

# 商业秘密保密措施之合理性判断标准

黎华献\*

**摘要** 保密措施的合理性认定,是我国商业秘密案件的审理难点。对于何为合理的保密措施,理论界也没有提供有价值的参考方案。其表层原因在于,秘密性要件、价值性要件等外在因素的干扰,使得保密措施要件徒有独立之名,却无独立之实。究其深层原因,适用者未认识到保密措施要件的规范目的,在于促进商业秘密的有限分享。基于此规范目的,在义务型获取商业秘密情形中,合理的保密措施表现为义务“范围”和“内容”的限制;在非义务型获取中,保密措施可类型化为商业秘密窃取的阻止措施和反向工程禁止措施,在这两类保密措施中,有关保密措施合理性的争议,均要回归保密措施要件的规范目的才得以解决。

**关键词** 保密措施 依附性 规范目的 保密义务 反向工程

## 一、问题的提出

保密措施要件是定义商业秘密的基本要求。《反不正当竞争法》(2019 修正)对保密措施的实施限度界定为“相应”,对此的理解,最高人民法院倾向于将保密措施定位为一种“占有识别”手段,一如 2020 年颁布的《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》(以下简称《商业秘密司法解释》)删除了 2007 年颁布的《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《反不正当竞争司法解释》)中的“他人通过正当方式获得的难易程度”用语。<sup>[1]</sup> 然而,据《反不正当竞争法》的立法参与者表述,“商业秘密的价值越大,他人通过独立研发、反向工程获取的难度越大,经营者就有义务采取越严

\* 北京理工大学法学院助理教授。本文系北京市社会科学基金项目“商业秘密保密措施的合理性研究”(项目编号:23FXC018)的阶段性研究成果;中国博士后科学基金第 72 批面上资助项目“商业秘密民事保护中的秘密点识别研究”(项目编号:2022M720425)的阶段性研究成果。

[1] 参见《反不正当竞争司法解释》第 11 条第 2 款;《商业秘密司法解释》第 5 条第 2 款。

格的保密措施”。〔2〕2020年,国家市场监督管理总局在其发布的《商业秘密保护规定(征求意见稿)》中,对保密措施“相应”的理解也以“防止信息泄露”为导向,〔3〕且《反不正当竞争司法解释》和《商业秘密司法解释》在界定保密措施的合理性时,都保留了“为防止信息泄露”的用语。〔4〕可见,商业秘密持有人〔5〕实施的保密措施达到何种程度才可被认定是合理的,现有规范未能提供清晰的线索。

有关保密措施合理性的认定,在我国理论界和实务界仅存在两项基本的共识:一是不要求保密措施实施到万无一失的程度;〔6〕二是要从主客观两方面来确定保密措施的合理性。〔7〕但这两项共识的原则性色彩较重,是一种对什么是合理保密措施的无力回答。对此,我国法院一再突破保密措施的程度限制,有法院主张持有人应采取“严格且全面”的保密措施,〔8〕而部分法院在持有人几乎未采取任何保密措施时,便认定其主张的商业秘密成立。〔9〕究竟何为合理的保密措施,是当前商业秘密案件审理的焦点和难点。本文拟从实务中保密措施合理性认定困境产生的原因出发,矫正保密措施要件与商业秘密其他要件的关系,明确保密措施要件的规范目的,这是认定保密措施合理与否的最终标准,也是保密措施要件得以独立的关键。之后,根据保密措施要件的规范目的,拟对具体情形中保密措施的合理性重新认定,将具体情形类型化为商业秘密的义务型获取和非义务型获取,这是两种不同的商业秘密传播路径,也是保密措施要件规范目的的具体实践展开。

## 二、保密措施要件的规范目的厘清

保密措施合理与否的判断标准,在于是否符合保密措施要件的规范目的,否则,合理性的判断若没有目的的指引,就会陷入一种混乱状态。而明确该规范目的,则是以保密措施要件的独立为前提。

### (一)保密措施要件地位的矫正

在商业秘密的法定构成要件中,秘密性要件、价值性要件与保密措施要件的关系需要被厘清。但在实践中,保密措施要件的独立性,因其依附于其他两项要件而被质疑,这种依附性隐藏了保密措施要件所能发挥的真正作用。

〔2〕 王瑞贺主编:《中华人民共和国反不正当竞争法释义》,法律出版社2018年版,第30页。

〔3〕 参见国家市场监督管理总局《商业秘密保护规定(征求意见稿)》第8条。

〔4〕 参见《反不正当竞争司法解释》第11条第1款;《商业秘密司法解释》第5条第1款。

〔5〕 “持有人”的定义,将商业秘密控制的合法性概念作为一个关键要素,它不仅确保了商业秘密的原始所有人,也确保了被许可人能够保护商业秘密。

〔6〕 参见孔祥俊主编:《商业秘密司法保护实务》,中国法制出版社2012年版,第41页。

〔7〕 参见最高人民法院民事判决书,(2020)知民终1667号。

〔8〕 参见山东省高级人民法院民事判决书,(2015)鲁民三终字第311号;北京知识产权法院民事判决书,(2020)京73民终1号。

〔9〕 参见北京知识产权法院民事判决书,(2017)京73民终1093号;广东省高级人民法院民事判决书,(2019)粤知民终457号。

## 1. 保密措施要件的依附性

### (1) 保密措施要件对秘密性要件的依附

这种依附产生的原因在于，“商业秘密”被认为更多地表现为事实上的秘密状态，是以逻辑语言的形式存在于人的思维记忆中的东西。<sup>〔10〕</sup>在此观念影响下，有关“商业秘密”的认定，围绕着一个基本思路展开，即根据法律所规定的商业秘密概念，去寻找反映被称为“商业秘密”现象的事实特征。持有人采取的保密措施，通过正当手段难以获取，是表明或反映商业秘密客观存在的事实特征之一。1993年颁布的《反不正当竞争法》对保密措施没有“度”的限制，作为商业秘密构成要件的保密措施，被认为是具体而实践的。<sup>〔11〕</sup>影响该立法的观念，便是以商业秘密的“纯粹”事实特征来约束其成立要件，这是保密措施要件依附秘密性要件的结果，表现为保密措施与秘密信息的“不被公众所知”之间存在因果关系。

这种观点在我国实务界和理论界有着较为普遍的共识。有法院将商业秘密“不能通过公开途径获取”的特征，归结为持有人采取的保密措施。<sup>〔12〕</sup>有学者更直观地描述了二者的关系，认为“经权利人采取保密措施”体现的是商业秘密的秘密性，<sup>〔13〕</sup>主张保密性是为一种“主观秘密性”，<sup>〔14〕</sup>保密措施是秘密性要件的内在规定。受制于秘密性要件的约束，保密性被理解为一种可被评估的事实。这导致持有人采取的保密措施趋于严格，因为商业秘密被认为是通过持有人保密的方式产生的，严格的保密措施能使持有人在诉讼中处于有利地位。这也相应地增加了商业秘密持有人的保密成本。即使2019年修订的《反不正当竞争法》规定了有关保密措施的初步举证规则，保密措施的实施标准也没有真正降低，因为秘密性要件容易主导有关保密措施的初步举证，导致这种举证规则只具有形式上的意义。

### (2) 保密措施要件对价值性要件的依附

这是指当一项秘密信息的经济价值较大时，信息本身就能被接触到的人用以识别商业秘密的存在，无需持有人采取额外的保密措施。比如，在珠海仟游科技有限公司、珠海鹏游网络科技有限公司等侵害技术秘密纠纷案中，法院认定，即使双方未签订保密协议，游戏软件源代码接触者应能知晓公司的保密意图和内容，因源代码是一家游戏公司的重要技术信息，游戏公司对其将来产生经济利益有合理期待。<sup>〔15〕</sup>《美国不正当竞争重述(三)》也持此种观点，第39条注释g指出，若信息的价值性和秘密性是明确的，持有人采取具体预防措施的证据可能是不必要

〔10〕 参见张心向：“论商业秘密的认定”，《南开大学政学院学术论丛》1999年第9期，第122—123页。

〔11〕 参见宁波海潮旅游用品有限公司诉徐真森、宁波经济技术开发区沪港物资公司商业秘密侵权纠纷案，浙江省宁波市北仑区人民法院民事判决书，(1998)甬仑经初字第909号。

〔12〕 参见北京仪表机床厂诉北京汉威机电公司侵犯商业秘密案，北京市高级人民法院民事判决书，(1997)高知终字第15号。

〔13〕 参见杨钧：“审理商业秘密案件的若干问题”，《法律适用》1996年第9期，第28页。

〔14〕 参见程宗璋：“论商业秘密及其法律保护”，《华东政法学院学报》1999年第4期，第42—43页。

〔15〕 参见广东省高级人民法院民事判决书，(2019)粤知民终457号。

的。在德国,与当前商业秘密立法情况不同,<sup>[16]</sup>之前的立法只要求持有人具有保守秘密的主观意愿,根据普遍的观点,这一对外表达的保密意图是主观要素,至少可从持有人充分的经济利益中推断出来。但从诉讼角度而言,已执行措施的客观要件中,经济价值在保密措施是否合理的认定中仍发挥着作用。<sup>[17]</sup>因此,即使适用目前主客观结合的保密措施,德国立法中的保密措施要件也难以摆脱对价值性要件的依附。

## 2. 保密措施要件的独立进程与认识局限

保密措施要件对秘密性要件、价值性要件的依附,使法院在认定保密措施的合理性时,或极为严格,或极为宽松。这种极端情形的频繁出现,使得法院认识到,不将保密措施要件与其他要件进行分离,就难以认识到保密措施的存在与否是一项事实问题,而保密措施是否合理的问题则属于价值判断。这种认识映射到实践中,有以下几个方面的表现:

### (1) 关注商业秘密持有人的保密意思

在本世纪初的一些商业秘密案例中,有法院开始关注持有人意思表示的外在效果,认为“保密”本身是主体的有目的的行为。<sup>[18]</sup>同时,在视保密措施为秘密性要件实现手段的实践中,有学者据此阐述了两个方面的标准:一是持有人应意识到自己所掌握和使用的技术、经营信息是一项商业秘密;二是持有人须采取合理的保密措施来保护商业秘密,这是认定主观秘密性存在与否的关键。<sup>[19]</sup>有法官甚至认为,持有人只要主观上有保密的意图,客观上采取了一定的保密措施,即具备保密性的特征。<sup>[20]</sup>

### (2) 认识到保密措施的作用不局限于维持信息的秘密状态

法院对保密措施的重新定位,开始提及允许信息传播的范围,以及知情者义务的界定。在2000年张培尧等与苏州南新水泥公司侵犯商业秘密纠纷案中,最高人民法院就认为,保密措施至少应当能够使他人知道持有人有对相关信息予以保密的意图,或至少是能够使一般的经营者施以正常的注意力。<sup>[21]</sup>部分法院也认识到,若秘密信息传播范围未达到公众所知悉的程度,保密措施仍有存在的意义,因其控制着秘密信息未来的状态。<sup>[22]</sup>

---

[16] 《德国商业秘密保护法》关于保密措施的规定,提高了获得商业秘密保护的要求:为了享有商业秘密保护,仅有主观上的保密意图不够,还需要客观上采取与秘密种类相匹配的适当保密措施。参见王剑一:“德国《商业秘密保护法》的最新进展”,《中国审判》2019年第8期,第79页。

[17] Udo Steger, Das Geheimnis der Geheimhaltung von Geheimnissen: das Geschäftsgeheimnis-Gesetz, PayTechLaw: <https://paytechlaw.com/geschaeftsgeheimnis/?pdf=9427>. (Abgerufen am 20. September 2024).

[18] 参见世源科技(嘉兴)医疗电子有限公司与曹友卫侵犯商业秘密纠纷案,浙江省高级人民法院民事判决书,(2010)浙知终字第267号。

[19] 参见李永明:“商业秘密及其法律保护”,《法学研究》1999年第3期,第48页。

[20] 参见逢淑琴、王潮:“商业秘密保密性的判断”,《人民司法》2009年第16期,第16页。

[21] 参见最高人民法院民事判决书,(2000)知终字第3号。

[22] 参见西安和诚动力科技公司与高铁瑜、西安陕鼓汽轮机公司侵犯商业秘密纠纷案,陕西省高级人民法院民事判决书,(2018)陕民终466号。

(3) 将保密措施置于商业秘密侵权诉讼的事实认定之中,并视保密义务为一项保密措施

比如,在徐陆平、厦门会凯企业管理咨询公司侵害商业秘密纠纷案中,二审未将一审中认定的保密措施列为认定商业秘密成立与否的要件,而是将其置于侵权行为的认定过程中。<sup>[23]</sup>侵权事实的认定是根据法律规范来认定的要件,本身就是一种价值评判。尤其是在侵权人违反保密义务的案件中,当事人就被告在何种范围内承担保密义务,保密义务是否为合理的保密措施产生争议。这些内容的认定,要在商业秘密持有人、获取人和社会公众之间进行权衡,是一种规范评价。

(4) 认识到保密措施的举证责任涉及利益平衡

修订后的《反不正当竞争法》规定了关于保密措施的初步证据要求,有法官认为,立法者之所以强调原告对保密措施要件的举证,是基于实务对其余两个要件的证明标准较低,原告的证明责任主要体现在保密措施上。<sup>[24]</sup>最高人民法院在部分案例中也持这种观点。<sup>[25]</sup>原告就保密措施的初步举证,是平衡案件审理中当事人程序利益的做法,程序利益的平衡影响着事前保密措施的实施程度,持有人就保密措施的实施存在相应的弹性。

从规范视角而言,保密措施要件的独立是有意义的。若不将保密措施要件与其他要件加以区分,直接将保密措施合理性认定中的价值判断,隐藏到对秘密性、价值性的事实判断当中,可能导致价值判断以事实判断的假象。我国法律对保密措施整体构成的判断不周密,规范上的表述混同了事实上“成立”和“合理”程度的规定。这导致在保密措施要件独立过程中,即使有法院意识到保密措施要件有独立必要,这种认识也不稳定:第一,法院习惯于被动接受持有人的自助措施,特别在持有人采取了多种保密措施情形下,法院基本上会认定原告采取了合理的保密措施,而对什么是合理保密措施则避而不谈;<sup>[26]</sup>第二,就保密措施要件与秘密性要件的关系,法院的认识仍有较大分歧,有法院认为,对商业秘密构成要件审查,应确立以秘密性为核心审查要件的审理思路,根据秘密性的强弱及具体案情,调节保密措施的审查标准;<sup>[27]</sup>也有法院否认保密措施与秘密性之间的关联,认为是否采取保密措施与信息是否为公众普遍知悉,二者之间并不必然有关联。<sup>[28]</sup>这些不稳定的认识产生的根源,正在于保密措施要件的规范目的不明确。

## (二) 保密措施要件的规范目的

厘清保密措施要件的规范目的,意味着要从社会视角来考虑所持有人实施的保密措施,弱

[23] 参见福建省高级人民法院民事判决书,(2017)闽民终 1140 号。

[24] 参见陈健淋:“商业秘密民事诉讼的举证责任”,载《中国知识产权报》2019 年 5 月 8 日,第 10 版。

[25] 参见广州天赐高新材料股份有限公司等与吴丹金等侵害技术秘密纠纷上诉案,最高人民法院民事判决书,(2019)最高法知民终 562 号。

[26] 参见北京全研新材料科技公司等与北京国瑞升科技公司侵害经营秘密纠纷案,北京知识产权法院民事判决书,(2020)京 73 民终 1 号。

[27] 参见北京洪威先创科技股份有限公司与北京世诚伟业科技发展有限公司等侵害经营秘密纠纷案,北京市石景山区人民法院民事判决书,(2018)京 0107 民初 1518 号。

[28] 见前注[15]。

化自助保密措施在合理保密措施认定中的影响。正如波斯纳所言,合理的保密措施设定是一种平衡,即保持信息安全的措施是否会超过预期成本的平衡,法律不需要持有人采取削弱活动能力的“超合理”措施来维持信息的秘密性。<sup>[29]</sup>

### 1. 预先开启促进秘密信息流动的途径

商业秘密有两方面的利益要被保护,即信息生产的激励利益和信息的流动利益。就前者,立法对商业秘密给予专有保护,给予了政策上保护的优先性,因商业秘密的生产成本高,通过政策方可鼓励商业秘密的生产者。<sup>[30]</sup>这也是商业秘密立法的起点。就流动利益而言,作为理论上商业秘密保护利益的重要构成,<sup>[31]</sup>它往往被法院忽视,表现为其习惯以线性方式看待商业秘密保护所产生的激励效果,这种方式假设商业秘密的范围、客体或保护期限的增加,会直接激发更多更好的非专利信息的生产,而对商业秘密的限制将在边际上导致信息的减少。<sup>[32]</sup>这是对生产激励利益的过度强调,会造成商业秘密制度“架空”专利法激励信息公开的功能,破坏知识产权保护制度的内部平衡,最终也会损害商业秘密的生产激励利益。因此,在确保商业秘密成立的情况下,对信息流动利益的保护,鼓励商业秘密能够被谨慎地分享,是基于平衡商业秘密保护多方利益的需要。<sup>[33]</sup>保密措施要件就是要实现这个目标,不以持有人是否采取了足以维持商业秘密周延性为合理性标准,而是要确保法律预先开启保证信息流动自由的相应途径。

保密措施要件的此种目的,可通过商业秘密与专利的关系得以印证。商业秘密与专利在理论上的冲突显而易见,若一项技术被公开并获得专利,将会比每个人都秘密工作时产生更多的创新,而商业秘密对发明创造进入专利领域设置了阻碍,剥夺了社会公众从公开披露发明中获得的利益。但事实上,商业秘密和专利已共存多年,这足以说明商业秘密并不与专利存在根本性冲突,这两种方案之间既不存在无法在同一领域立足的实际冲突,也没有证据表明商业秘密有意抢占专利法所要调整的领域。实质上,对专利在信息披露方面的公开效益,未如期待中的那么理想,商业秘密保护的益处也并未被正视。作为一个整体,商业秘密不能与公众分享,但商业秘密保护确实鼓励向员工、潜在商业伙伴和其他人私下披露,这是因为商业秘密保护允许一方在签订合同前的谈判中披露自己的想法,并确信另一方不能在不提供补偿的情况下自由地使用这个想法,因此可以进行商业谈判,从而实现发明的商业化或创意的销售。<sup>[34]</sup>结果是,尽管缺乏公开披露,对于某些类型的发明,我们实际上可能以更低的成本从商业秘密中获

[29] See *Rockwell Graphic Sys. Inc. v. DEV Indus., Inc.*, 925 F.2d 174, 180 (7th Cir. 1991).

[30] See R. Grant Hammond, “Quantum Physics, Econometric Models and Property Rights to Information,” *McGill Law Journal*, Vol. 27, 1981, p. 56.

[31] 参见徐卓斌:“商业秘密权益的客体与侵权判定”,《中国应用法学》2022年第5期,第210页。

[32] 参见黎华献:“商业秘密保护中默示保密义务研究”,《中国法学》2024年第4期,第141页。

[33] 参见杜开林:“‘反向工程禁止条款’的效力与商业秘密保护”,《中国发明与专利》2005年第5期,第43页。

[34] See Mark A. Lemley, “The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights,” *Stanford Law Review*, Vol. 61, No. 2, 2008, pp. 336-337.

得更有用的披露。

## 2. 满足社会开放式创新模式的要求

当前,单一企业不可能处理产品研发和商业化活动的各个方面,企业将业务外包给潜在的竞争对手成了一项合理的策略选择,这种外包形式逐步扩展成开放式创新,即企业充分整合全社会的智力资源,基于一定的风险分担和利益分配机制,与外部创新主体协同创新。<sup>[35]</sup> 开放式创新模式正被越来越多的企业所认可和采纳,成为企业创新的主要形态之一。特别是近几年,随着我国各类数字技术、移动互联网和移动终端的普及和应用,企业的开放式创新实践越来越普遍,也越来越成熟。开放式创新正在为创新提供新入口、新模式、新条件。开放式创新要求企业信息管理策略的动态化,不再仅着眼于防止信息的丢失,而是要制定企业信息能被适当利用的途径和程序。因此,信息共享构成了企业信息管理的一部分。企业若想获得生存和发展,就要在瞬息万变、关系扁平的社会环境中共享和利用商业秘密,这就要为商业秘密的分享构建可兹信赖的保护机制。而旨在促进商业秘密有限分享的保密措施要件,其目的与开放式创新模式的要求是一致的。

保密措施要件的规范目的,是决定一项保密措施合理与否的最终标准。在实践中,法院有两种避开这一规范目的的尝试性方案,但均因存在较大缺陷而收效甚微。第一种是将商业秘密视为一项权利对象,保密措施被视为持有人占有信息的方式,合理性指向的是占有的圆满性。<sup>[36]</sup> 的确,什么是合理保密措施问题的解决,依赖于“商业秘密权”的答案,且往往具有决定性。通过扩展财产权的归属,法律对不同利益进行有序保护,这种既有规则比新规则的试错成本要低。<sup>[37]</sup> 但商业秘密权的观点过于宽泛,将它作为讨论商业秘密相关规则的前提,很容易陷入一种循环论证。事实上,商业秘密是否属于权利对象,应是基于被定义框架的结论,而非原因。第二种尝试是多因素的平衡测试。《商业秘密司法解释》规定了多种因素来确保保密措施是合理的,但基于这些因素是指导性的非要求清单,且该解释也规定了一些例示措施,法院多径直根据持有人是否实施了某一例示措施,来判定保密措施要件是否得以满足。<sup>[38]</sup> 因此,本文提出保密措施合理性的具体认定,类型化为商业秘密义务型获取和非义务型获取两种传播情形,这两种类型中的保密措施形态不同,需结合保密措施要件的规范目的来认定其合理与否。

## 三、实践展开之一:义务型获取中的合理保密措施

在商业秘密通过正当途径传播的情形中,持有人采取的保密措施达到何种程度,才能满足

[35] 参见(美)詹姆斯·普利:《商业秘密:网络时代的信息资产管理》,刘芳译,清华大学出版社2023年版,第86—87页。

[36] 参见孔祥俊、刘泽宇、武建英编著:《反不正当竞争法:原理·规则·案例》,清华大学出版社2006年版,第215页。

[37] See Hammond, *supra* note 30, p. 55.

[38] 参见最高人民法院民事判决书,(2021)最高法知民终2389号。

商业秘密保密措施要件的要求呢？在此种情形中，保密义务被认为是商业秘密持有人采取的主要保密措施。保密义务的合理设置，能增强商业秘密共享的确定性，促进社会所期望的、经济上有效的商业秘密使用。而保密义务合理性的认定，需要从义务“范围”和“内容”两方面着手。

### （一）保密义务“范围”的界定

保密义务的类型有明示保密义务和默示保密义务两种，这些义务的“范围”关系着商业秘密持有人的控制边界，对其范围进行限制的合理性认定，应以能否促进商业秘密的使用为最终标准。

#### 1. 明示保密义务的范围限制

一般而言，获取人在使用秘密信息时并予以保密，是利用商业秘密的常用方式，持有人在有限共享商业秘密时，往往伴随着正式的保密协议或条款。<sup>〔39〕</sup>在保密协议或条款中明确约定或可推定的保密义务，即此处的明示保密义务。它的存在影响着商业秘密在广义上的许可使用，包括员工使用公司的商业秘密，也包括持有人通过许可交易利用商业秘密之情形。在这些情形中，对明示保密义务的范围限制到何种程度，才有利于促进商业秘密的使用呢？根据《商业秘密司法解释》的规定，保密协议的签订被认为是一项合理保密措施。但实践中保密协议表现出一种自助特征，诸如，笼统地约定保密义务适用于持有人所有的有用信息，或保密协议没有时间限制，这给商业秘密获取者带来较大的信息使用负担。

事实上，在以商业秘密为标的的合同中，明示保密义务范围的界定有一些宽松条件，对交易的限制不会当然导致合同无效。当然这种对明示保密义务的宽容，不会毫无节制，其界定标准是其义务范围是否有利于商业秘密许可的实现。对此，有观点认为，保密协议应在下列情形中才可执行：一是在时间或地点方面的执行是有限制的；二是有正当的理由；三是协议是合理的，只能公平地保护其所支持的一方的利益，且不能过分干涉公众利益。<sup>〔40〕</sup>此观点为明示保密义务边界的划定提供了参考。这些条件在有多种限制性协议的情形中，尤其需要注意。比如，用人单位使用形式不同、内容类似的竞业禁止协议与离职保密协议，来限制离职员工使用和披露商业秘密，对此，法院往往会质疑其中限制范围较窄的协议所提供的保密，倾向认定这些协议都有效，从而使明示保密义务覆盖更大的范围，实现对商业秘密的周延保护。<sup>〔41〕</sup>事实上，在多种限制性协议共存的情形中，不同范围的协议均是用人单位与员工之间协商的结果，但根据保密措施要件的规范目的，应以明示保密义务范围较小者为有效，减轻商业秘密获取者的保密负担。

#### 2. 默示保密义务的范围限制

默示保密义务，是指根据法律、关系、习惯、事实等原因决定，即使与持有人之间没有明示

〔39〕 See Robert G. Bone, “A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification,” *California Law Review*, Vol. 86, No. 2, 1998, p. 257.

〔40〕 See *Kelite Prod. v. Brandt*, 206 Or. 636, 651, 294 P.2d 320, 326-327 (1956).

〔41〕 参见北京捷适中坤铁道技术有限公司与郭某侵犯商业秘密案，北京市第二中级人民法院刑事判决书，(2019)京02刑终425号。



的保密合同,相对人也应承担保密和不使用的义务。<sup>[42]</sup> 默示保密义务的适用有潜在的广泛性,它决定着商业秘密的最终控制范围,而围绕着促进商业秘密使用的目的,默示保密义务范围的限制主要有三方面内容:

### (1) 默示保密义务的产生认定

在实践中,就默示保密义务的认定,可观察到有保密关系方法<sup>[43]</sup>和保密注意义务方法。<sup>[44]</sup> 这两种方法的使用,使得默示保密义务范围不断向外扩张,导致默示保密义务像侵权法上的注意义务一样走向普遍化,这是对商业秘密持有人的过度保护。基于保密措施要件的规范目的,应当对默示保密义务的范围进行限制,使商业秘密共享有发生的可能。这就要求对某些商业秘密的使用不受默示保密义务的规制,比如,使用者的竞争产品没有复制商业秘密,仅是研究进程得到了加速,或者产品受到了以不当方式获取的信息的影响,这种使用可不受默示保密义务的规制。

### (2) 默示保密义务与明示保密义务冲突的处理

该问题的基本观点,是若持有人将信息不受限地与获取人共享,或与获取人签订保密协议,默示保密义务均可被否定。<sup>[45]</sup> 这意味保密合同不会被默示保密义务轻易推翻,换言之,若双方自愿地为某些利益讨价还价,以换取承担某些义务,就暗示着另一种义务是不公平的。从常识出发,若双方就某一事项约定了明示的保密义务,则一方不应再通过默示保密义务来规避明示义务,或将新的保密义务强加给另一方。比如,有法院认为,虽然用人单位的约定保密义务终止,前员工仍要负担相应的默示保密义务。<sup>[46]</sup> 事实上,此种结论的得出,要分析保密协议是否有排除默示保密义务的意思,若有,法院应维持明示保密义务的效力,因这是双方协商的结果,有利于商业秘密使用的发生。

### (3) 默示保密义务与保密豁免协议关系的处理

在实务中,持有人为使特定人获取并使用信息,以妥协方式来获得其认可的合作模式,商业秘密接收人不愿接受保密建议以避免泄密风险,而迫使持有人与其达成保密豁免协议。但在发生商业秘密泄露时,持有人会以接收者违反默示保密义务为由而主张赔偿,这在初创企业向大公司寻求合作时经常发生。对此,有观点主张,保密关系是侵权诉讼的基础,放弃合同义务不足以免除相关的商业秘密责任。<sup>[47]</sup> 米尔格里姆则认为,以保密方式明确收到的披露可

[42] 参见张玉瑞,《商业秘密的法律保护》,金城出版社2002年版,第523页。

[43] 参见张某与阳泉康海龙轩视光技术有限公司侵害商业秘密纠纷案,山西省高级人民法院民事判决书,(2021)晋民终18号。

[44] 参见克拉玛依金驼运输服务公司、克拉玛依市凯隆油田技术服务公司不正当竞争纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2018)民再389号。

[45] See Robert M. Milgrim, *Milgrim on Trade Secrets (1A)*, New York: Matthew Bender & Company, Inc., 1967, pp. 4-247.

[46] 参见北京君德同创生物技术股份有限公司诉石家庄泽兴氨基酸有限公司等侵害技术秘密纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2020)最高法知民终621号。

[47] See *Burten v. Milton Bradley Co.*, 763 F.2d 461, 465-466 (1985).

以建立保密关系,从一开始就公开保密关系的明示免责声明将消除这种关系的存在。<sup>[48]</sup> 实质上,该问题根据保密措施要件的规范目的可被妥善解决,即为了使商业秘密能够在初创企业与大公司之间流动,应以豁免协议限制默示保密义务的适用,因为豁免协议能帮助法官判断持有人和获取人的真实意图,双方在签订协议时的真实意图,是围绕商业秘密的使用所形成的合理预期,豁免条款正是双方基于真实意图讨价还价的结果。

## (二)保密义务“内容”的设定

在商业秘密诉讼中,法院往往会混淆保密义务的“范围”与“内容”,只要持有人与获取人之间有保密协议或条款,它会径直认定这些措施符合保密性要求,而不考虑保密义务内容是否合理。<sup>[49]</sup> 事实上,二者虽相关,却是两项不同的问题,不对义务“内容”进行合理设定,对保密义务“范围”的限制效果也会被侵蚀。

### 1. 替代获取途径因素

有关保密义务“内容”合理性的判断,一项重要因素是持有人和获取人对可能存在的相同或类似替代获取途径的不确定认知,这是促成商业秘密许可得以实现的关键。基于这种不确定性,持有人顾及获取人的负担问题,不会将保密义务设置得过于宽泛,获取人也不会贸然拒绝持有人提出的保密义务,因为他还要考虑替代途径的识别成本。这些不确定最终呈现在保密义务“内容”的安排上,该安排遵循的正是保密措施要件规范目的的要求,主要体现在以下几个方面:

#### (1)尊重双方基于商业秘密替代获取途径的认知所达成的协议

就替代获取途径的具体影响,双方达成的协议最能反映出双方对该因素的判断,即使某些保密协议或条款在内容上有些失衡。比如,一直有观点反对将竞业禁止协议视为合理的保密措施,即使其目的是保护商业秘密。<sup>[50]</sup> 否定该类协议构成合理保密措施的理由在于,其无法将信息具体化到“商业秘密”的程度。事实上,实务对此总是表达出一种“宽容”态度,以灵活的方式来认定从业限制规则中的“商业秘密”。关于竞业禁止时间的合理性,我国《劳动合同法》虽然规定了两年的最高期限,但对于超期限条款,法院也不当然否定其效力,反而会根据具体个案情形来认定。<sup>[51]</sup> 比如,一些行业要求了解客户的历史或情况,企业和客户之间建立起极为牢固的纽带,获悉客户信息的前员工被禁止在特定区域的永久性从业禁止是合理的。这些实务做法反映了在将竞业禁止协议作为一项保密措施时,法院尊重持有人和获取人的谈判结果。

#### (2)实质性违约条款是商业秘密交易风险的再分配

在保密协议中,用人单位常使用“无论乙方因何种原因离职”或类似表达,让保密义务在用

[48] See Milgrim, *supra* note 45, pp. 3-45.

[49] 见前注[44]。

[50] 参见上海富日实业有限公司与黄子瑜等侵犯商业秘密纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2011)民申字第122号。

[51] 同上注。

人单位违约之后继续有效,对此,有法院倾向于对一般实质性违约处理规则的例外适用。<sup>[52]</sup> 这为诉讼中员工提供了抗辩事由,他们基于合同的相互性,认为保密义务不能与合同的其他条款分开,用人单位的违约行为剥夺了合同对价,员工不应接受保密义务的限制。实质上,保密义务的效力在订立之日就得以确定,而非根据劳动关系终止时的情况和条件再确认。有实务观点认为,限制性条款的合理性检验,是通过考虑其对保护用人单位的合法利益是否必要来实现的。<sup>[53]</sup> 在此情形中,对用人单位的违约行为造成的终止作出规定,是无有效目的的,因为若用人单位要非法解雇员工,他将无法获得对方保密协议的签订。实质上,问题关键在于,员工是否应该比其他获取保密信息的人处于更有利的地位,以及法律应该对谁施加不得使用或披露秘密信息的义务。没有理由可以解释,为何在这种情况下员工就应该免于承担保密义务。事实上,这些义务的产生和免除,不是因为该等信息属于“财产”,而是这些义务反映了规则背后的政策要求。<sup>[54]</sup>

这种政策要求便是为了促进商业秘密的使用。当持有人证明其相信在许可时不存在其他信息获取途径时,保密义务对商业秘密使用的激励才会发生作用。这可通过持有人的调查结果和其他信息来实现,理性人藉此会相信商业秘密在其他情况下是不可获得的。尽管其他获取途径是否客观存在是不确定的,但该方法最大限度地鼓励了这种商业秘密的许可安排,减少了商业秘密的获取成本。合同约定无论何种原因辞职,员工都要履行保密义务,这是一种带有“强制性”的声明。这种合同用语使获取人有理由相信,持有人通过调查确信不存在商业秘密的替代获取途径,或即使存在其他途径,也要花费较高的成本。这种调查是否合理和充分也需要解释。在解释这些调查是否充分时,应关注鼓励持有人追求经济上合理地利用商业秘密的目的,这能够实现对不确定性风险的再分配,对持有者利用商业秘密的激励,从而促进商业秘密的使用。当持有人认为其控制了商业秘密的访问时,保密义务的执行将把错误的风险全部施加给获取人,获取人也有能力承担这种风险,因获取人知道该信息在他预期的应用中的价值,并可以衡量保密义务对他未来可能使用的影响。

### (3) 商业秘密的公开可获得性不当然否定公开之前的保密义务

商业秘密事后公开风险在持有人与获取人之间的分配,是促成双方达成商业秘密许可的关键。这里涉及“跳板原则”的适用,即获取者不得将商业秘密作为“跳板”,从事对持有人不利的活动,即使商业秘密所有特征都已公布,或者社会公众可通过实际检查得以确定。<sup>[55]</sup> 这一原则理论上很简单,但“跳板原则”在实践中的应用很复杂,这一原则被用于定义保密义务的期限。该原则的最大问题在于“即使所有特征都被公开或被任何公众实际获得,该原则仍然存

[52] 参见北京元鼎时代科技股份有限公司、屈战斌等侵害技术秘密纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2021)最高法知民终 2389 号。

[53] See *Rock Refrigeration Ltd v Jones*, [1997] I. C. R. 938, 952 (1996).

[54] 参见(英)坦尼亚·阿尔平、莱昂内尔·本特利、菲利浦·约翰逊、西蒙·马林尼:《高锐论违反保密义务:保密信息的保护》,黄武双、刘榕、吴雅妮、乔妮译,法律出版社 2021 年版,第 630—631 页。

[55] See *Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd.*, [1960] R. P. C. 128, 168 (Eng. C. A.).

在”这一表述。表面上,这些言辞似乎意味着该原则向保密方施加了特别不利的条件,因此,有观点就试图淡化“跳板原则”,认为持有人公开信息的行为与其维持秘密性的诉求并不一致,消灭了诉讼的基础。<sup>[56]</sup>

正确的理解是,“跳板原则”就保密义务以下列方式定义其适用范围和期限,即只要信息还保有一定的秘密属性,就应被禁止使用或披露该秘密信息。尽管其他人都可通过任何可获得的公共资源、通过反向工程来组合该信息,保密方却不在其列,因为他享有相对于其他公众人员的领先优势。有法院在适用“跳板原则”时,得出禁令不应延伸到可合理预期的、持续不正当竞争的期限之外的结论。<sup>[57]</sup>这意味着商业秘密的公开披露,不会当然否定获取人的保密义务,否则,将事后“修正”的全部风险置于持有者身上,可能导致其避免所有商业秘密许可活动。例如,在新西兰,不正当竞争原则常被用来判断保密义务的期限,即使商业秘密的所有内容都已进入公有领域,保密义务仍有效,持有人何时不再有商业秘密竞争优势,被认为高度依赖于个案事实。<sup>[58]</sup>加拿大在类似情形中也采用不正当竞争的路径,在考虑对秘密信息的滥用发出“跳板”禁令时,有观点认为,基于维护市场的公平竞争的需要,仅禁止使用和披露的禁令不足以实现必要的公平,必须禁止被告参与市场竞争。<sup>[59]</sup>这种做法是将保密义务持续期限的判断与商业秘密的市场领先优势关联起来。

## 2. 对价要求因素

一般而言,合同法的要求或其对商业秘密合同的一般适用,如标的物、要约和承诺以及确定性的一般要求,与在其他类型合同中并无二致。但当标的物是商业秘密时,合同的对价要求就有了特殊性,因为所谓的“商业秘密”实际上不是秘密,它通常可从其他途径获得,这可能使此类合同无效或无法执行。实质上,即使信息可通过其他途径获得,通过合同来获取所提供的便利和优势,也足以通过合同的对价要求测试,因为持有人和获取人在合同中的期望不同:持有人希望限制获取人由其他渠道获取信息,以高价许可商业秘密;获取人则希望以较低成本来获取信息。在这种情形下,保密义务的内容设定,关乎商业秘密许可能否实现。合理性认定虽被称为“缔约各方利益的合理性”测试,但法院一般只会考虑持有人的利益。事实上,若没有保密协议,获取人不会获得持有人的许可,在判断某一保密义务的限制是否为了缔约各方的利益时,我们也要审查保密义务对获取人利益的影响。因此,真正决定因素似乎并不是对价问题,而是一方是否在误解下操作,是否存在隐瞒或欺诈因素,在判断保密义务内容合理与否时,问题并非获取人是否多付或取得不应有的利益,而在于其能否使有关商业秘密的许可事项得以实现。

例如,关于劳动合同中保密义务的对价要求测试,我们总能满足保密义务的对价要求,这

[56] See *Speed Seal Products Ltd v Paddington*, [1986] F. S. R. 309, 313.

[57] See *Roger Bullivant v. Ellis*, [1987] FSR 172, 183.

[58] See *Aquaculture Corporation v New Zealand Green Mussel Co Ltd.*, [1985] IPR 353, 353-354 (NZHC).

[59] See *Apotex Fermentation Inc. v. Novopharm Ltd.*, 1998 CarswellMan 318 at 174, 177.

种对价或是已经存在的劳动合同,或是从具体情形中推论出继续雇佣的承诺,或是用人单位向离职员工支付的保密费,法院没有在对价要求中进行过多计较。员工在第一次受雇时签订保密协议,基于受雇利益,员工承担的保密义务不存在对价问题。但在员工离职时,用人单位会要求员工承担离职后的保密义务,为满足对价要求,单位会在离职协议中约定保密费用,离职员工常以用人单位不支付保密费用为由,拒绝履行保密义务。对此,有法院认为,保守用人单位的商业秘密是劳动者理应负有的义务,不论用人单位是否已经支付保密费用。<sup>[60]</sup>也有法院认为,用人单位并未向员工支付相应的保密费用,不能认定员工应继续履行离职后的保密协议。<sup>[61]</sup>对这类劳动合同的审查,没有明确的继续雇佣的承诺来支持保密义务,所考虑的仅是已存在的劳动合同,似乎缺乏对价的后续合同是不可执行的。也有观点认为,保密协议没有承诺任何额外的工作,它是一种员工附属的单方面契约,它对被调查者未来的就业没有承诺,对工资也无任何规定。<sup>[62]</sup>

### 3. 公共政策因素

对保密义务内容合理性的判断,还要考虑公共政策因素。在实务中,无论是因为谈判能力的平等、对员工权利的威胁更小,还是因为寻求保护的一方面面临的危险更为紧迫,法院对待商业秘密许可中的限制性条款,有时比劳动合同中的其他条款更为宽松。这要求我们在认定保密义务内容合理性时,关注公共政策的影响。在这种商业秘密共享情形中,涉及公共政策的问题主要有两类:①对员工未来就业施加限制的劳动合同、劳动关系终止后课以额外保密义务,限制在劳动关系过程中获取到的信息的使用,可能影响员工履行职责的能力,因为劳动过程中接收到的信息不易与员工的经验、知识相区分;②商业秘密许可限制条件,包括对该信息使用限制、地域或使用领域限制、竞业禁止协议和附带条款,此类合同可能会因其垄断倾向或以其他方式损害竞争而被质疑。事实上,在这两种情形中,公共政策与保密措施要件促进商业秘密使用的目的,具有内在一致性。

就第①类问题,商业秘密与员工的知识、技能间的关系是复杂的。二者基本上呈现对立统一的关系,对商业秘密的保护,即是在一定程度上对员工权益的限制;对员工权益的保护,意味着商业秘密保护范围的收窄。保密义务的扩张,可能损害员工的利益,也会影响社会整体利益,因为员工流动是维护市场有效竞争的需要。因此,对员工利益的保护程度,从另一面影响着保密义务内容合理性的认定。世界知识产权组织国际局制定的《关于反不正当竞争保护的示范规定》就曾指出,前雇员一般有权为谋生使用和利用其可能在过去就业当中所获得的任何技能、经验和知识。<sup>[63]</sup>在我国,法院也强调员工在工作中获取的知识和技能,是其生存能力

[60] 参见天津山子数码科技有限公司等与天津天砚建筑设计咨询有限公司侵害商业秘密纠纷案,天津市第一中级人民法院民事判决书,(2013)一中民五终字第 0055 号。

[61] 参见金炬实业股份有限公司与张向平等侵害商业秘密纠纷案,湖南省长沙市中级人民法院民事判决书,(2017)湘 01 民初 1369 号。

[62] See Schneller v. Hayes, 176 Wash. 115, 116, 28 P.2d 273, 274 (1934).

[63] 参见世界知识产权组织:《关于反不正当竞争保护的示范规定》,世界知识产权组织出版物 1997 年版,第 50 页。

和劳动能力的基础。<sup>[64]</sup>实质上,这种对员工自由使用知识和技能利益的维护,与促进商业秘密使用要求是一致的。

就第②类非劳动合同对保密义务内容的设置,也体现了保密义务的反不正当竞争考量,以限制其他人获得技术的自由而破坏市场竞争。例如,在新加坡,某三家品牌的电梯备件供应商向新加坡竞争与消费者委员会承诺,以FRAND(即公平、合理、无歧视)价格供应备件给第三方维修承包商,使后者能够更有效竞争电梯维修合同,但“买方须承诺不对购买的电梯备件进行反向工程或修改”。<sup>[65]</sup>这项限制是出于保护供应商商业秘密的考量。但通过反向工程学习他人技术是公民的基本权利,在合同中约定禁止反向工程条款,就是变相剥夺了买受人参与竞争的权利。对这种不公平竞争的抵制,也正是为了鼓励商业秘密的信息使用。

然而,上述两种情形中的公共政策考量,在间接认定保密义务合理与否时,我们往往会忽视保密义务的真正作用,这是因为公共政策对保密义务的限制是外在的,在对这方面的限制进行考量之后,我们往往不再有精力关注保密措施要件规范目的的内在限制,这就掩盖了保密义务的设定所要实现的真正目标,虚化了保密措施要件的规范目的,这也是实务中对保密措施合理性认定的随意性产生的原因之一。但不可否认的是,对公共政策的考量达到了与保密措施要件相似的效果,这更加印证了保护商业秘密流动利益所形成的共识。

综上,在商业秘密的义务型获取中,保密义务“范围”和“内容”的合理性判断,均决定于保密措施要件的规范目的,这可以回答实践中多种有关保密措施的争议。不同于商业秘密的义务型获取,非义务型获取情形中的保密措施针对的是不特定第三人,其合理性的认定所需要考量的因素又有所不同。

## 四、实践展开之二:非义务型获取中的合理保密措施

非义务型获取是商业秘密传播的另一种类型,它是指商业秘密的非法获取,涉及单方面、非自愿地从持有人处获取商业秘密,其基本规范问题在于定义该类获取途径不正当的理由是什么。这关系到保密措施应实施到何种程度。

### (一)商业秘密窃取阻止措施的合理性

在商业秘密窃取发生之前,获取人可通过独立研究、反向工程或与持有人交易来获得商业秘密,其选择何种途径,取决于这些途径对其而言在获取成本上的不同。<sup>[66]</sup>理论上,商业秘密权的排他效力和商业秘密罪的刑事制裁威慑,貌似起到了阻止商业秘密被窃取的效果,这影响了法院对阻止窃取措施合理性的认定,对此,有必要予以澄清。

[64] 参见麦达可尔(天津)科技有限公司与华阳新兴科技(天津)集团有限公司侵害商业秘密纠纷再审案,最高人民法院民事判决书,(2019)最高法民再268号。

[65] 参见刘孔中、李文博:“论商业秘密保护及其过度保护的问题”,《知识产权》2022年第5期,第82页。

[66] See Vincent Chiappetta, “Myth, Chameleon or Intellectual Property Olympian—A Normative Framework Supporting Trade Secret Law,” *George Mason Law Review*, Vol. 8, No. 1, 1999, p. 127.

### 1. 影响因素一：商业秘密权的排他力

在判断持有人采取的保密措施是否合理时，法院会受到商业秘密权利的影响，从而降低了对保密措施的要求。根据我国《民法典》第 123 条的规定，商业秘密是知识产权的客体，权利人享有“专有”的权利。多数观点认为，知识产权的“专有性”就是“排他性”，<sup>〔67〕</sup>该条款可推导出“排他性”是商业秘密权的一项特征，保密措施的作用可由商业秘密权的“排他性”来承担，保密措施应被设定在较低水平。商业秘密权优化了保密措施的合理性要求，在保密成功的程度上，这一要求的边际效应接近于零。这也解释了有些法院不要求物理保密措施的做法，如《河南省高级人民法院商业秘密纠纷案件审理的若干指导意见》规定，某些信息依其属性即可表明属于秘密状态的，权利人无需采取其他保密措施。然而，权利“排他性”对保密措施的替代，并非完全符合促进信息流动的要求。比如，基于权利“排他性”的威慑，在商业秘密被无意泄露时，持有人提起的诉讼可能产生寒蝉效应，限制对其他公开信息的使用。在其他情况下，这将允许寻租，不必要地增加行政成本，不会对社会产生任何抵消收益。

有学者提出，我国《民法典》知识产权条款中的“专有”限定，不是知识产权的设权依据，只能被解释为一种语言习惯。<sup>〔68〕</sup>这种观点是合理的。当商业秘密仍被视为一种法益时，保密措施的作用不应也不会被权利的“排他性”特征所替代。事实上，在商业秘密窃取案件中，剥夺获取人的信息访问利益是关键。有观点认为，只要从持有人处获取是最具成本效益的获取途径，那么拒绝信息的访问会造成不合理的低效率。<sup>〔69〕</sup>这是不正确的，因为以不正当手段访问信息，可能会产生较低的获取成本，正是因为持有人没有采取权利所寻求避免的措施。接受“成本—效益”论点将导致一种循环，要求持有人重新采取自助保密措施；而且，成本效益可能不是来自成本的节约，而是源于不恰当地使保密成本外部化。但必须认识到，即使没有商业秘密权，获取人也不会一味地基于“预防/窃取”规则而持续增加获取成本。同时，基于商业秘密权的存在，获取人避免被发现的成本不会持续增加。这些结论的得出，是基于商业秘密获取途径的多样性，成本高的途径不是获取人的优先选择。

### 2. 影响因素二：刑事制裁的威慑

我国刑法降低了商业秘密罪的入罪门槛，商业秘密罪的威慑力随之增强，这会在无形之中降低保密措施合理性的标准。理论上，防止窃取的社会支出和私人支出是互补的，而非相互替代，有些商业秘密窃取无法通过私人实施的损害赔偿诉讼来制止，威慑行为所需的最佳赔偿，会超过窃取者的私人偿付能力，因此，需要公共执法和监禁等非金钱的刑法制裁。刑事制裁威慑力的来源，恰好是窃取者所要付出的代价，如个人自由、金钱和其他权利的剥夺，制裁可能要求对受害者进行赔偿，以及刑事处罚带有“污名化”。因此，对商业秘密窃取的刑事处罚，会减少持有人对保密措施的依赖，降低他人对持有人合理保密措施的期待，在窃取商业秘密入罪

〔67〕 参见刘春田：“知识产权解析”，《中国社会科学》2003年第4期，第120页。

〔68〕 参见李琛：“论《民法总则》知识产权条款中的‘专有’”，《知识产权》2017年第5期，第16页。

〔69〕 See David D. Friedman, William M. Landes and Richard A. Posner, “Some Economics of Trade Secret Law,” *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, No. 1, 1991, pp. 69-70.

门槛降低时,保密成本节约的效果会愈发明显。而有观点认为,即使没有一部法律反盗窃商业秘密,但作为拥有商业秘密的企业,仍可为减少这种盗窃发生的概率而大有可为,法律制裁对某些潜在的窃取行为的吓阻,在实际中是不可能的。<sup>[70]</sup>事实上,该观点混淆了持有人自助措施与规范上的保密措施,未认识到持有人利用商业秘密的合理预期,而这恰恰是保密措施要件所针对的。

### 3. 以促使获取人从窃取转移至正常获取为标准

从社会整体角度而言,发现和证明商业秘密窃取行为,目的并非纯粹地迫使获取人停止窃取行为,还期望他能通过其他途径来获取商业秘密。实际上,获取人为提高信息访问的成功率,他会转向阻力较小的途径,而不会固守在某一种获取途径上。那么,保密措施在阻止秘密信息窃取的同时,能否迫使获取人转移获取途径?答案是肯定的。因为窃取人的收益不总是与持有人的损失成正比,即不意味着窃取人的收益量恰好就是持有人的损失量,它还包括窃取人识别其他获取途径的成本节约。因此,在窃取人看来,即使不同途径之间能够相互替代,有吸引力的保密措施,仍可能将获取途径从窃取转移到其他低成本的途径上,我们不应忽略获取途径的转移可能比商业秘密窃取危害更小的可能性。本质上看,因为商业秘密的使用是有益的,阻止商业秘密的窃取,减少社会浪费性支出,并鼓励使用市场,这被认为是一种成本较低的转移机制。阻止从持有人处窃取的保密措施,会迫使他人将信息获取的方式转移到市场上,实现商业秘密的更有效交易。因此,这种商业秘密窃取的阻止措施是否合理,仍以其能否促进商业秘密的使用为标准。

获取人对商业秘密的访问,能否从以不正当手段获取活动中转移出来,关键在于商业秘密持有人一方,即避免持有人滥用商业秘密。而通过要求持有人事先提供充分的通知,可实现最大限度地降低保密措施的成本。这种方法还可能为不合理地扩大保护,提供一种成本效益机制,例如在产品上附加商业秘密声明,或在销售或许可条款中包含商业秘密声明,持有人可在包含的信息中单方面创建这种声明。这种做法不仅不会节约保密成本,反而会产生执法成本和信息访问成本。可能的解决办法之一,是要求持有人证明其所采取的合理保密措施,这种方法要求持有人表明他为了避免第三人获取采取了保密措施,从而无法实现所寻求的成本节约。以不正当手段获取的问题,不在于持有人阻止获取的措施,而在于持有人是否通过提供渠道积极配合获取,避免持有人滥用商业秘密。将保密措施定位为一项通知功能,是一种有效的解决办法。这种办法使得商业秘密窃取的阻止措施,用来促使获取人从非自愿获取途径转移到许可交易上,可促进商业秘密的使用与传播,避免商业秘密以较高成本被访问。

## (二) 禁止反向工程措施的合理性

反向工程的实施要件之一,是实施者与商业秘密持有人之间无保密义务。从手段上看,反向工程实施者需付出研究性劳动,对从市场上购买的产品进行拆解、测量和分析。基于此,持有人采取的为阻止他人通过非义务渠道获取商业秘密的措施,包含禁止反向工程的合同条款

<sup>[70]</sup> 参见(美)威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳:《知识产权法经济结构》,金海军译,北京大学出版社2016年版,第443—444页。



和技术措施。

### 1. 禁止反向工程合同条款的效力

为避免反向工程带来的商业秘密不利披露,在与产品购买人签订的买卖合同中,持有人通常会约定要求购买人不得实施反向工程。就禁止反向工程条款的效力,实务界和理论界均存有争议。比如,在微软公司与郭某计算机软件著作权许可合同纠纷案中,法院支持禁止反向工程条款的效力,认为主张该条款排除当事人基本权利的观点,没有法律依据。<sup>[71]</sup>而部分学者倾向于否定该类条款的效力,理由在于:第一,禁止反向工程的合同条款,破坏了知识产权制度在持有人与社会公众所确立的利益平衡机制;<sup>[72]</sup>第二,禁止条款使持有人获得了类似于专利的垄断性保护,且不受期限以及公开技术方案的限制,持有人会倾向于使用商业秘密保护方式,破坏了专利制度与商业秘密制度的平衡;第三,反向工程作为商业秘密侵权的豁免依据,是商事习惯法的强制性规定,在合同中规定禁止反向工程实施的条款应属无效。<sup>[73]</sup>这种有关禁止反向工程条款效力的争议,均以“全有或全无”的思路来判断,忽略了其作为一项保密措施,其效力的有无受合理性的约束。

比较法上常依据个案来认定此类条款的效力。其中,美国芝加哥锁厂诉范伯格案对禁止反向工程条款效力的认定影响较大。该案中,美国联邦第九巡回上诉法院认为,对他人强制规定保密义务,将使通过“公平诚实的方式”发现商业秘密的意图落空,使得公司的商业秘密转变为国家垄断。<sup>[74]</sup>在涉及软件合同的案件中,美国实务界则表现出对此类条款效力的尊重。例如在鲍尔斯诉贝州科技公司案中,美国联邦巡回上诉法院认为,“在版权法的豁免下,当事人可在合同中自由放弃对软件进行反向工程的有限能力,版权是一种对世权,合同通常只影响当事人,合同之外的人并不受影响,合同没有创造独家权利”。<sup>[75]</sup>《美国计算机信息统一交易法》(UCITA)对这类合同中的禁止反向工程条款的效力认定也较为宽松,其中,根据第 105 (b)条的规定,如某一合同条款违反了某一公共政策,法院可以拒绝执行该合同条款,执行该合同中不包含被禁止条款的剩余部分。可见,禁止反向工程条款的效力,仅在违背公共政策时被否定,这意味着个案事实是禁止反向工程条款效力判断的依据。

事实上,作为一项保密措施,持有人试图借助禁止反向工程的合同条款,减少通过反向工程披露商业秘密的可能,尽可能延长商业秘密的存续期间。若法院确认了禁止反向工程条款的效力,代价则是信息不公开、不得复制;完全否定禁止反向工程条款的效力,可能会损害持有人的利益,最终也不利于商业秘密的使用与传播。笔者认为,有关禁止反向工程条款的效力认定,其依据应是保密措施要件的规范目的,此类条款不应成为阻止商业秘密使用的工具,对其认定应根据商业秘密的保护规则,而非合同法来认定。前文中,笔者主张在保密义务合理性的

[71] 参见北京市高级人民法院民事判决书,(2012)高民终字第 868 号。

[72] 参见胡开忠:“反向工程的合法性及实施条件”,《法学研究》2010 年第 2 期,第 77 页。

[73] 参见杜开林,见前注[33],第 44 页。

[74] See *Chicago Lock Co. v. Fanberg*, 676 F.2d 400, 405 (9th Cir. 1982).

[75] See *Bowers v. Baystate Techs., Inc.*, 320 F.3d 1317, 1324-1325 (Fed. Cir. 2003).

认定中应尊重双方所达成协议的做法,最终的目的也在于此。况且,不同类型的信息和产品本身都存在技术障碍,这能确保持有人在一定期限内的领先优势,因而商业秘密何时能被他人通过反向工程获取,决定了不同情形中禁止反向工程条款的效力。比如,计算机软件的买受人或获取者有理由担心反向工程的合同限制,该产品一定的市场垄断是不可避免的,没有理由允许合同完全绕开它,尤其是在软件这种具有网络效应的市场中,故否定禁止反向工程条款的效力是不合理的。

## 2. 禁止反向工程技术措施的合理性

除了禁止反向工程的合同约定,持有人还会在产品中设置技术措施。在我国实践中,法院往往会忽略此类措施的合理性认定,仅以技术是否充分禁止了反向工程为标准。比如,在济南思克测试技术公司与济南兰光机电技术公司侵害技术秘密纠纷案中,最高人民法院将禁止反向工程措施,视为持有人采取的保密措施,并依据严格标准来认定其合理性。<sup>[76]</sup> 这种对禁止反向工程的技术措施严格要求的观点,并没有考虑到保密措施要件的规范目的,是对此类保密措施合理性要求的忽视。

在认定禁止反向工程技术措施的合理性时,我们应先明确允许实施反向工程时的合理性。在特定情形中,允许他人实施反向工程的原因,在于它不会破坏商业秘密持有人的市场优势:第一,基于产品的复杂性,或者产品设计的细节变化快,以至于当反向工程实施者完成工作时,下一个版本的产品已经上市,产品中的商业秘密可能不会受到反向工程的影响,即使公司在设计产品时并没有故意让反向工程成为不可能;第二,反向工程的成功实施,不一定会导致商业秘密的公开,因为实施者为了维持信息差异会继续对获取到的信息保密,比如,在 20 世纪 90 年代早期,欧盟通过了一项关于计算机软件法律保护的指令,禁止发布或授权在合法反编译程序以实现互操作性过程中获得的信息;美国国会 1998 年通过的 DMCA 反规避规则,对在反向工程中获得的信息的披露施加了许多限制。因此,从这两项允许反向工程的理由来看,只有当反向工程使商业秘密的竞争复制过于廉价、简单或快速,持有人无法收回信息研发或收集费用时,禁止反向工程的技术措施有利于维持信息持有人的领先优势,这才使得此类技术措施有了经济上的合理性。

例如,在计算机软件领域,对软件的反编译和反汇编被认为是合法的,部分原因是反向工程需要较大成本,原来的开发人员的利益未因此受到严重威胁。同时,反向工程还会使互操作性产品的开发成为可能。比如,平台和应用程序是互补产品,应用程序开发人员想要制作一个与特定平台可互操作的程序,要能访问平台的接收和发送信息的细节,这些细节统称为应用程序编程接口(API)。有些平台开发人员选择将其 API 作为严格的商业机密来维护,使其成为专有接口,比如世嘉和任天堂,这使平台开发人员控制了平台上可用的应用程序。若应用程序开发人员对系统不感兴趣,或者其他公司开发新的系统来抢夺现有的市场份额,不可互操作的系统也可能会失败。例如,世嘉是游戏系统市场的第二个竞争者,它是在任天堂娱乐系统取得巨大成功之后进入市场的,世嘉的 Genesis 系统提供了一些任天堂娱乐系统缺乏的功能,以及

[76] 参见最高人民法院民事判决书,(2020)最高法知民终 538 号。

类似“刺猬索尼克”的新程序。因此,对软件进行反向工程,是学习制作兼容程序所需信息的途径,为了互操作性而支持对计算机程序进行反向工程的规则,有利于技术的创新和消费者的利益。我们不能再以禁止反向工程技术措施是否严格和充分来判断其合理性,否则,允许反向工程可能产生的上述效益便会被忽略。

事实上,禁止反向工程的技术措施,不仅是对信息商品化的一种防御措施,更是占领市场的一种进攻性措施,通过保持持有人对信息的专有性,使其利用“网络效应”得以拥有市场上的事实标准。然而,在判断禁止反向工程措施是否合理时,我们不能仅以进攻性措施来衡量,禁止反向工程规则的设计,不应超出必要的范围,此观点在美国“品奇实验室案”有集中的体现。该案被告认为,品奇实验室的安全措施不构成保护其秘密的合理措施,因为这些措施没有阻止针对其产品的反向工程。对此,法院认为,只要有足够的时间和资源,任何东西都容易受到反向工程的影响。但这种敷衍的说法,并不能证明品奇实验室未实施防止反向工程的合理措施,也不能说明品奇实验室保护技术秘密的其他努力“在当时的情况下”是不合理的。<sup>[77]</sup> 此观点肯定了禁止反向工程措施存在合理的情形。实质上,反向工程规则是一项政策杠杆,它在不同的法律背景下设置不同;与之相应,禁止反向工程的技术措施,要在保护创新者和技术改进者之间实现平衡,这就为商业秘密通过反向工程进行流动提供了可能性,有利于商业秘密使用价值的实现,这也是判断禁止反向工程技术措施合理性的标准。

综上,在商业秘密非义务型获取的传播情形中,对于相关保密措施合理性的认定,我们容易依赖这些措施能否完全阻止商业秘密窃取和反向工程的标准。这一标准会造成社会资源在保密投入上的浪费,更重要的是,它完全阻止了商业秘密通过正常渠道进行流通。根据保密措施要件的规范目的,阻止商业秘密窃取措施的认定,应以持有人采取的措施是否存在滥用为标准,对于禁止反向工程的合同条款,不应完全否定或肯定其效力,而对于禁止反向工程的技术措施是否合理,也不应以技术是否充分为标准。

## 五、结 论

商业秘密保密措施的合理性认定,是司法实践中的难点问题。保密措施要件的规范目的之模糊,是实务中保密措施合理性标准不一致产生的根源。而对法律规则的解释,要尊重社群成员将规则视作行动的理由。<sup>[78]</sup> 保密措施要件的规范目的,在于保障商业秘密以谨慎的方式共享,促进商业秘密的积极使用,这是保密措施合理性的最终标准。基于此,明示保密义务和默示保密义务的范围认定,包括默示保密义务与保密协议冲突处理方案,均应以是否促进商业秘密的使用为标准。保密义务内容的合理性界定,要考虑替代获取途径、对价要求和公共政策等因素,这些因素的影响力强弱及如何影响,也要依据保密措施要件的规范目的来判断。在

[77] See PQ Labs, Inc. v. Yang Qi, No. 12-0450 CW, 2014 WL 334453 (N.D. Cal. Jan. 29, 2014).

[78] 参见(英)约翰·菲尼斯:“论哈特之道:作为理由的法律与作为事实的法律”,杨建译,《荆楚法学》2023年第1期,第141—142页。

商业秘密的非义务型获取中,商业秘密窃取阻止措施,要起到促使持有人积极通过商业秘密许可来利用秘密的作用。同时,禁止反向工程合同条款的效力,不能被一味地否定,对技术措施合理与否的认定,也不应以是否满足技术充分性为标准,要受保密措施要件的规范目的的约束。

---

**Abstract:** The determination of the reasonableness of confidentiality measures is a difficult issue in the adjudication of trade secret cases in China. There is no valuable reference solution from the theoretical circle regarding what constitutes reasonable confidentiality measures. On the surface, this is due to the external interference of the secrecy requirement and the value requirement, making the confidentiality measures requirement appear to be independent in name only, without true independence in practice. The deeper reason lies in the failure of practitioners to recognize that the normative purpose of the confidentiality measures requirement is to promote the limited sharing of trade secrets. Based on this normative purpose, in cases of duty-bound acquisition of trade secrets, reasonable confidentiality measures are reflected in the limitation of the “scope” and “content” of the duty. In cases of non-duty-bound acquisition, confidentiality measures can be categorized into the measures to prevent the theft of trade secrets and the measures to prohibit reverse engineering. In both types of confidentiality measures, disputes over the reasonableness of the measures must return to the normative purpose of the confidentiality measures requirement in order to be resolved.

**Key Words:** Confidentiality Measures; Dependability; Normative Purpose; Confidentiality Obligation; Reverse Engineering

---

(责任编辑:杨 明)