于无权转让他人之物所得,没有法律上的依据,因此不论该数额是否高于转让物的实际价值,均应当属于不当得利返还给所有人。而且,当转让价款低于转让物的实际价值,以及所有权人另有其他损失时,所有权人可依侵权行为法请求转让人承担赔偿责任,但不得要求受让人补足。因此,善意取得制度

着重于对受让人利益的保护,并尽可能在物之所有人利益与受让人利益间寻求平衡,以保护交易的安全感。

二、商业秘密善意取得的条件

第三人于善意状态下取得、使用、披露权利人商业秘密的,不构成侵权,不承担法律责任。这是商业秘密善意取得制度的前提和基础。商业秘密善意取得的适用条件有两个。一是行为人(所谓的“第三人”)对权利人的商业秘密不享有转让、披露等处分权利。原因在于其是以窃取、贿赂、诱引或者商业间谍等不正当手段获取权利人的商业秘密,或者对权利人负有不得披露、转让的义务。二是第三人获取、披露、使用从无权处分人处取得的商业秘密主观上是善意的,即不知也不应当知道这是权利人的商业秘密,也不知道行为人是以前不正当手段获取的或者行为人对权利人负有保密义务,也就是说第三人不知道也不应当知道“第三人”属无权处分人。从另一方面说,第三人善意地认为第二人对商业秘密有权处分。美国《侵权法重述》(第一次)第758节及有关评论规定,第三人从行为处获得他人的商业秘密,没有注意到其属商业秘密且行为人的披露违反了对他人的义务或存在着其他不正当;或第三人因错误获知该商业秘密,没有注意到秘密性和该错误。

与一般物权的善意取得相比,商业秘密善意取得的特殊性表现在以下方面。其一,第三人获取商业秘密并非必须支付对价,只要善意即可。美国法律规定,支付对价与否只是对第三人在权利人告知其有关行为人的无权处分情势后能否继续使用产生影响。其二,商业秘密的无形性、可复制性特点决定了其可以为不同主体同时拥有。因此,在一般物权善意取得场合,第三人即时取得转让物的所有权和其他物权后,原所有人对物之所有权消灭。而在商业秘密善意取得场合,第三人获取商业秘密后,商业秘密权利人依然对商业秘密享有权利,只要商业秘密尚未对不特定社会公众公开而丧失秘密性。第三人不能阻止商业秘密权利人的占有和使用。因此,客观上存在着权利人与第三人分别拥有商业秘密的使用权的状况。第三人并非真正物权法意义上的完整“受让”商业秘密,不享有商业秘密的独占性使用性,享有的只是普通使用权。所以,在商业秘密善意取得场合,商业秘密权利人与第三人



之间不存在要求对方返还商业秘密的问题。

三、商业秘密善意取得的法律效果

商业秘密善意取得的法律效果是该项制度的关键所在。关于第三人在善意取得他人商业秘密后,是否有权披露、使用权利人的商业秘密,不同的国家有不同的态度。大致可以分为以下三类。

(一)许可说。即权利人不能禁止善意第三人的使用和披露他人的商业秘密。英国、爱尔兰持此观点,认为商业秘密有关当事人之间存在产生保密义务的环境和有关信息具有保密性质。而善意获得者与商业秘密权利人之间并无保密义务关系,因而不能禁止善意第三人使用该商业秘密。芬兰、荷兰、巴西等国也采此观点。国际工业产权保护协会(AIPPI)大多数代表认为商业秘密的权利人对善意获取者不能行使“禁”权。^[1]

(二)禁止说。即无论善意与否,权利人均可禁止第三人进一步披露或使用其获取的商业秘密。南斯拉夫法律认为,商业秘密是公司一般财产的一部分,即使竞争者接受或使用他人商业秘密是出于善意,仍然是未经竞争对手允许而使用了其财产。因而应当禁止其使用公司的商业秘密,此时,善意行为人既不能要求恢复原状也不能要求赔偿。德国也有同样规定,认为善意第三人有权使用他人商业秘密的前提是商业秘密已缺乏秘密性,如果商业秘密还存在的话,那么无论善意获得与否都不能使用。^[2]

(三)附条件说。即是否允许第三人使用以及如何使用其获取的商业秘密,不可一概而论,而要视情况处理。匈牙利、日本、美国、加拿大等国法律采此观点。

1.匈牙利。根据匈牙利民法典,任何人善意获得一物,(即使交易是在商业买卖范围以外进行),如果该物是从其所有人的受托人处获得,那么该善意获得者成为该物的所有人。但是,原所有人可自善意获得者获得之日起1年内,支付补偿金买回该物。^[3]前述规定虽然明确善意第三人可以取得转让物之所有权,但原所有人可以自善意获得者获得之日起1年内,支付补偿金赎回该物。也就是说,原所有人享有回赎权。

2.日本。日本《反不正当竞争法》第11条第1款第6项规定,因交易取得商业秘密的人(以其不知且无重大过失应知该商业秘密是不正当披露,或者该商业秘密已经存在不正当获取行为或不正当披露行为为限),在其因交易取得的权利范围之内,使用该商业秘密和披露该商业秘密

的行为是允许的。也就是说,只要是善意受让人,可以在其交易取得的权利范围内披露或使用权利人的商业秘密,而不论权利人是否为通知。这是出于交易安全保护的需要,偏重对善意受让人权利的保护。

3.美国。美国《侵权法重述》(第一次)第758节规定,第三人对接到权利人有关无权处分事实的通知之前的披露或使用,对他人不承担法律责任。于此情形中,第三人获取或接受商业秘密时无论是否支付对价在所不问。第三人对接到通知之后的披露或使用,对他人承担法律责任,除非,致使承担法律责任失去公平。^[4]在这里,美国法律明确了二点:一是以权利人通知了第三人关于行为入无权处分这一事实的时间为界,通知之前,第三人属于善意情形可以为使用或披露。通知之后的披露或使用,即不属于善意取得范畴,第三人应当承担法律责任。二是在通知之前第三人已善意支付了商业秘密对价,或已相当地改变了自身状态的,商业秘密权利人要求第三人禁止其披露或使用的权利将受到限制。该重述的评论e对支付对价和改变状态作了规定:^[5]在接受通知之前,善意支付了对价的第三人,被免除接受通知产生的法律责任。在接受通知之前,善意改变了自己的状态,具有同样效果。并非所有的状态改变,均可以使接受秘密者免除在通知后的不披露或不使用义务,这里的关键是赋予该责任,在特定情势下是否失去公平。因此,如果接受秘密者为使用秘密,对厂房和设备进行了实质性投资,足以构成状态变化;接受秘密者清结其他业务,以便在该商业秘密基础上开展新业务,也可构成状态的足够变化,甚至新业务尚未开展起来也不受影响。同样,如果秘密接受者支出了重要的经费进行调查和开发,准备建立新的业务,或为改进秘密工艺进行了努力,那么接受秘密者已经使其状态发生了足够变化。另一方面,如果接受秘密者仅在头脑中考虑未来做什么事,或正在与他人洽谈,就没有造成状态上的足够变化,不能免除相应的法律责任。重述还规定,在有的情况下,如果禁止被告接到通知后的进一步使用是不公平的,可以考虑附加其他救济,如允许被告使用(强制许可,笔者注),但需支付合理的使用费。由此可以发现,美国法律对于第三人于通知前支付了对价,或者使用商业秘密已经实质性改变了自身状态的情形,规定不能禁止第三人进一步的使用,但需要支付合理使用费。否则,第三人对于通知前的使用和披露行为不承担法律责任。

[1]参见崔明霞:“商业秘密侵权中的善意第三人”,载《中南财经大学学报》2000年第6期;郑成思:《知识产权法》,法律出版社1997年版,第489页;纪晓昕:“试析商业秘密中善意第三人的有关问题”,载《当代法学》2002年第3期。

[2]同上注。

[3]同注[1]。

[4]张玉瑞:《商业秘密法学》,中国法制出版社1999年版,第684页。

[5]同上注,第685-687页。

(四)加拿大。加拿大《统一商业秘密法》(草案)^[6]第9条规定,在善意获得、披露、使用他人商业秘密场合,在事后获悉了事实真相之后,法院如果认为适当,可以作出过渡性判决保护各方当事人利益和维持各方当事人权利。(1)法院如果认为只有这样才公平,可决定善意第三方可以继续使用商业秘密。这种使用可以是支付使用费或不支付。(2)法院也可以令善意第三人停止使用秘密。(3)法院在作出上述选择,决定善意第三人以及真正权利人利益时应考虑:①双方的重视程度,即是真正的权利人还是善意第三方更重视商业秘密。善意第三方已支付使用费是重视的有力证据。②在得知是他人商业秘密之前,真正的权利人、善意第三方实际状态的变化,例如是前者还是后者,已经将商业秘密用于实际生产或为此做好了物质准备。进行以上考虑时,应注意真正权利人的法定权利和其他有关情况。因此,加拿大相关规则关于善意取得的规定,与美国大体相同,是在平衡商业秘密权利人与第三人利益之后,并根据具体情况作出选择。

四、商业秘密善意取得制度在我国的适用

关于商业秘密善意取得制度,我国法律规定涉及不多,较多为学术探讨。现结合中外法律规定的精神,就我国商业秘密善意取得纠纷处理的原则以及法律效果等问题作一探讨。

(一)现有法律、法规、司法解释的规定

1995年制定并于2009年修订的《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》是第一个对商业秘密善意取得制度作出详细规定的地方性法规。该条例第36条规定,技术秘密受让人或技术秘密得悉人不知道也没有合理的依据应当知道该技术秘密是非法转让或违约披露的,赔偿责任由非法出让人或违约披露人承担。技术秘密受让人或技术秘密得悉人获悉属非法转让或违约披露后应当立即停止使用,并采取合理、有效的措施保守秘密。技术秘密受让人或技术秘密得悉人所遭受的损失及采取保密措施的费用,可向非法出让人或者违法、违约披露人追偿;无法追偿的,由合法拥有技术秘密的企业与技术秘密受让人或技术秘密得悉人合理分担。经合法拥有技术秘密的企业书面同意,技术秘密受让人或技术秘密得悉人可以继续使用该技术秘密。该规定明确:1.在第三人善意状态下,因商业秘密的转让而给权利人造成的损失,由转让人负担。2.在第三人知悉无权处分的事实真相后,应立即停止使用,除非权利人的书面同意,同时还应承担保密责任。第三人由此所产生的损失及保密费用,向转让人索赔。3.对前述费用和损失,无法向转让人追偿的,根据公平原

则,由权利人与第三人合理分担。

我国1999年《合同法》第329条规定,非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。第353条规定,受让人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的,由让与人承担责任,但当事人另有约定的除外。2004年颁布的《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第12条规定,根据《合同法》第329条的规定,侵害他人技术秘密的技术合同被确认无效后,除法律、行政法规另有规定的以外,善意取得该技术秘密的一方当事人可以在其取得时的范围内继续使用该技术秘密,但应当向权利人支付合理的使用费并承担保密义务。当事人双方恶意串通或者一方知道或者应当知道另一方侵权仍与其订立或者履行合同的,属于共同侵权,人民法院应当判令侵权人承担连带赔偿责任和保密义务,因此取得技术秘密的当事人不得继续使用该技术秘密。第13条规定,依照前条第1款规定可以继续使用技术秘密的人与权利人就使用费支付发生纠纷的,当事人任何一方都可以请求人民法院予以处理。继续使用技术秘密但又拒不支付使用费的,人民法院可以根据权利人的请求判令使用人停止使用。人民法院在确定使用费时,可以根据权利人通常对外许可该技术秘密的使用费或者使用人取得该技术秘密所支付的使用费,并考虑该技术秘密的研究开发成本、成果转化和应用程度以及使用人的使用规模、经济效益等因素合理确定。不论使用人是否继续使用技术秘密,人民法院均应当判令其向权利人支付已使用期间的使用费。使用人已向无效合同的让与人支付的使用费应当由让与人负责返还。上述规定明确:1.善意第三人与无权处分人(侵权人)所签订的合同因侵害权利人商业秘密而无效;2.因侵害商业秘密而给权利人造成的损失,由实施侵权行为的转让人负担,受让人不负担损害赔偿赔偿责任;3.善意受让人可以在取得时的范围内继续使用该技术秘密,但应当支付使用费。该规定未考虑取得商业秘密以后某一时间点知悉无权处分情形的存在。根据该规定,第三人即使事后知悉,也有权在取得的范围内继续使用技术秘密。也就是说,无论权利人是否告知第三人有关无权处分的事实,以及第三人事后是否知悉了有关无权处分的事实,均不影响善意受让人的使用权。该规定精神类似于日本法规定的内容;4.善意第三人拒绝支付使用费的,权利人可向法院起诉请求第三人停止使用。

(二)处理涉及善意取得问题的原则

商业秘密善意取得涉及权利人、无权处分人(转让人)

[6]参见张玉瑞:《商业秘密法学》,中国法制出版社1999年版,第568页。笔者注意到张玉瑞先生对加拿大《统一商业秘密法》(草案)的介绍与其书后所附的条文并不一致,考虑到张玉瑞先生介绍的内容是符合善意取得内在原理的,也较为合理,故在此作了引用。另,需要说明的是,该法至今仍是草案,并非真正的法律,但其中内在原理和立法精神值得研究。



和善意第三人三方之间的法律关系。处理有关纠纷时,应当坚持以下两个原则:一是因商业秘密未经许可转让而给权利人造成的损害以及如果第三人被禁止使用而产生的损害,应当尽可能由无权处分人负担。因为在这三方法律关系中,权利人和善意第三人均为无过错的受害方,而这些损害均因转让方擅自处分权利人的商业秘密而造成,与其实行的侵害权利人商业秘密行为之间有因果关系,所以应当首先由转让人负担。在一般物权的善意取得过程中,也是坚持这一原则由实施侵权行为的转让方承担法律责任,由权利人向侵权人主张权利,或者由善意第三方向侵权人索赔。二是在涉及权利人与第三人利益冲突时,要基于利益平衡原则,合理平衡权利人与善意第三人利益。因为善意取得制度有利于交易的稳定与安全,有利于技术的传播与应用,有利于保护善意第三人的利益,但该项制度的实施因承认善意第三人对权利人商业秘密享有使用权而影响权利人基于商业秘密许可和使用而产生的利益,损及其竞争优势,甚至导致商业秘密向社会公开的风险。因此对权利人和善意第三人的保护均不能有失偏颇,要尽量公平地在原所有人与第三人之间寻求利益的平衡。比如“在非交易中无偿取得商业秘密的善意第三人的保护就要弱于对已支付对价的善意第三人;对已进行实质性投资的善意第三人的保护,要高于对仅仅获得、尚未使用的善意第三人。”^[7]

(三)善意时间点的确定

善意取得的判断中确定善意的时间点相当重要,因为它决定了第三人何时是善意的,何时是恶意的,以及何时应当承担法律责任,何时无需承担法律责任。在确定善意的时间点上有两种做法。第一是实施获取、披露、使用这些具体行为时主观上是否明知或应当知道。第三人在获取之后到实际使用之前都是确定善意的时间段,也就是说其不但于受让商业秘密时而且在其后也必须为善意。即所谓“持续性标准”。美国法认为,在此期间,如果权利人通知第三人有关无权处分的情况或事实时,第三人由善意转为恶意。因此,第三人于通知前为披露、使用等行为的,系善意第三人所为,不构成侵权,不承担法律责任;在通知后实施上述行为的,需承担相关法律责任。第二是第三人获取商业秘密时是否为善意。如日本的做法是对在后是否知晓无权处分的事实在所不问。^[8]“在日本确定的时间点,是得到商业秘密的时间,其发生于使用、披露秘密之前。”^[9]在获取之后,无论权利人是否为通知,

第三人都可以在合同约定的使用范围内使用商业秘密。在福里斯特化学制品公司诉皮尔斯伯里公司侵害商业秘密案中,^[10]美国第七巡回上诉法院1971年的判决清楚地表明了美国判例法是将具体使用、披露商业秘密的时间作为善意时点的。该案中,原告福里斯特公司与泰迪豪斯公司通过保密协议将包装工艺披露给后者。后者资产于1960年被皮尔斯伯里公司买下,皮尔斯伯里公司即取得了原告保密的包装工艺,并于1964年投入使用。福里斯特公司向法院起诉主张皮尔斯伯里公司侵占其商业秘密。伊根系泰迪豪斯公司原雇员,向法院作证称在他曾在1962年的一次会议上向皮尔斯伯里公司谈起过涉案工艺,以及泰迪豪斯公司取得该商业秘密之前双方签订有保密协议。法院认为,1964年涉案商业秘密被皮尔斯伯里公司使用时,皮尔斯伯里公司已明知福里斯特公司拥有该商业秘密。法院因此判决原告胜诉。在该案中,如果善意时点是以取得商业秘密时为准,皮尔斯伯里公司就不构成侵权。但是如果将被告本身的使用、披露时间作为善意时点,它就构成侵犯他人商业秘密的行为。

笔者认为,以持续性标准确定善意的时间点较为合理。首先,商业秘密侵权行为的认定实行过错原则,判断第三人获取、披露、使用他人商业秘密时是否侵权,主要是看实施被控的具体行为的当时,第三人主观是否为善意。若是善意,则不侵权;若有过错,则为侵权行为。因此,审查第三人善意与否应从其获取商业秘密开始,如果其在获取时已经知道或应当知道其所获取的是他人的商业秘密,且是从无权处分人处获取,则属于恶意第三人。即使其获取时为善意,也不能代表其永远善意,还要判断其使用、披露时是否已经知晓或应当知晓。也就是说,认定第三人主观善意,对其免责和保护不是一劳永逸的。一旦其知晓或应当知晓,即应负法律责任。其次,该标准对第三人利益分别情况进行了考虑和保护。如果第三人系无偿取得商业秘密的,则其在获取后某一时间点接到权利人的通知后停止使用商业秘密对其本人并无实质性损害。而如果第三人系支付合理对价或就商业秘密已经进行了投资等实质性地改变了自身状态的,则可以继续使用该商业秘密。因此,持续性标准比较符合法律逻辑、法律原则和利益平衡的基本精神。而日本法仅以第三人获取商业秘密时的主观状态来判断善意与否,且一旦善意即不能禁止其在交易范围内使用商业秘密权利的规定,过于偏重对第三人利益的保护,不利于鼓励科技创新。

[7]纪晓昕:“试析商业秘密中善意第三人的有关问题”,载《当代法学》2002年第3期。

[8]侯安琪、廖斌:“论商业秘密的善意取得——一个法经济学视角”,载《社会科学》2009年第11期;崔明霞:“商业秘密侵权中的善意第三人”,载《中南财经政法大学学报》2000年第6期;程美琪:“论商业秘密中善意第三人的责任”,载《法律与社会》2009年第3期(下)。

[9]同注[4],第568页。

[10]叶京生:《美国知识产权案例与评注》,上海译文出版社1998年版,第365页。

(四)善意取得的法律效果

笔者认为,根据公平和利益平衡原则,善意取得可产生如下法律效果。

1.无权处分人与受让人签订的合同无效。在商业秘密善意取得场合,无权处分人为以不正当手段获取权利人商业秘密者,或者对权利人负有保密义务者。无权处分人违反法律或合同约定,擅自向第三人转让权利人的商业秘密,侵害了权利人基于商业秘密而享有的权益。根据《合同法》第329条的规定,无权处分人与善意第三人签订的侵害他人技术成果的合同应当被认定无效。

2.无权处分人因合同无效而给权利人造成损害的,应当由该无权处分人即转让人负担。有观点认为,《合同法》第353条规定的“受让人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的,由让与人承担责任”的内容,实质为一种合同双方之间内部的责任及分配,不能对抗权利人的侵权诉求。如果专利权人起诉要求转让人和受让人停止侵权、赔偿损失的,基于专利权的排他性权利,转让人和受让人必须承担停止侵权和赔偿损失责任,否则这样将严重动摇了专利等制度的基础。因此,该观点认为,应该先由让与人、受让人承担连带赔偿责任,受让人同时必须停止生产和销售,在对外承担了责任之后,再根据《合同法》第353条规定,由受让人向转让人追偿其所负担的损失。^[11]笔者认为,此种认识不符合侵权行为法以及善意取得制度的精神。因为善意第三人按照约定实施专利、使用技术秘密,本身并不构成侵权,令其承担责任不符合侵权行为法规定,应当由实施侵权行为的转让方负担法律责任。同时,如果要求善意第三人承担法律责任,善意取得制度将不复存在,善意第三人的利益也将无从保障。因此,正确的做法,应当是由权利人将无权处分的转让人与受让人同时列为被告,然后判决转让人负担法律责任。如果权利人未起诉转让人的,法院也应当经充分解释和说明,动员原告追加转让人为被告。原告拒绝追加的,可以驳回其要求善意第三人承担法律责任的诉讼请求。

3.在第三人主观善意期间,即其不知道或也不应当知道其前手转让人存在无权处分事实时,第三人无论是否支付对价均有权使用权利人的商业秘密。因转让人的无权处分行为以及受让人的披露、使用而给权利人造成的损害,由权利人向转让人索赔。索赔的范围不限于受让人支付的价款,而应以其实际损失为限。

4.如果第三人系无偿取得商业秘密的,在第三人知道

或应当知道其前手转让人存在无权处分事实时,例如权利人已经告知了第三人有关事实,或第三人从其他渠道感知了前述事实的存在等等,当权利人提出停止使用的请求时,受让人应当停止使用。因为此时受让人未支付对价,并无损失。为防止对权利人的商业秘密未来的损害,应当赋予权利人对此种情形下的第三人享有禁止权。

5.如果第三人已经对商业秘密善意地支付了合理对价,或对商业秘密进行了重要的设备投资或研究开发,或依赖该信息实质性改变了自身状态的,则权利人要求第三人停止使用商业秘密的请求应当受到限制。这是因为在一般物权的善意取得场合,支付了合理对价后,善意第三人享有的是不受限制的物权,有权占有、使用、收益和处分。而在商业秘密的善意取得场合,如果已经支付了合理对价的第三人连基本的使用权都不能享有,将有失公平,这样对权利人的保护过于偏重。同样道理,在第三人对商业秘密进行了重要的设备投资或研究开发,或依赖该信息实质性改变了自身状态的,如果禁止其使用商业秘密,其境况将严重变坏,利益受损将难以通过向无权处分人追偿获得。因此,为有效平衡权利人与第三人之间的利益,对于第三人系已经对商业秘密善意地支付了合理对价,或对商业秘密进行了重要的设备投资或研究开发,或依赖该信息实质性改变了自身状态的,即使第三人已经知晓有关情势,权利人也无权禁止其进一步使用商业秘密。此时,权利人的损害只能向无权处分人通过追究违约责任或侵权责任来弥补。

在此情形下,适用商业秘密善意取得制度还应当注意两点:一是第三人支付的价款明显不合理的,可以作为第三人是否应当知晓的判断标准;二是第三人进一步使用的,需要向权利人支付合理使用费。有学者也建议“禁止善意支付了对价的第三人继续使用商业秘密,但该第三人必须向权利人支付合理的使用费,并可酌情补偿权利人的开发费用和损失。”^[12]在确定合理使用费时,应当考虑权利人对外许可该技术秘密的使用费或者使用人取得该技术秘密所支付的使用费,并考虑该技术秘密的研究开发成本、成果转化和应用程度以及使用人的使用规模、经济效益等因素。第三人已经支付的对价应当考虑进来。第三人已经向转让人支付的使用费,也应当从中予以扣除。双方对使用费通过协商不能达成意见的,权利人可以请求法院处理确定。第三人拒绝支付使用费的,法院可以责令其停止使用。

(作者单位:南京师范大学法学院)

[11]同注[4],第555页。

[12]程美琪:“论商业秘密中善意第三人的责任”,载《法律与社会》2009年第3期(下)。