

“魔术表演”的商业秘密保护范围与局限研究

姜坤瑜

四川大学法学院, 四川 成都

收稿日期: 2023年3月14日; 录用日期: 2023年5月2日; 发布日期: 2023年5月9日

摘要

基于以隐藏魔术原理创造魔术效果的特殊性质和必须通过表演转化商业价值的营利模式, 在实践中以著作权法或专利权法保护“魔术表演”的知识产权都存在明显的争议或难题, 因此相关权利人常常选择以反不正当竞争法对“魔术表演”中包含的魔术原理以商业秘密进行保护。魔术原理构成商业秘密需要满足一定的条件, 尤其是其权利主体不能与相关著作权人混同, 在秘密性上也应关照魔术行业的特殊性。同时, 以商业秘密保护魔术原理也有明显的局限, 主要体现在“反向工程”的实施难度较低、侵权认定困难以及与实现经济效益的冲突。因此, 相关权利人如果寻求对魔术原理的商业秘密保护, 应采取相对更周密、完善的保密措施, 并协调以商业秘密保护与实现经济效益的必然冲突。

关键词

“魔术表演”, 魔术原理, 商业秘密, 反不正当竞争法

Research on the Scope and Limitation of Trade Secret Protection of “Magic Show”

Kunyu Jiang

Law School, Sichuan University, Chengdu Sichuan

Received: Mar. 14th, 2023; accepted: May 2nd, 2023; published: May 9th, 2023

Abstract

Based on the special nature of creating magic effects by hiding magic principles and the profit model of transforming commercial value through performance, there are obvious controversies or difficulties in protecting the intellectual property rights of “magic show” by copyright law or patent law in practice, so the relevant right holders often choose to protect the magic principles contained in “magic performance” with trade secrets by anti-unfair competition law. Magic prin-

principle constitutes a trade secret needs to meet certain conditions; especially its right subject can't be mixed with the relevant copyright holders, and it also should take care of the special nature of the magic industry in terms of the secrecy. At the same time, to protect the magic principle of trade secrets also has obvious limitations, mainly in the low difficulty of the implementation of "reverse engineering", the difficulty of infringement and the conflicts in realizing economic benefits. Therefore, if the relevant right holder seeks to protect the magic principle of trade secrets, they should take relatively more careful and perfect confidentiality measures, and coordinate the inevitable conflict between the protection of trade secrets and the realization of economic benefits.

Keywords

"Magic Show", Magic Principle, Trade Secret, Anti-Unfair Competition Law

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

“魔术表演”是一门包含多重知识产权的表演艺术。首先，“魔术表演”常常需要特殊的魔术道具，相关权利人可能选择申请发明专利或实用新型专利以获得专利权。同时，“魔术”本身属于我国《著作权法实施条例》第四条规定的作品类型，理论上是著作权法的保护对象。但是，我国对于魔术以独立作品类型进行著作权保护的范围存在争议，司法实践中作为典例的“狼蛛案”对魔术作品的定义和保护尚不完善，导致长期以来“魔术表演”的著作权保护困难重重。此外，以专利制度保护魔术道具意味着相关技术或原理的公开，透露或公开魔术秘密在绝大多数情况下是“魔术表演”的禁忌。在此现实境况下，一些学者和权利人转向寻求“魔术表演”以商业秘密和反不正当竞争法的保护。

我国将“商业秘密”以非专门法模式即以反不正当竞争法保护[1]，商业秘密的保护体系经过多次修改得到完善，其中2019年新修订的《中华人民共和国反不正当竞争法》(下文简称《反不正当竞争法》)第九条、第三十二条分别对商业秘密的构成要件、侵权行为类型进行了规定和对侵犯商业秘密的民事审判程序进行了细化。同时，与知识产权保护相关的TRIPS协议在其三十九条第2款中也有关于“商业秘密”的符合要件与侵权方式的规定。魔术作为一种创造“超自然”效果的表演艺术，其独特魅力的重要来源是其隐藏了所谓魔术的原理或秘密(下文统称为“魔术原理”)。本文将对“魔术表演”关于商业秘密的反不正当竞争法保护范围与侵权认定作初步分析。

2. “魔术表演”的商业秘密保护范围

2.1. “魔术表演”中的魔术原理为商业秘密保护客体

虽然学界尚无对“魔术表演”具体包含哪些组成部分形成统一意见，但从魔术的自身特点出发，其至少包含魔术动作、形体姿势的流程，魔术场景以及魔术原理[2]，此魔术原理包含魔术不能让观众直接感知的技巧、手法、科学原理等的编排组合以及相关道具的使用，进一步来说可以包括魔术道具的技术原理。事实上，魔术原理因其秘密性和非公开性而受到学界和实务界对其以著作权保护的争议，因此寻求商业秘密的保护有时也是相关权利人的无奈之举。当然，若作为商业秘密进行保护，魔术原理自然应受到《反不正当竞争法》定义的商业秘密保护体系制约，具体论述如下。

2.2. “魔术表演”的商业秘密权利主体为经营者

根据我国《反不正当竞争法》第一条和第二条的规定可知，反不正当竞争法保护经营者和消费者的合法权益，并且规制的是在生产经营活动中经营者的行为。因此，商业秘密的权利主体同样应为经营者，即从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织。

但是，“魔术表演”的创作者或著作权人未必总是市场竞争中的经营者。相关“魔术表演”的权利人可以通过创作、公开表演其魔术而获得相关著作权，但是如果其并未参与营利为目的的生产经营活动且不为参加市场竞争的其他市场参加者[3]，其也不能以侵犯商业秘密为由保护其创作的魔术中包含的魔术原理。

2.3. 魔术原理需符合商业秘密的客体构成要件

根据我国的《反不正当竞争法》第九条对商业秘密的定义，结合2020年《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》(以下简称《商业秘密司法解释》)，商业秘密应至少符合不为公众所知悉、具有商业价值、权利人采取相应保密措施且属于商业信息四个要件。

2.3.1. 不为公众所知悉

不为公众所知悉主要强调商业秘密的新颖性和客观秘密性。魔术师或魔术创作者在展示魔术时，其必须通过掩饰魔术原理以达到呈现给观众“超自然”的魔术效果，这也是魔术独特魅力的重要来源。因此就魔术原理自身而言，观众乃至社会公众当然是无法了解的，并且一般不能从公开渠道获取。但是，应当注意魔术界有很多经典的魔术技巧、手法或科学原理的应用，例如在纸牌魔术领域的经典技巧、手法有“艾尔姆支雷数牌法”(Elmsley Count)、“古典迫牌法”(Classic Force)、“海曼移牌法”(Herrmann Pass)等等，科学原理则以“止滑剂”的使用和魔术“绿野仙踪”(Invisible Deck)为典型，这些魔术原理在魔术行业领域内几乎是众所周知，借助于今日互联网平台，其于社会范围甚至已经处于半公开的状态，应当被认为是《商业秘密司法解释》所称所属领域一般常识所排除商业秘密的范畴。

同时，商业秘密的秘密性不应具有地域性[4]。这就意味着，如果一个魔术原理在国外或世界上的任何一个地方达到为公众所知悉的条件，其在我国就不得再以商业秘密保护。事实上，虽然我国的魔术发展虽有悠久的历史，历史上便有以“三仙归洞”“空碗来酒”等为代表的古彩戏法表演，但现代魔术更多起源西方，17、18世纪更是被称为西方魔术界的“黄金时代”[5]，尤其在今日以美国为代表的魔术行业发展相较我国有明显优势，包括但不限于魔术发明、行业规制等方面。

2.3.2. 具有商业价值

“魔术表演”唯有是被用于具有营利性的商业活动中时，其所包含的魔术原理方可符合商业秘密所需具备的商业价值。此处具有营利性的商业活动，可以是其直接用于商业经营，比如进行舞台的魔术演出，也可以是为了宣传、推广自身品牌而演示必要的魔术环节或效果，抑或是不公开而仅仅对相关魔术进行保密以获得行业内的竞争优势。在判断是否具有商业价值的问题上，同样需要注意相关权利主体需作为经营者参与生产经营活动，而不能仅是“魔术表演”的著作权人或魔术道具的发明者或所有者。

2.3.3. 权利人采取相应保密措施

商业秘密权利人对特定信息应具有主观上保密的意愿，而实践中通常以相关信息持有人的客观保密措施是否适应信息保密需求为判断依据，《商业秘密司法解释》第七条也规定和列举了认定权利人应采取的相应保密措施的具体情形。

对于魔术原理的商业秘密权利人，在实践中应结合以下两点判断具体判断其采取的保密措施是否合理：第一，魔术原理是否通过“魔术表演”泄露。一些魔术师会在魔术表演完后对观众透露相关的魔术

细节,甚至一些魔术表演失误会直接显示其所隐藏的魔术原理(如“空手出牌”魔术若失误可以发现牌藏在手背),这些情形应结合具体情况判断魔术原理泄露的程度以及其产生的传播效果,不能一刀切地认为泄露部分已然进入公有领域;第二,魔术原理是否因教学和分享而被公开。魔术教学是魔术传播、发展的重要环节,如果相关权利人对相关“魔术表演”进行现场、视频或其他方式教学,应分辨其公开教学的范围。例如如果是通过签订相应层级的保密协议在少数魔术师范围内传播,则其仍属于商业秘密;但若通过付费视频等方式在社会范围内容出售,则应视为放弃了基于该魔术原理的商业秘密权。

2.3.4. 属于商业信息

商业秘密包括技术信息、经营信息等商业信息,其特点是载体的有形性和内容是非物质性的、无形。而在确定魔术原理属于何种商业信息的问题上,应进行分类讨论。一是魔术道具中的原理,即魔术道具的技术方案、制作工艺等信息,符合《商业秘密司法解释》第一条关于技术信息的定义,可以作为技术信息进行认定;二是“魔术表演”中的魔术原理,作为一种多以形体动作配合视觉效果呈现的表演艺术,根据一般语义,可以称其与“技法”相关,但若认定为“与技术相关”,似乎颇具争议,当然其更不与商业信息的含义相匹配。但是,当魔术原理满足上述三个商业秘密的基本构成要件,其本身又是商业活动和市场竞争中的重要信息时,应作为其他商业信息予以保护。

3. “魔术表演”的商业秘密保护之局限

不同于一般商业竞争,魔术行业是一项以表演艺术为基础实现经济效益的行业,“魔术表演”往往需要以直观的视觉效果呈现给观众,而“魔术表演”本身与魔术原理又具有直接而紧密的联系。即使是魔术道具,也必须通过演示使用来展现其效果。因此,魔术原理的商业秘密保护由于“魔术表演”的自身特点而受到局限,主要包括“反向工程”实现难度较低、侵权认定存在难题以及与实现经济效益之冲突。

3.1. “反向工程”实现难度较低

我国《反不正当竞争法》虽没有直接规定,但最高人民法院相关司法解释和国家市场监督管理总局的相关规定提出了不被认为是侵犯商业秘密的例外情形,其中包括以自行开发研制或者反向工程等类似方式获得商业秘密的行为。而以“反向工程”破解大多数甚至是绝大多数魔术原理或实现相同的魔术效果并非遥不可及之事,其原因主要有以下两点。

3.1.1. “魔术表演”需要曝光

如上文所述,“魔术表演”需要通过剧场舞台、视频平台、电视等各种平台进行视觉化的呈现,甚至可以通过文字和口述的方式进行传播,其目的都是为了展现魔术这一特殊表演艺术所独有的“超自然”效果。除此之外,魔术师可能参加各种形式的魔术比赛(如 FISM 世界魔术大赛等)以提高知名度或获得认可,或者参加魔术师内部的交流会(如海峡两岸魔术交流会等)。因此,无论是魔术界经典的魔术技巧、手法或其他原理,亦或是魔术师独创的、新颖的魔术设计、魔术发明,都需要通过“魔术表演”而曝光,这是魔术师或相关权利人受到认可和提高业界声誉,乃至获得经济效益的重要甚至是主要来源。但是,“魔术表演”的呈现,尤其是在今日如此发达的数字媒介技术的加持下,观看者可以通过视频录像反复推敲魔术流程的各个环节、各个细节,与往日之能在剧场一次性欣赏相比,这种形式无疑为魔术原理的“反向工程”提供了极大的便捷。

3.1.2. 魔术原理大多并非复杂的科学原理

无论是中国古代的戏法还是近代以西方魔术,乃至今日的大部分魔术发明,大多不需要复杂而深奥

的科学原理，其主要依靠将简单的科学原理以巧妙和独创性的结合，配合魔术流程对魔术原理的隐藏以实现魔术的独特效果。因此，即使是很多具有原创性的魔术，其大多是利用较简单的科学原理以及经典的魔术手法、技巧的组合或改进、变种，以作为自身独创的魔术原理进行使用。对于经典的魔术手法、技巧的重新改编，大多魔术从业者可谓一目了然。而对于简单科学原理的使用，不仅魔术从业者，即使是魔术爱好者、业外人士，通过一定时间研究也不难推出其原理。即使是大卫·科波菲尔的属于行业内复杂程度较高、效果呈现极佳的魔术表演，其通过保密协议等一系列措施试图以商业秘密保护[6]，近年来其享誉世界的魔术如“飞翔”(The Flying)、“穿越长城”(Walking through The Great Wall)等仍然被广泛揭秘，可见以“反向工程”破解魔术原理之高效。

3.2. 侵权认定存在难题

第一，商业秘密权利人难以通过“魔术表演”的表面相似推定对方采取不正当手段侵犯商业秘密。虽然新修订的《反不正当竞争法》要求须由被诉侵权人承担证明未以不正当行为侵犯商业秘密的责任，但是其前提是商业秘密权利人需提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯。然而，魔术原理通过反向工程破解或自行开发研制的难度较低，甚至大部分抄袭、模仿的魔术都是通过反向工程以实现，权利人难以以“魔术表演”具有相似性或雷同作为对方采取不正当手段获取魔术原理的直接证据。此外，最高人民法院也指出，原告除了需要证明双方“商业秘密相同或实质相同”，也需要证明被诉侵权人“具有接触或者非法获取该商业秘密的条件”，而仅仅有观看“魔术表演”的事实，显然不足以成为此处所谓的“接触”或“非法获取”的条件。

第二，同一“魔术表演”可以通过不同魔术原理实现。事实上，即便是表面上看起来别无二致的“魔术表演”，其可以通过完全不同的魔术原理进行演绎。例如近景魔术中极富盛名的巴格拉斯效果(ACAAN, Any Card at Any Number)，数十年中出现的演绎方式和原理种类不计其数；又如舞台魔术中的经典——“大变活人”，表面上都是将人从箱体中变出，但其机关可能有密室、暗道、假人等各种类型。商业秘密的客体从某种程度上来说是信息背后的创意和思想[7]，而对于魔术领域，以创新的方式实现已有的魔术效果是魔术界乐此不疲的行为方式。因此即使相关权利人发现近似甚至完全相同的“魔术表演”，以商业秘密为由进行侵权诉讼往往并非其首选。

3.3. 与实现经济效益之冲突

首先，正如上文所言，除了微乎其微选择保密以获得竞争优势的魔术发明，相关权利人为实现经济利益，必然会使“魔术表演”处于公开的状态，而公开意味着社会公众可以通过“魔术表演”重复甚至无数次反推魔术原理。其次，相关权利人另一重要经济来源是魔术道具和魔术教学的出售。虽然有学者提出可以通过与生厂商、购买者签订保密协议的方式以保证魔术原理不被泄露[8]，但是其也仅限于将道具和教学以限定的对象范围进行市场运营，因此权利人或是需要以更高要求协调秘密保护与商业价值实现的必然冲突，或是承受经济效益大打折扣的不利结果。因此，“魔术表演”从某种程度上来说就是在以经济效益换取秘密性，在实现其经济利益的同时，牺牲秘密性似乎是不可避免的，这也正是“魔术表演”领域以商业秘密制度保护魔术原理的最大障碍。

4. 小结

美国魔术行业的业内监管曾经在很长时间对魔术抄袭的惩戒和魔术原理不受披露起到了非常重要的作用[9]。但是，魔术行业的扩张以及互联网技术和数字传播媒介的高速更新迭代，使行业规制不再成为魔术作品保护的高效举措，因此魔术师们只能转而诉诸法律以保护自己的创作。但是，虽然基于“魔术

表演”的特殊性质，著作权法保护是相对高效的保护模式，但我国魔术作品的著作权法保护却在理论和实践中存在较大争议。相较之下，以商业秘密保护魔术原理仅能作为大多数权利人的兜底之策，在进行保护时也存在较大的局限。在以反不正当竞争法进行维权时，似乎更为明智的方式是依据其他诉由，如在美国魔术作品侵权纠纷的典型案件 *Teller v. Dogge* 中，原告 *Raymond Teller* 在不正当竞争方面就提出对方实施了不正当竞争行为中的混淆行为(Confusion)。总而言之，对于魔术原理的商业秘密保护，因其自身的特殊性质，需要配合较为完善的保密措施并且仅能在相对有限的范围内实现，权利人也不可避免地将要思考如何妥善处理以商业秘密模式保护与实现经济利益的必然冲突。

参考文献

- [1] 鲁竑序阳. 国外商业秘密保护的立法安排及其启示[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2022, 37(5): 62-72.
- [2] 左争艳. 魔术作品定义之重构[J]. 现代交际, 2020(1): 47+46.
- [3] 李胜利. 论《反不正当竞争法》中的竞争关系和经营者[J]. 法治研究, 2013(8): 49-54.
- [4] 杨力. 商业秘密构成要件的具体认定问题探讨[J]. 北京政法职业学院学报, 2015(1): 64-69.
- [5] Brancolini, J. (2013) Abracadabra!—Why Copyright Protection For Magic Is Not Just An Illusion. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 33, 103-136.
- [6] 李扬. 魔术表演受知识产权保护吗[J]. 电子知识产权, 2002(9): 59-60.
- [7] 徐卓斌. 商业秘密权益的客体与侵权判定[J]. 中国应用法学, 2022(5): 209-220.
- [8] 张绍忠. 魔术秘密的保护[J]. 杂技与魔术, 2010(1): 51-52.
- [9] 胡泽曼. 论杂技艺术作品著作权保护[D]: [硕士学位论文]. 武汉: 中南财经政法大学, 2002.