

由普通法观点论对商业秘密和 机密信息的保护

李治安 刘静雯*

目次

一、导论	(三) 竞业禁止协议的效力
二、普通法对机密信息之保护	四、对我国商业秘密保护之启示
(一) 违反信赖关系之诉	(一) 立法层面
(二) 雇佣关系涉及之机密信息	(二) 司法层面
三、与我国商业秘密保护之比较	(三) 立法与司法的能动结合
(一) 保护范围	五、结语
(二) 保密义务	

摘要 我国《反不正当竞争法》主导下的商业秘密保护模式对商业秘密的认定遵循“不为公众所知悉”“具有商业价值”以及“权利人采取保密措施”三个要件,而作为商业秘密法起源地的普通法系对商业秘密的保护大部分是通过违反信赖关系(breach of confidence)之诉实现的。与我国的商业秘密保护体系相比,违反信赖关系之诉的保护客体范围更广、对保密义务的认定更依赖司法实践且注重诚实信用原则。同时,为了在保护商业秘密和维持市场公平竞争的不同政策目的间维持平衡,普通法系对竞业禁止协议的适用做出了更严格的限制。本文以英国及我国香港特别行政区关于机密信息与商业秘密的司法实践为基础,探索其为完善我国商业秘密保护体系可能提供的借鉴。

关键词 商业秘密 机密信息 信赖关系 保密义务 竞业禁止

一、导 论

商业秘密对于企业成长与国家经济发展来说至关重要,其具有鼓励创新、维持市场公平竞争及企业道德等多重功能。^{〔1〕} 不同于专利权与著作权,商业秘密对任何产业及规模的企业均具有

* 李治安,香港中文大学法律学院副教授、法学博士;刘静雯,香港中文大学法律学院博士研究生。

〔1〕 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1—7页。See e.g., Melissa M. Stewart, *Minnesota and the Inevitable Disclosure Doctrine: Finding A Solution Amidst the Confusion*, 33 Hamline Law Review 649, 656 (2010).

高度重要性。^{〔2〕} 随着我国经济的快速发展与对外经贸活动的日趋频繁,商业秘密在中国的保护也逐渐成为国际关注与经贸谈判焦点。^{〔3〕}

近年来,美国贸易代表不时批评中国对商业秘密保护不足的原因在于欠缺一套独立的商业秘密法。^{〔4〕} 然而,相较于我国以《反不正当竞争法》(以下简称为“反法”)这一成文法方式保护商业秘密的做法,许多普通法系法域甚至并无商业秘密成文法,但这并不表示这些法域对商业秘密的保护不足,相反地,法院用衡平法的方式为商业秘密提供周延的保护。由此可见,商业秘密保护的强度与是否有商业秘密独立立法并无直接关联。而相较于立法而言,司法在商业秘密的保护中,常常扮演了更关键的角色。英国虽然为了导入欧盟商业秘密指令(EU Trade Secrets Directive),于2018年制定并施行《商业秘密(执行等)规则》[Trade Secrets (Enforcement, etc.) Regulation 2018],^{〔5〕}却在立法说明中明确指出,商业秘密的取得或揭露是否违法,仍应依普通法的保密原则判定。^{〔6〕}

包括我国在内的大陆法系国家无法适用衡平法,因此对商业秘密的保护仍应以成文法为基础。然而,在评析我国是否妥适保护商业秘密时,似不应以独立商业秘密立法的表象作为衡量指标,相反地,更重要的观察重点其实是反法对商业秘密的保护是否周延,以及司法是否能妥适兼顾保护商业秘密的各种政策需求。就此而言,普通法的发展经验实具相当的借鉴价值。本文以英国及我国香港特别行政区的司法实践为例,分析普通法系的法院如何以衡平法及判例法保护机密信息与商业秘密,并以比较法的观点,探讨普通法系的司法实践对我国商业秘密的保护范围、保密义务的基础及竞业禁止协议的可执行性有何启发。

二、普通法对机密信息之保护

(一) 违反信赖关系之诉

在普通法系中,商业机密持有人对于秘密外泄的救济方式,通常是主张信赖关系的违反,而一般违反信赖关系之诉的客体范围除了商业信息外,尚包括个人信息及政府信息在内。^{〔7〕} 英国梅格里(Megarry)法官于1968年在Coco v. AN Clark (Engineers) Ltd一案(以下简称“Coco案”)中列举出违反信赖关系之诉的三个要件:(1)信息本身具有机密性;(2)信息在保密义务存在的前提下被传递;以及(3)信息未经授权被使用,且该使用对原本传递信息者造成损害。^{〔8〕} 由于后来许多判决均沿用此三要件测试法,并将第一个要件扩张为“可受保护的信息”,故本文以下就该三要件分别析述。

〔2〕 See e.g., Tom C.W. Lin, *Executive Trade Secrets*, 87 Notre Dame Law Review 911, 943-944 (2012); Elizabeth A. Rowe, *Introducing A Takedown for Trade Secrets on the Internet*, 2007 Wisconsin Law Review 1041, 1049-1050 (2007).

〔3〕 See e.g., Daniel C.K. Chow, *Navigating the Minefield of Trade Secrets Protection in China*, 47 Vanderbilt Journal of Transnational Law 1007, 1010 (2014); Jyh-An Lee, *Shifting IP Battlegrounds in the U.S.-China Trade War*, 43 Columbia Journal of Law & the Arts 147, 168-174 (2020).

〔4〕 USTR, *2016 Special 301 Report* (Apr. 12, 2016), <https://ustr.gov/sites/default/files/USTR-2016-Special-301-Report.pdf>.

〔5〕 英国《2018年商业秘密(执行等)规则》。

〔6〕 Sam Gyimah (Minister of State, Department for Business, Energy, and Industrial Strategy), Explanatory Note, 15 May 2018.

〔7〕 Saltman Engineering v. Campbell Engineering (1948) 65 RPC 203.

〔8〕 Coco v. AN Clark (Engineers) Ltd [1969] RPC 415, 419.

1. 可受保护的信息

可受保护信息的第一个重要特性是秘密性,^{〔9〕}公众周知的信息当然无法成为机密信息。但有时机密信息会和一些公众周知的信息密切链接而公众却无法知晓,举例而言,发明专利均为公开信息,但是将其专利商品化却涉及许多特殊知识,由于这些知识并不在专利保护与揭露的范围内,所以有可能成为受保护的机密信息。^{〔10〕}除了秘密性外,法院透过判例法界定可受保护的机密信息(必须是范围特定的信息),原告提起诉讼主张被告违反保密义务时,必须非常明确地界定其所主张受保护的机密信息范围。^{〔11〕}如果机密信息属于商业秘密,则该信息还具备一定程度的原创性,^{〔12〕}且具有商业价值。^{〔13〕}

2. 保密义务

保密义务通常基于合同或衡平义务产生。在合同义务不存在的情况下,法院仍可以根据原被告间的特殊关系或传递该信息的特殊目的,判定衡平的保密义务存在。

(1) 合同义务

合同时常是保密义务产生的原因,除了雇佣合同和保密协议外,服务合同、技术秘密许可使用合同也会规范合同一方使用另一方技术秘密的范围、向第三方披露的权限及相关保密义务。

(2) 衡平法上的保密义务

除合同关系外,普通法中最常发生保密义务的情况是法院依据衡平法,认定任何合理理性的人立于信息接收者的立场,均能合理地认识到该信息是以保密形式传递给他的,此时信息接收者即应担负衡平法上的保密义务,^{〔14〕}此即所谓的理性人测试标准。

认定衡平法上保密义务的关键在于信息接收者究竟能否合理地认定该信息是机密信息,此时法院需考虑信息的性质(如该信息是否为公众或业界周知、是否具有商业价值等)、^{〔15〕}秘密持有人是否采取保密措施或强调该信息的机密性、^{〔16〕}信息的传递场合或方式(如是在非正式、社交、商业或专业场合)^{〔17〕}、机密信息是否基于特定目的揭露^{〔18〕}等因素。若信息接收者起初不知该信息为机密,但是事后得知,则自知悉或可得知悉该信息为秘密时起,亦须担负衡平法上的保密义务。^{〔19〕}

〔9〕 Saltman Engineering v. Campbell Engineering, *supra* note〔7〕, at 215.

〔10〕 O. Mustard & Son v. Dosen & Allcock [1963] ALL ER 416.

〔11〕 PA Thomas v. Mould [1968] QB 913, 922; Ocular Sciences v. Aspect Vision [1997] RPC 289, 359 - 369.

〔12〕 De Maudsley v. Palumbo [1996] FSR 447.

〔13〕 Fraser v. Thames TV [1984] 1 QB 44, 65 - 66.

〔14〕 Coco v. Clark, *supra* note〔8〕, at 420 - 421.

〔15〕 See e.g., Ocular Sciences v. Aspect Vision, *supra* note〔11〕, at 369.

〔16〕 See e.g., New Zealand Needle Manufacturers Ltd v. Taylor [1975] 2 NZLR 33, 36; Yates Circuit Foil Co. v. Electrofoils Ltd [1976] FSR 345, 377, 379.

〔17〕 Coco v. Clark, *supra* note〔8〕, at 418; De Maudsley v. Palumbo [1996] FSR 447, 458.

〔18〕 Saltman Engineering v. Campbell Engineering, *supra* note〔7〕, at 213; Ackroyds London v. Islington Plastics [1962] RPC 97.

〔19〕 Stephenson Jordan & Harrison v. MacDonald & Evans (1951) 68 RPC 190, (1952) 69 RPC 10; Hoechst v. Chemiculture [1993] FSR 270; Cadbury Schweppes v. FBI Foods [2000] FSR 391 (SCC), 504; Vestergaard Frandsens A/s v. Bestnet Europe Ltd [2013] UKSC 31, [25].

衡平法上的保密义务常常基于信义责任(fiduciary duty)而产生，^[20]比如，信托受托人之于受益人、代理人之于委托人、董事之于公司、合伙人之于合伙均负有信义责任。^[21]然而，信义关系的存在并非衡平的保密义务成立的前提。需要注意的是，衡平法对负有信义责任的人通常也有高于一般保密义务的要求。^[22]信义关系常存在一些涉及专业领域的职业关系(如律师、医生、银行与其委托人之间)中，且成文法律有时对所涉及的保密义务亦有特殊规范。^[23]

在香港高等法院审理的 William Allan v. Messrs Ng & Co 一案中，^[24]二被告是曾为原告的离婚诉讼提供咨询服务的律师及律师行。其后，由于双方未能达成正式的委托协议，被告另行接受了原告的前妻(即同一离婚诉讼的相对人)的委托，成为其诉讼代理人。法院认为，在该案中，虽然原告并未正式委任被告作为其律师或给付佣金预付款，但是其在咨询过程中向被告披露了有关该离婚诉讼的机密信息，而被告不应将该信息用于任何其他用途。原、被告双方之间存在一种“准律师—客户”关系，而被告的信义责任与保密义务亦即由此产生。最终，香港高等法院上诉法庭判决被告向原告给付400 100港币的损害赔偿，其中包括惩罚性赔偿，同时要求香港律师协会对其进行纪律惩戒。^[25]

保密义务有时会同时基于合同义务与衡平义务而存在，比如，在香港的“岸本产业有限公司及另一人诉 Akihiro Oba 及其他人”一案中，被告作为原告日本总公司的高级经理兼香港子公司的董事，同时违反了其对原告负有的忠诚责任和信义责任。^[26]但是二者所产生的法律效果却截然不同：违反忠诚责任是对合同义务的违反，产生的是普通法上的救济；而对信义责任的违反则招致衡平法上的救济。普通法最主要的救济方式即损害性赔偿，由于损害性赔偿的目的在于弥补当事人因不法行为所受的损失而非惩罚不法行为人，该救济通常需要原告举证证明不法行为与损害结果之间的因果关系，以及损害的具体数额，若举证不能，则只能取得一笔极小额的名义性赔偿。与之相对，典型的衡平法救济包括禁令(injunction)、强制履行(specific performance)、返还违法所得(account of profits)等，而自1873年以来，英国法亦开始认可法院授予“衡平性赔偿”(equitable

[20] 国内有翻译为忠实义务、受托义务或信用义务等。参见李玉香：《论董事的忠实义务》，载《中外法学》1998年第1期；王旸：《禁止内部人交易法律制度研究》，载《法学研究》1996年第1期；任自力：《美国公司董事诚信义务研究》，载《比较法研究》2007年第2期。本文从多数文献，将其译为信义义务。参见李建伟：《司法解散公司事由的实证研究》，载《法学研究》2017年第4期；梁爽：《董事信义义务结构重组及对中国模式的反思——以美、日商业判断规则的运用为借镜》，载《中外法学》2016年第1期；张学文：《封闭式公司中的股东信义义务：原理与规则》，载《中外法学》2010年第2期；耿利航：《有限责任公司股东困境和司法解散制度——美国法的经验和对中国的启示》，载《政法论坛》2010年第5期；肖宇、许可：《私募股权基金管理人信义义务研究》，载《现代法学》2015年第6期；徐化耿：《论私法中的信任机制基于信义义务与诚实信用的例证分析》，载《法学家》2017年第4期；王建文：《论我国构建控制股东信义义务的依据与路径》，载《比较法研究》2020年第1期；陈鸣：《董事信义义务转化的法律构造——以美国判例法为研究中心》，载《比较法研究》2017年第5期；朱大明：《美国公司法视角下控制股东信义义务的本义与移植的可行性》，载《比较法研究》2017年第5期；等等。

[21] 部分普通法国家对信义关系的列举并非穷尽，信义责任是否成立应由法院在个案中予以认定，如，澳大利亚。See e.g., Hospital Products Ltd v. United States Surgical Corporation [1984] HCA 64, (1984) 156 CLR 41 (25 October 1984), High Court (Australia).

[22] 比如，负有信托责任的人即使在有关信息已被披露而被公众所知悉的情况下，对该信息的使用仍只能是出于受益人的利益。W. R. Cornish & Tanya Frances Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Sweet & Maxwell, 2019, p.335.

[23] Ibid.

[24] William Allan v. Messrs Ng & Co [2012] 2 HKLRD 160.

[25] Ibid.

[26] Kishimoto Sangyo Co. Ltd. and Another v. Akihiro Oba and Others [1996] 1 HKLRD 196.

damages)的权力,即在某一案件中,如果禁令无法取得或取得禁令并无实际意义,法院亦可对该衡平法上的不法行为施加损害性赔偿,同时惩罚性赔偿亦可适用。^[27] 香港法律亦有对该原则的相同规范。^[28] 由于惩罚性赔偿并不以原告的实际损害为要件,原告基于合同与衡平法所能主张的损害赔偿计算方式并不相同,而且两者相互独立。

若当事人之间既无合同关系,亦无信义关系,保密义务仍有可能存在。在 Coco 案中,原、被告之间不存在任何合同或信义关系。原告为一款摩托车发动机的设计者,而被告为生产商,双方以建立合营企业生产、销售该引擎为目的进入商业谈判。虽然谈判最终破裂,且双方从未进入任何生效的合作协议,但梅格里法官认为该情形显然已满足衡平法上的理性人测试标准,被告的保密义务当然存在。换言之,衡平法上保密义务的存在并不以行为人的明示承诺为前提,只要根据客观条件行为人应当能够合理认识到其不应该披露该信息,即应视为保密义务存在。^[29]

事实上,由于违反信赖关系之诉的客体繁多,Coco 案中提出的三步测试法在某些情况下亦遭受到质疑。比如,英国法律委员会曾建议要件二中的理性人测试应基于行为人已明示或暗示地接受了该信息。^[30] 该意见是针对部分竞争者之间故意寄送其已经掌握的初步秘密技术信息给对方,意图迫使对方因受保密义务约束而无法使用该些技术进行进一步研发从而达到不正当竞争目的的行为而提出的。这种情况下,机械地适用理性人测试会使非自愿的信息接收者受到保密义务的过分约束。一份澳大利亚维多利亚州的判决亦出于类似考虑,对理性人测试进行了重述,认为与其将此处的“任意理性人”理解为一个从路上随机选取的普通人,不如将该测试阐释为“站在任意衡平法律师的角度”均应能认识到该信息是应属于原告的财产。^[31] 尽管如此,Coco 案中确立的三步测试法仍在英联邦体系中沿用至今,对其后续的发展亦应被视为司法实践为应对现实中出现的新问题而对自身所做的完善。

有时即使某项信息已落入公共领域,信息接收者仍须继续负担衡平法上的保密义务,因为信息接收者在机密信息公开前已知晓该信息,法律政策上不应让负有保密义务的信息接收者相对于其他市场参与者而言,不公平地获得某种抢先优势,此即衡平法上的跳板原则(springboard doctrine)。^[32] 换言之,衡平法并不容许信息接收者利用其对机密信息的提前接触或知晓,取得不公平的竞争优势,^[33] 就此而言,此原则实具有相当的反不正当竞争法色彩。在 Terrapin v. Builders' Supply Co.一案中,因为原、被告过去的合资关系,被告得知原告关于组合式可移动房屋的机密信息,双方终止合资关系后,被告仍依据该机密信息继续制造产品销售,并主张该信息因为原告产品在市场销售及原告公开发行的产品型录说明而不再是机密,但是法院却认定被告仍违反保密义务,因为被告滥用了其对机密信息的了解,而取得了对其他竞争者不公的竞争优势。^[34]

[27] Senior Courts Act 1981, s.50. (“Where the Court of Appeal or the High Court has jurisdiction to entertain an application for an injunction or specific performance, it may award damages in addition to, or in substitution for, an injunction or specific performance.”)

[28] 《高等法院条例》(第4章)第17条。 (“上诉法庭或原讼法庭如具有司法管辖权可受理强制令或强制履行令的申请,则可在授予强制令或强制履行令之外再判给损害赔偿,或判给损害赔偿以代替强制令或强制履行令。”)

[29] Cornish & Aplin, *supra* note [22], at 342.

[30] English Law Commission Report on Breach of Confidence No. 110 (Cmnd 8388) para 6.6.

[31] Deta Nominees v. Viscount Plastics [1979] VR 167, 191.

[32] John Hull, *Speed Seal Products v. Paddington: Restraining Use of Information in the Public Domain*, 8 European Intellectual Property Review 249, 249 (1986).

[33] Terrapin v. Builders' Supply Co. [1967] RPC 375, 391.

[34] *Ibid.*

随着判例法的逐渐演进,跳板原则已不再针对落入公共领域或被公众知悉而曾为机密的信息,法院逐渐将重点放在负保密义务者究竟是否滥用其对机密信息的知悉,而在市场上取得不正当的领先优势。^[35] 举例而言,即使机密信息接收者的竞争对手可以用合法的反向工程方式了解机密信息的内容,前者也不能利用其对机密信息的了解,抢先在后者之前使用该信息。^[36] 此外,员工离职不必然会导致跳板原则的适用,原告须证明被告因滥用其知悉的机密信息而获得相对于其竞争对手不正当的领先优势,方有适用跳板原则的可能。^[37]

一旦跳板原则启用,则同时暗示着机密信息的持有者无法永远限制信息接收者对机密信息的使用,因为当后者的竞争对手以合理的方式知悉信息内容,后者就机密信息的不公平竞争优势即已消失,此时跳板原则的主要目的即不存在,而原本的机密信息持有者也不得再依据跳板原则限制信息接收者对该信息的使用。^[38] 法院通常会以第三人以合理合法的方式在公开信息中了解曾为机密的信息所需的时间,作为适用跳板原则的时间限制。^[39] 法院有时会因为难以判断这段时间的范围,而倾向尽量以损害赔偿(而非禁令),作为原告主张跳板原则的救济方式。^[40]

3. 未经授权使用

保密义务违反的第三个要件可被分成两个部分:(1) 被告未经信息持有者授权却使用了该信息;以及(2) 该使用有损信息持有者的利益。对于该要件的前半部分,即未经授权的使用,目前尚无准确定义。通说认为,只要被告对原告机密信息的使用超出或偏离了原告向被告披露该信息的目的,该使用便应被视为未经原告授权。^[41] 若保密义务是基于合同而产生,则被告使用机密信息是否超过授权范围是一个合同条款适用与解释的问题;若保密义务是基于衡平法而存在,则法院应视保密义务产生的原因及机密信息的性质决定被告是否为未经授权使用机密信息。^[42]

对于该要件的后半部分,即对信息持有者的损害,梅格里法官在 *Coco* 案中做出了一定保留:“部分判例在阐释法律原则时略去了损害这一要件,另外也有部分案例将其列出。乍一看,如意欲适用衡平法原则进行干预,损害似乎应实际存在;但我也能想象有些案件中,原告虽未遭受任何损害,寻求衡平法救济的多种动机却依然存在……这一点在本案中并没有体现,因为本案中原告的损害显然存在。因此,在此我只需表明,虽然在本案中我主张(对违反信赖利益之诉的构成要件)采取严格主义,我亦不希望排除主张采取宽松主义的可能性。”^[43] 关于这个争议,普通法系中存有不同见解:有法院认为,只要被告违反了保密义务,法律责任即随之产生,而无须过问损害是否实际存在;^[44] 有意见认为,对于大部分经济侵权,提起诉讼均需证明损害实际存在;^[45] 还有学

[35] Lionel Bently & Brad Sherman, *Intellectual Property*, Oxford University Press, 2014, p.1151.

[36] *Ibid.*

[37] *ICAP (Hong Kong) Ltd v. BGC Securities (Hong Kong) LLC* [2005] 2 HKLRD 349; *Pacific Concepts (HK) Ltd v. Michel Brennon* [2009] HKEC 444.

[38] *Potters Ballotini v. Westom Baker* [1977] RPC 202; *Sun Valley Foods v. John Philip Vincent* [2002] FSR 82.

[39] Bently & Sherman, *supra* note [35], at 1151.

[40] *Ibid.*

[41] Tanya Aplin & Jennifer Davis, *Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2017, p.524.

[42] *Ibid.*, at 524 - 525.

[43] *Coco v. Clark*, *supra* note [8].

[44] *Federal Bank v. Hadkinson* [2002] 2 All E.R. 375 at [413] CA.

[45] *Cornish & Aplin*, *supra* note [22], at 346.

者指出,回答该问题需要区分不同的保护客体,对于基于个人信息或政府秘密提起的违反信赖关系之诉,损害应实际存在,而若该诉讼是基于商业秘密或机密信息而提起,则无须过于苛求。^[46]

(二) 雇佣关系涉及之机密信息

雇主与雇员或前雇员间关于机密信息之争议是各国商业秘密争讼的焦点,雇员通常对于雇主的机密信息知之甚详,容易成为商业秘密的主要泄漏来源,但如果为了保护商业秘密而禁止员工离职或跳槽,又可能不当限制员工选择工作的自由。因此,如何在机密信息与雇员权益的保护间取得平衡,向来是各国所面临的商业秘密保护难题。

在普通法系中,法院对于雇主和雇员就机密信息的争议,通常会区分雇佣关系存续中与雇佣关系结束后而有不同的标准。在雇佣关系存续中,如果双方所签订的雇佣合同有明确规范雇员的保密义务,则依合同;如合同无明确规范或规范不足时,则法院会认定雇员依据雇佣合同及诚实信用原则,对雇主负有默示的忠诚责任(implied duty of fidelity or loyalty),因此在雇佣期间,雇员不得泄露雇主的机密信息,也不得与雇主从事竞争业务。^[47]

雇佣关系结束后,雇员对前雇主的忠诚责任不复存在,为了避免雇员在雇佣关系结束后泄漏其机密信息,雇主通常会在雇佣期间和雇员签订限制性协议(restrictive covenant),此协议的内容可能包括竞业禁止(non-competition)、劝诱禁止(non-solicitation)、挖角禁止(non-poaching)、交易禁止(non-dealing)及披露禁止(non-disclosure)等。^[48]若未签订限制性协议,雇主在后雇佣关系中,仍可向法院主张前员工负有默示的保密责任(implied duty of confidentiality)。^[49]然而,无论是限制性协议或默示的保密责任,都须以保护狭义的商业秘密(trade secret)^[50]为前提。^[51]申言之,在普通法的司法实践中,雇佣关系结束后,离职员工的保密责任低于其在职时的保密责任,而相较于一般性机密信息而言,狭义商业秘密的范围也较为狭窄。法院亦会考虑个案事实做出衡平判决,举例而言,员工离职后使用其在前雇主处所获取的知识、技能与经验谋生,与纯粹将其于过去受雇期间获取的机密信息售予他人截然不同,后者违反保密义务的概率明显较高;^[52]又例如,若员工在受雇期间,为了离职后使用而复制或特别记下机密信息,则很有可能违反保密义务。^[53]

在 Faccenda Chicken 案中,英国上诉法院尼尔(Neill)法官指出,对于不属于狭义商业秘密的一般性机密信息而言,在雇佣关系结束后,雇员可自由使用;反之,雇主在雇佣关系结束后,仍可禁止前雇员使用或泄露狭义的商业秘密或机密性相当于狭义商业秘密的其他机密信息。^[54]本案法院也建立了若干区别一般性机密信息与狭义商业秘密的标准,其中包括:(1)雇佣关系的性质:通

[46] Cornish & Aplin, *supra* note [22], at 346.

[47] *Hivac Ltd v. Park Royal Scientific Instruments Ltd* [1946] 1 Ch 169, 174 - 175; *Thomas Marshall (Exporters) Ltd v. Guinle* [1979] Ch 227, 244 - 246.

[48] Pattie Walsh, Alison Smith & Minter Ellison, *Protecting Business, Customer and Client Relationships from Competitors and Departing Employees in Hong Kong*, 18(2) *Employment & Industrial Relations Law* 22, 23 (2008).

[49] Aplin & Davis, *supra* note [41], at 533 - 534.

[50] 本文将之称为“狭义的商业秘密”,用以与前述英国 2018 年商业秘密(执行等)规则中所称的商业秘密区隔,商业秘密(执行等)规则中的商业秘密范围与我国反不正当竞争法中的商业秘密范围一致,或可称为广义的商业秘密。

[51] Aplin & Davis, *supra* note [41], at 533 - 534.

[52] *Faccenda Chicken v. Fowler* [1987] Ch. 117, p.135 - 139.

[53] *Ibid.*

[54] *Ibid.*

常若雇员的工作内容须经常接触高度机密信息，则此等信息较可能为商业秘密；(2) 信息本身的性质；(3) 雇主是否让雇员留下该信息为机密的印象；以及(4) 信息的可分离性：若该信息能轻易地和雇员可随意揭露的其他信息分离，则较有可能属于商业秘密。^[55] 这些标准相互补充且并非绝对，法院有时也会考虑个案事实，以政策的角度做出平衡判决。

沿袭了上述普通法传统，香港法院对狭义的商业秘密亦采取个案认定的模式。在“安盛金融有限公司及另一人诉盈科保险有限公司及其他人”一案中，香港高等法院原讼法庭在聆讯原告的诉中禁令申请时，试图通过对既有判例的总结凝练出普通法下狭义商业秘密的构成要件：(1) 在商业中使用；(2) 具有机密性，即尚未进入公有领域；(3) 可轻易从雇员可自由使用的其他信息中分离出来，而以任何普通人的平均智力与诚实标准均应能认识到将该信息置于其新雇主的支配之下是不正当的；(4) 如若向竞争者披露，将对信息持有人造成巨大损失；以及(5) 信息持有人必须限制该信息的传播，或者至少不鼓励或不允许该信息的大范围传播，或者以其他方式向雇员表明该信息的机密性。^[56]

上述五要件中，商业性和机密性显然是某一信息被认定为商业秘密的前提条件，若该信息已通过专利披露或发表等形式为公众所知，则无法成为商业秘密。需注意的是，上述五要件中的第(2)至(4)项均应以信息持有者的主观认知为依据，即只要持有人主观上相信该信息尚未为人所知，且该认知根据其当下掌握的情况是充分合理的，便可主张商业秘密保护。^[57] 同时，某一信息是否能与员工从工作中所汲取的知识、技能、经验分离是认定商业秘密的重要因素。其原因在于，通用知识无法作为商业秘密取得保护，且任何人无权限制员工自由使用其专业技能或与之无法分离的技术信息与前雇主进行竞争。在“布尔克曼公司与另一人诉 Hon Siu Cheong Ellis”一案中，^[58]被告主张其所利用的原告的烤炉设计并非原告所独有，且市面上的其他产品亦具有相同的设计特点，因此其并未侵犯原告的商业秘密，而仅是运用了自己在烤炉设计方面的知识及经验。就此，法院认为，尽管涉案烤炉的部分设计特点过于简单，但鉴于其设计确与原告产品相同，且原告已在下一季上市推广的计划中列入该型号产品，因此该设计并非任何个人的一般知识或技巧，而被告对该设计的不当利用确会对原告的利益造成巨大损失。因此，机密信息的简单程度并不会成为商业秘密的阻断事由。^[59] 再者，关于何种措施可被视为信息持有人“限制”“不鼓励”或“不允许”该信息的大范围传播，亦需要法官在实践中予以认定。常见的合理措施包括限制接触该信息的人员、为数据库设置密码及权限等。

就诉讼的角度而言，相较于证明前雇员违反保密义务，雇主通常更容易证明其违反竞业禁止协议，因此，许多雇主会通过要求雇员签订竞业禁止或其他限制性协议防止其离职后使用或泄露雇主的机密信息。^[60] 然而，包括英国在内的普通法系法院均认为，若雇主主张执行这种限制性协议，须证明该协议对雇员所施加的限制属于合理程度，且是为维护雇主自身合法权益所必需的。^[61] 由于该种协议通常具有一定程度上限制竞争的效果，故此处的“合法权益”不包括雇主自

[55] *Faccenda Chicken v. Fowler* [1987] Ch. 117, p.135 - 139.

[56] *AXA China Region Insurance Co. Ltd. and Another v. Pacific Century Insurance Co. Ltd. and Others* [2003] 3 HKC 1 [38].

[57] *Marshall (Thomas) (Exports) v. Guinle* [1978] 3 All E.R. 193 at 209 - 210. *Cornish & Aplin*, *supra* note [22], at 329.

[58] *The Brinkmann Corporation and Another v. Hon Siu Cheong Ellis* (12/07/2006, HCA674/2006).

[59] Robert Dean, *The Law of Trade Secrets and Personal Secrets*, Lawbook Company, 2002, p.68.

[60] *Cornish & Aplin*, *supra* note [22], at 337.

[61] *Bridge v. Deacons* [1984] 1 AC 705.

身的竞争优势,雇主亦无权通过该种手段达成排除、限制竞争的目的,法院通常认可的合法权益仅包括雇主的商业秘密及客户关系。^[62] 就此而言,反不正当竞争的政策考量在法院认定限制性协议的合理性上,扮演了重要的角色。而法院亦须个案审查协议所施加的限制,从时间、地域、营业范围等角度来看,是否属于“合理”范畴。

就限制性协议作合理性测试的审判路径在香港相关案例中运用颇多。在“中国学位有限公司(别名香港持续进修学院)诉 Paules Lee Siu Yuk 及其他人”一案中,^[63]原告为一家香港教育机构,为本地学生提供部分海外大学副学士学位课程。被告曾于原告处任“教育顾问”一职,后调整为“学生服务协调专员”,二者在性质上分属于销售及行政人员。被告于原告处离职后,任职于同样位于香港的另一家提供相似课程的教育机构,后有多名本于原告处注册在读的学生跟随被告转至其新雇主处就读。原告遂向法院起诉,主张被告违反了其雇佣合同中的竞业禁止条款、侵犯了其商业秘密及机密信息。^[64]

法院认为,根据双方签订的最后一份雇佣合同,被告于原告公司担任的职位是“学生服务协调专员”,其性质属于行政而非学术职务。根据行业特性,学生选择在某学校就读通常是出于对该校师资力量的认可,而被告并非原告学校的教师或导师,其身份很难对学生的选择构成实质性影响。因此,该案中适用竞业禁止条款的正当性有相当疑义。^[65] 其次,即使双方可合法签订竞业禁止协议,本案中竞业禁止条款的内容亦无法通过合理性测试。具体而言,双方在雇佣合同中约定,被告“在离职后一年内不得于任何与教育、培训、发展或其他任何领域有关的公司、实体、协会或组织出任任何顾问类职务,无论授薪与否”。

法官认为,从竞业禁止的期限、地域及范围三方面来看,该条款均非为维护原告的合法利益所“必需”。第一,虽然法例未明确指出竞业禁止的合理的时间范围,一年的时限在司法实践中亦有先例可循,但在本案中,考虑被告的职务及行业特点,一年却显然已超出“合理”与“必需”的限度。法官特别指出,被告在原告处就职时并未接受长期的上岗培训,因此,可以推定原告并不需要长达一年的时间来寻找或培训接替被告的新员工。第二,合同条文中并未明确规定竞业禁止的地域范围。需要指出的是,虽然全球性的竞业禁止并非当然无效,但是主张实施该竞业禁止协议的一方却需举证证明其从事全球性经营并参与国际竞争,否则施加全球性限制即不具合理性。第三,合同条文中的“其他任何领域”过于宽泛,“顾问类职务”亦缺乏准确定义,此类兜底性措辞致使该条款难以执行。第四,该竞业禁止条款违反比例原则:竞业禁止条款的执行将剥夺被告维持生计的能力,此结果对被告的损害与对原告合法利益的维护是不成比例的。因此,该竞业禁止条款最终被判决无效,原告的要求被法院驳回。^[66]

由此可见,以规制员工后合同行为为目的的竞业禁止协议并非当然有效。首先,雇主必须有赖以主张利益的商业秘密或客户关系,若仅为一般性机密信息,则无法构成竞业禁止的合法基础;其次,法院会依据合理性原则个案认定竞业禁止条款的效力,若条款内容超出“合理”与“必需”的限度或违反比例原则,则法院会判决条款内容无效。

[62] *Herbert Morris Ltd v. Saxelby* [1916] 1 AC 688, 710; *Faccenda Chicken v. Fowler*, *supra* note [52]; *Steiner (UK) Ltd v. Spray* (1 December 1993, unreported).

[63] *Degreeasia Ltd t/a Hong Kong Institute of Continuing Education v. Paules Lee Siu Yuk and Others* (25/06/2010, HCA1686/2006).

[64] *Ibid.*

[65] *Ibid.*

[66] *Ibid.*

三、与我国商业秘密保护之比较

(一) 保护范围

我国虽属大陆法系,但是观察普通法对机密信息的保护以及我国商业秘密法制的近年发展,却可发现两者就商业秘密的保护要件及范围开始有汇流趋势。

1. 保护要件

依据反法第 9 条第 4 款规定,商业秘密的构成必须满足三个法定要件,即(1)不为公众所知悉;(2)具有商业价值;以及(3)权利人采取保密措施。此三要件和《与贸易有关的知识产权协议》(The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)第 38 条对秘密信息的保护要件相同。^[67]过去普通法对机密信息的保护虽然也要求该信息必须具备秘密性及商业价值,却未要求权利人采取保密措施,但是为了符合欧盟商业秘密指令的规范,英国于 2018 年制定并施行的《商业秘密(执行等)规则》开始将权利人采取保密措施列为营业秘密的保护要件之一。^[68]就此而言,英国商业秘密法制逐渐开始与国际接轨整合。

2. 客体范围

(1) 经营信息和技术信息

前述反法第 9 条第 4 款规定:“本法所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。”该款在 2019 年修正前为“本法所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息”。前后两者主要的差异是对“技术信息”和“经营信息”的定位方式。2019 年前法条文义是指商业秘密若非“技术信息”,则为“经营信息”,换言之,若某项信息无法归类为“技术信息”或“经营信息”,则无法成为商业秘密。这种列举式立法使得“技术信息”和“经营信息”的定义成为一个法律问题,也因此国家工商行政管理局曾在 1998 年修订的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》中指出:“本规定所称技术信息和经营信息,包括设计、程序、产品配方、制作工艺、制作方法、管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略、招投标中的标底及标书内容等信息。”^[69]此外,北京市高级人民法院发布的《关于审理反不正当竞争案件几个问题的解答(试行)》亦指出,“技术信息,包括完整的技术方案、开发过程中的阶段性技术成果以及取得的有价值的技术数据,也包括针对技术问题的技术诀窍。经营信息,指经营策略、管理诀窍、客户名单、货源情报、投标标底等信息”。^[70]实务中不乏法院以争议信息并非“技术信息”或“经营信息”为理由,拒绝支持原告关于商业秘密侵害之请求。^[71]最高人民法院于 2020 年

[67] 《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)第 39 条第 2 款。TRIPS 未采用“商业秘密”一词,而是将第 39 条视为“对未披露信息的保护”。

[68] 英国《2018 年商业秘密(执行等)规则》第 2 条。

[69] 《国家工商行政管理局关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第 2 条第 5 款。

[70] 《北京市高级人民法院关于审理反不正当竞争案件几个问题的解答(试行)》第 10 条。

[71] 如深圳市一号平台商业生态圈投资管理有限公司诉深圳股合时代文化发展有限公司、巫晓文侵害商业秘密纠纷案,广东省深圳市南山区人民法院(2016)粤 0305 民初 12901 号民事判决书:“原告主张的信息一和信息三为项目的具体内容,这既非技术信息亦非经营信息。因此,原告关于二被告侵犯其商业秘密的主张,证据不足,本院不予支持。”其他类似见解,参见环威投资有限公司诉天津市滨海新区规划和国土资源管理局,天津市滨海新区人民法院(2014)滨行初字第 0147 号行政判决书;天津南华房地产开发有限公司诉天津市滨海新区规划和国土资源管理局,天津市滨海新区人民法院(2014)滨行初字第 0148 号行政判决书。

9月10日发布《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》，该规定与前述规定内容基本一致，将技术信息定义为“与技术有关的结构、原料、组分、配方、材料、样品、样式、植物新品种繁殖材料、工艺、方法或其步骤、算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息”，同时将经营信息定义为“与经营活动有关的创意、管理、销售、财务、计划、样本、招投标材料、客户信息、数据等信息”。^{〔72〕}然而，在2019年反法修正后，“技术信息”和“经营信息”仅为商业秘密的例示规定，换言之，就算原告无法证明某资讯为“技术信息”或“经营信息”，若该信息符合前述三要件，则亦可能成为受反法保护的商业秘密。

普通法法院有时亦会指出，受保护的机密信息均为商业信息（commercial information）或技术信息（technical information），^{〔73〕}但却从未以某项信息既非商业信息亦非技术信息为理由，否定其为可受保护的机密信息。法院所承认受保护的机密信息可谓包罗万象，包括制作电视影集的构想、^{〔74〕}电影剧组的服装设计、^{〔75〕}可组装的建筑设计、^{〔76〕}一级方程式赛车的设计方式^{〔77〕}等，就此而言，我国2019年修正的反法第9条第4款将“技术信息”和“经营信息”作为商业秘密的例示而非列举内容，使得我国商业秘密的保护范围逐渐趋近于普通法系。

（2）客户名单

在雇主与雇员或前雇员的商业秘密或竞业禁止争讼中，客户名单常是雇主主张的商业秘密。^{〔78〕}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》第13条规定：“商业秘密中的客户名单，一般是指客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公知信息的特殊客户信息，包括汇集众多客户的客户名册，以及保持长期稳定交易关系的特定客户。”^{〔79〕}此外，依据最高人民法院2020年《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》，“客户信息，包括客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容等信息”。^{〔80〕}在司法实践中，可被认定为商业秘密的客户名单应包括公司与该公司来往的深度交易信息，如果只是一般公知客户名称的简单罗列，则并不在保护范围之内。^{〔81〕}

在福建省新天国际会展有限公司与领肯（厦门）会展服务有限公司等侵害商业秘密纠纷案中，^{〔82〕}原告与第一被告均从事面向境内企业的海外展会中介服务，第二及第三被告均为原告前雇员，分别任石材组及美容组高级经理，且分别与原告签订了竞业禁止协议。鉴于客户信息对于会展中介行业的重要性，原告自行购买了“奥汀CRM客户管理软件数据库”，内记载客户的名称、联系电话、产品分类、

〔72〕 《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》第1条第1款、第2款。

〔73〕 Philips v. Mulcaire [2012] EWCA Civ 48, [2012] FSR 29, [31].

〔74〕 Fraser v. Thomas TV [1984] 1 QB 44.

〔75〕 Shelley Films v. Rex [1994] EMLR 134.

〔76〕 Terrapin Ltd v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd [1967] RPC 375.

〔77〕 Force India Formula One Term Ltd v. 1 Malaysia Facing Team Sdn Bhd [2012] EWHC 616 (Ch), [2012] RPC 29, [2013] EXCA Civ 780, [2013] RPC 36.

〔78〕 参见李治安：《合理保密措施与客户信息之营业秘密保护/最高院102台上235民事判决》，载《台湾法学杂志》2013年总第238期。

〔79〕 《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》第13条。

〔80〕 《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》第1条第3款。

〔81〕 化学工业部南通合成材料厂、南通中蓝工程塑胶有限公司等诉南通市旺茂实业有限公司（原南通市东方实业有限公司）、陈建新等侵害技术秘密纠纷案，江苏省高级人民法院（2008）苏民三初字第0004号民事判决书。

〔82〕 福建省新天国际会展有限公司诉领肯（厦门）会展服务有限公司、黄明盛、贺斌侵害经营秘密纠纷上诉案，福建省高级人民法院（2019）闽民终715号民事判决书。

意向参加的展会、跟团历史、客户等级以及参展决策人姓名、联系方式等信息。该数据库根据员工的不同层级而对其权限做出了限制。此外,员工如欲导出信息,需在系统里提出申请,等待管理员核实批准。根据记录,第二被告在离职前,曾两次导出了系统内部分石材类客户的数据。第二、第三被告离职后,分别以第一被告的名义招揽业务,致使部分原告客户转至第一被告处参加展会。在一审中,厦门市中级人民法院认可了原告所主张的客户信息构成反不正当竞争法所保护的商业秘密。^[83]然而,该判决被福建省高级人民法院在二审中推翻。二审法院认为,本案中原告所主张权利的客体包括客户地址、电话、网址、所属行业、客户产品、跟随展团名称、联系人电话、邮箱等,尽管对于这些信息不熟悉情况、不属于会展行业的人难以快捷地获得,但仍可以通过公开渠道,例如参加展会、收集展会会刊、查看相关政府网站等方式取得,因此,这些信息不能被认定属于“不为公众所知悉”的信息,原告不能仅因整理、汇总相关企业信息就获得法律对这些信息的商业秘密保护;另外,其主张的客户名、跟我展团名、跟过他展团名等经营信息,不属于法律保护的经营秘密范围。

将该案与香港地区的“奇力国际有限公司诉 Chan Hong Kit 及其他人”一案^[84]对比,可以很好地揭示我国与普通法系下对商业秘密保护客体的不同认识。在该香港案例中,三被告作为原告的员工,在雇佣关系存续期间利用了原告收录在数据库当中且限制了权限的客户信息,包括客户名称、地区、联系人、客户曾经订购的机型、报价、给予不同客户的不同折扣、计算方法以及原告的成本等,并通过另行成立公司,向部分客户提供更优的报价,招揽了部分原告的客户。法院认为原告自行编纂、汇总的客户信息数据库非但是受衡平法保护的一般的机密信息,也构成了狭义的商业秘密。法官依据 Faccenda Chicken 案及其他普通法判例中确立的规则,考虑了以下因素:①原告对该客户信息数据库进行了商业性使用;②原告内部亦对该数据库设置了权限,仅有部分员工可获得授权;③该数据库中所含的信息具有商业价值,如若被披露给竞争者,可能导致客源被争夺;④被告自己在庭审中亦承认不会把自己公司的同类型信息披露给其竞争者,因为这样做会对公司经营产生负面影响;⑤数据库中所含的部分客户没有官方网站,因此其信息很难搜寻;⑥即使对于可自官方网站搜集到的客户信息来说,原告的员工为汇编这些信息也需花费大量精力,“跳板原则”在此处应予适用。^[85]

奇力案与新天案中法院会得出截然相反的结论,部分原因是原告所主张权利的信息客体有所不同:奇力案中被不当使用的客户信息包括原告向不同客户提供的不同优惠价格以及相对应的成本,这种敏感的价格信息通常无法从公开途径取得。福建省高级人民法院在新天案中亦指出,假如原告通过与客户的沟通、交易,对其参展习惯、参展所需面积、可以接受的展位价格、实际决策人信息甚至生活习惯等深度信息有一定的了解,并记载在某些载体(比如其奥汀数据库)上,并采取与之相适应的保密措施,那么这些信息应当属于《中华人民共和国反不正当竞争法》所保护商业秘密中的“客户名单”。^[86]然而,内地和香港的这两个判决反映了不同法系对于商业秘密的不同处理方式:第一,香港法院在奇力案中适用“跳板原则”支持保护信息汇编以及为之所投入的精力,相反地,福建高院明确排除了该可能性;第二,福建新天案中,第二被告曾在任职期间故意导出原告系统中的部分客户数据,以用于离职后从事与原告竞争的业务——该情形,根据普通法规则,不仅

[83] 福建省新天国际会展有限公司诉领肯(厦门)会展服务有限公司、黄明盛、贺斌侵害经营秘密纠纷案,厦门市中级人民法院(2018)闽02民初414号民事判决书。

[84] *Dunamis International Co Ltd v. Chan Hong Kit and Others* (DCCJ1178/2009, unreported, 20 October 2010).

[85] *Ibid.*

[86] 福建省新天国际会展有限公司诉领肯(厦门)会展服务有限公司、黄明盛、贺斌侵害经营秘密纠纷上诉案,福建省高级人民法院(2019)闽民终715号民事判决书。

是对诚实信用原则的违背,亦是对员工默示的忠诚责任的违反。^[87] 上述差异说明普通法对机密信息的保护范围比我国对商业秘密的保护范围更广,也呈现了内地立法对商业秘密保护的局限性,特别是具有商业价值的信息若不具备反法第9条第4款的第一及第三个要件,则无法获得保护,但是这类信息的滥用却可能造成不公平竞争的结果。

(二) 保密义务

现行反法第9条第1款列出了商业秘密侵权的四种表现形式,其中2019年修正的第3项规定:经营者不得“违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密”,否则将被视为侵犯商业秘密。^[88] 该条款修改了反法2017年修正案中“违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密”的表述。^[89] 将“违反约定”修改为“违反保密义务”,显然扩大了该条款的保护范围,因为我国现行民事法律框架下的保密义务不仅包括约定的保密义务,亦包括部分特殊主体负有的法定的保密义务。^[90]

法律基于特定关系赋予部分具有特殊身份的民事主体以保密义务。例如,《中华人民共和国公司法》第148条规定:“董事、高级管理人员不得有下列行为:……(七)擅自披露公司秘密”;^[91] 《中华人民共和国律师法》第38条第1款规定:“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密,不得泄露当事人的隐私”;^[92] 《中华人民共和国商业银行法》第29条第1款规定:“商业银行办理个人储蓄存款业务,应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则。”^[93] 同时,《劳动合同法》第23条规定:“用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。”^[94] 该条款为用人单位与劳动者之间约定的保密义务提供了法律基础。除此之外,《中华人民共和国民法典》亦对商业谈判过程中的保密责任做出了规定:“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息,无论合同是否成立,不得泄露或者不正当地使用;泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息,造成对方损失的,应当承担赔偿责任。”^[95] 由此可见,违反保密义务可能导致侵权责任、违约责任或缔约过失责任。当侵权行为人与商业秘密主体之间存在保密协议,而后者违反约定不当使用或披露该商业秘密时,侵权责任与违约责任出现竞合,受害人有权选择其一提出请求。^[96]

前述反法第9条第1款第3项的“违反保密义务”包括以合同为基础的“约定保密义务”及以法律规定为基础的“法定保密义务”。与之相比,在普通法系中,保密义务的存在更为普遍且基础更为多元:除以合同为基础的“约定保密义务”外,法院可在个案中以理性人的标准,判断若信息接收

[87] *Robb v. Green* [1895] 2 Q.B. 315; *Wessex Dairies Ltd. v. Smith* [1935] 2 K.B. 80; *Faccenda Chicken v. Fowler*, *supra* note [52].

[88] 《反不正当竞争法》(2019年修订)第9条第1款第3项。

[89] 《反不正当竞争法》(2017年修订)第9条第1款第3项。

[90] 《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》第10条第1款(“当事人根据法律规定或者合同约定所承担的保密义务,人民法院应当认定属于反不正当竞争法第九条第一款所称的保密义务”)。

[91] 《公司法》第148条第1款第7项。

[92] 《律师法》第38条第1款。

[93] 《商业银行法》第29条第1款。

[94] 《劳动合同法》第23条。

[95] 《民法典》第501条(自2021年1月起生效)。

[96] 参见《民法典》第186条。(“因当事人一方的违约行为,损害对方人身权益、财产权益的,受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”)。

者能合理地认识到该信息是以保密形式传递，则应担负保密义务。这种衡平法上的保密义务以诚实信用原则为基础。

无论在大陆法系还是英美法系国家，诚实信用均应作为在一切民事法律行为中维持法律公平正义精神的出发点。^{〔97〕}民事法律关系纷繁复杂，立法难以贯穿全部民事法律活动的方方面面，因而须以法律原则予以补充。普通法系法院以衡平法补充成文法的不足，而大陆法系法院则以诚实信用原则为之，有学者将包括诚实信用原则在内的一切民法基本原则均视为大陆法系的衡平性规定，^{〔98〕}就此而言，普通法中的衡平法与大陆法系中的诚实信用原则实有异曲同工之妙，^{〔99〕}而衡平法以诚信原则为基础保护机密信息的发展经验，^{〔100〕}也对我国商业秘密的保护提供了相当的启示，未来我国如欲强化商业秘密的司法保护，其中一个可能的方向是透过诚实信用原则的解释与适用，深化反法第9条第1款第3项的“保密义务”范围。就此，最高院最新出台的《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》透露出了我国商业秘密保护将向该方向发展的信号：该规定第10条第2款表明，“当事人未在合同中约定保密义务，但根据诚信原则以及合同的性质、目的、缔约过程、交易习惯等，被诉侵权人知道或者应当知道其获取的信息属于权利人的商业秘密的，人民法院应当认定被诉侵权人对其获取的商业秘密承担保密义务”。该条款的重要意义在于为诚实信用原则作为保密义务的产生基础提供了法律依据。然而，对比该规定与普通法上的理性人测试可以发现，该条款下对诚实信用原则的运用仍以合同关系存在为前提，因此，该条款实际上是在合同当事人之间并未明确约定的情况下将诚实信用视为一种默示的合同义务。诚实信用原则是否可以作为独立于合同义务与法定义务存在的产生保密义务的第三种途径而在不具任何法律关系或合同关系的当事人之间适用？该规定实则仍未触及。

在大陆法系，诚实信用原则作为指导一切民事活动的“帝王条款”，理论上亦可能作为保密义务产生的依据。首先，诚实信用原则的作用贯穿民事活动的始终，即，其对民事活动主体的约束力不仅及于合同关系存续期间，亦赋予当事人一定的先合同或后合同义务，甚至及于不具有合同关系的民事主体之间。我国《民法典》第501条规定了合同订立过程中的保密义务便是对该原则的体现，对其违反将招致缔约过失责任。根据学理解释，缔约过失责任的成立本身即是基于合同订立的过程中一方违反诚实信用原则而对另一方造成的信赖利益的损失。^{〔101〕}因此，从理论上讲，诚实信用原则是产生独立于合同义务存在的保密义务的源头，而根据反法第9条第1款第3项的规定，对该保密义务的违反又可能同时构成商业秘密侵权。但是，由于缔约过程中的保密义务已被法典化，该保密义务实际亦应被归类为法定的保密义务。

事实上，在2019年反法第9条第1款第3项修正前，我国就不乏法院以诚实信用原则作为保密义务的基础。在“深圳福江科技有限公司诉葛俊、汤金菊侵害技术秘密纠纷案”中，第一被告葛俊曾任原告公司高级工程师，对原告负有其劳动合同中明确约定的保密义务，且在离职时签署了权利放弃声明书、领取了离职补偿金；第二被告汤金菊作为第一被告的岳母，对原告不负任何法定或约定的保密义务。第二被告以其个人名义向国家知识产权局递交了与原告技术秘密高度近似的专利申请。

〔97〕 参见钱玉林：《缔约过失责任与诚实信用原则的适用》，载《法律科学（西北政法学院学报）》1999年第4期，第65页。

〔98〕 参见徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社2001年版，第30页。

〔99〕 参见何孝元：《诚实信用原则与衡平法》，三民书局股份有限公司1977年版，第4页。

〔100〕 Stewart, *supra* note [1], at 656 - 657.

〔101〕 参见王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社1996年版，第598页。

法院认为,结合本案事实中二被告的特殊关系,第二被告未能说明其专利技术的合理来源,违反了诚实信用原则,并据此判定其与第一被告构成共同侵权。^{〔102〕}此判决呈现了在欠缺合同或成文法基础的情况下,以诚实信用原则深化商业秘密保护的一种可能性,具有相当的启示性。

在大陆法系中,诚实信用原则作为兜底性的原则性条款,可以补充成文法及当事人约定的不足,让法院以立法者的视野高度,^{〔103〕}发挥司法创造性的功能。^{〔104〕}我国或可参考普通法中以衡平法保护机密信息的司法实践经验,让诚实信用原则在未来推进我国司法保护商业秘密的过程中,扮演更重要的角色。就此而言,最高院的《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》虽未赋予诚实信用原则独立于法律规定及合同约定而产生保密义务的能力,却为诚实信用原则未来在我国商业秘密司法实践中创造了更多的可能性。

(三) 竞业禁止协议的效力

与雇员签订竞业禁止协议是许多雇主应对人员流动、保护商业秘密的一种手段。然而,由于竞业禁止协议可能被滥用而不当限制竞争,因此竞业禁止协议的合法性常常受到质疑。我国《劳动合同法》第23条规定:“对负有保密义务的劳动者,用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款,并约定在解除或者终止劳动合同后,在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。”^{〔105〕}第24条规定:“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定,竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后,前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位,或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限,不得超过二年。”^{〔106〕}

比较我国规范与前述普通法系的司法实践可看出两者的实质差异。首先,两者采取不同的举证责任分配:普通法系下意图执行竞业禁止协议的一方(通常为雇主方)必须证明该协议所施加的限制是合理的;而在我国劳动合同法的实践中,如一方主张竞业禁止协议无效,则需证明该协议违反了法律的强制性规定,或具有其他法定无效事由。^{〔107〕}

〔102〕 深圳福江科技有限公司诉葛俊、汤金菊侵害技术秘密纠纷案,湖北省襄阳市中级人民法院(2017)鄂06民初5号民事判决书。

〔103〕 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社1978年版,第318页。

〔104〕 见前注〔98〕,徐国栋书,第15页。

〔105〕 《劳动合同法》第23条。

〔106〕 《劳动合同法》第24条。

〔107〕 参见殷小龙诉陕西东望科技有限公司劳动争议上诉案,陕西省西安市中级人民法院(2020)陕01民终2708号民事判决书(“本案中,殷小龙与东望公司签订了《竞业禁止协议》,该协议系双方当事人真实意思表示,且内容不违反国家法律、行政法规的强制性的规定,应为有效协议”);乔文彬诉美博科技(苏州)有限公司劳动争议上诉案,江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终7848号民事判决书(“当事人针对自己的诉讼主张所依据的事实应当提供相关证据加以证明,否则应由负有举证责任的一方承担不利后果。用人单位与劳动者可以约定竞业禁止条款,约定竞业限制的范围、地域、期限,但竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定”);张文平诉苏州迅镭激光科技有限公司竞业限制纠纷上诉案,江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终3094、3095号民事判决书(“关于《竞业禁止协议》的效力,《江苏省劳动合同条例》第28条规定,用人单位对处于竞业限制期限内的离职劳动者按月支付的经济补偿不得低于该劳动者离开用人单位前十二个月的月平均工资的三分之一。双方在《竞业禁止协议》约定的竞业限制经济补偿确实低于法定标准,但《竞业禁止协议》并不因此而无效,张文平可以在自身履行竞业限制义务的前提下要求用人单位对不足部分进行补偿,但不能因此认为《竞业禁止协议》无效而拒绝履行竞业限制义务”。

其次,两者对竞业禁止期限的限制不同,在普通法系中,竞业禁止的期限是合理性分析的第一个对象,法院应考虑个案事实,个别认定适合的期限,以“维护雇主合法利益所必需”为准绳。比如,一年的竞业禁止期虽在“中国学位有限公司案”中被认定为无效,却在“丽花 AMA 发廊有限公司诉 Kung Wai For, Danny 及其他人”一案中得以被维持,因为后者涉及的美发行业的特点以及被告作为美发师对顾客的影响力决定了一年的限制是为维护原告的合法利益所必需的。^[108]与之相对,我国劳动合同法倾向于将“合理”的标准以明文规定形式确立,比如,《劳动合同法》第 24 条表明,在我国,超过两年的竞业禁止期限通常会被视为不合理。可以想象,实践中,由于法律已明确竞业禁止期的上限为两年,雇主定会将相关人员的竞业禁止期“一刀切”式地设置为两年,雇主没有动机根据不同人员的岗位、职责、接触商业秘密的可能以及所处行业的特点,将竞业禁止期控制在为维护其利益所必需的范围之内。

再者,普通法系法院作合理性分析时,除了考虑竞业禁止的期限外,也会在个案认定竞业禁止协议所限制的地域和营业范围是否合理;反之,我国《劳动合同法》对竞业禁止的地域及营业范围则未规范,任双方自由协商。^[109]然而,现实中,由于雇员面对雇主通常处于相对弱势地位,在雇佣合同、保密协议或竞业禁止协议的签订与谈判中通常不具备任何筹码,因而会对雇主提出的要求全盘接受。在这种情况下,形式的合同自由原则可能会造成雇主对该条款的滥用,对雇员生存权利的过分限制,在立法及司法政策上恐有检讨空间。相较于我国的规范及司法实践而言,普通法系的法院对竞业禁止协议的态度更为谨慎。

如同英国纽伯格(Neuberger)法官所言,“在一个现代经济体中,法律必须在(1)有效地保护商业秘密(或其他知识产权)以及(2)避免不合理地抑制市场竞争中维持一个切实且公正的平衡”。^[110]我国《劳动合同法》虽然对负有竞业禁止义务的主体做出了限制,亦规定了强制经济补偿,却忽视了对竞业禁止内容本身的约束。具体而言,竞业禁止的期限、地域和营业范围应控制在合理、必要的程度,而非笼统地设立“天花板”,为权利滥用提供可能。

四、对我国商业秘密保护之启示

如前所述,进行商业秘密单独立法并非强化商业秘密保护的唯一途径。在不动摇我国以反法为中心的商业秘密保护模式的前提下进行修法,亦可达到完善商业秘密保护体系的效果,且与单独立法相比效率更高、成本更低。^[111]然而,通过以上对比不难发现,与同无商业秘密单行法的英联邦法域相比,我国现行商业秘密保护的欠缺之处主要在于:(1)受反法第 9 条保护的信息客体

^[108] *Rever (Ama) Salon Ltd. v. Kung Wai For, Danny and Others* (24/10/2001, HCA10399/2000).

^[109] 比如,全球性的竞业禁止在我国较为常见。参见唐雨东诉江苏中能硅业科技发展有限公司竞业限制纠纷上诉案,江苏省徐州市中级人民法院(2018)苏 03 民终 10 号民事判决书;程丽静诉邢台中英剑桥外语培训学校劳动争议上诉案,河北省邢台市中级人民法院(2018)冀 05 民终 557 号民事判决书等。在这些案例中,法院均未对被告施加的全球性竞业禁止协议的效力提出质疑,被告亦未被要求证明其存在全球性业务或参与国际竞争。再比如,深圳白骑士大数据有限公司诉李昕劳动争议案中,原被告双方签订的竞业禁止协议规定被告离职后两年内“不在任何三方风控服务厂商任职”,法院非但未质疑该竞业禁止范围的合理性,反而将协议中的“三方风控服务厂商”扩大解释为“与白骑士公司经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他单位”,参见广东省深圳前海合作区人民法院(2018)粤 0391 民初 3962 号一审民事判决书。

^[110] *Vestergaard Frandsen A/S v. Bestnet Europe Ltd*, *supra* note [19].

^[111] 参见马忠法、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,第 7—11 页。

范围过窄,仅有严格符合法定三要件的商业秘密方能获得保护,而秘密性略低的机密信息持有人受到侵害时无法获得任何救济,然而,该类信息通常具有巨大商业价值,容易被竞争对手窃取而造成不公平竞争;(2)产生保密义务的情形过于局限,仅限于法定列举的几种情形以及当事人之间的合同约定,在某些个案中,诚实信用的立法精神恐无法落实;以及(3)在竞业禁止协议的适用方面限制较为宽松,这与保护劳动者利益及维持市场竞争的价值取向存在矛盾。针对以上不足,普通法系对衡平法规则的适用可以为我国相关规定的进一步完善提供启示;然而,我国作为大陆法系国家,不具衡平法传统,因而无法对其规则全面直接适用,需在符合大陆法系精神的前提下,从立法与司法两个方面着手以完善相关规则。

(一) 立法层面

在普通法系法域,除却狭义的商业秘密外,秘密性略低而难以构成商业秘密的机密信息亦可获得保护。就雇佣领域而言,其受保护程度略次于对狭义的商业秘密的保护,即,雇员仅在雇佣关系存续期间对雇主的该类机密信息负保密义务,除非有证据证明该雇员在雇佣期间恶意复制或记忆该类信息,以用于雇佣结束后与前雇主进行竞争。与之相比,我国法律规定任何信息只有在满足了商业秘密三要件的情况下方能获得保护。新天案亦证明了在涉案信息难以被认定为狭义的商业秘密时,即使员工存在有悖诚实信用原则的恶意复制行为,亦难以对其追责。就此,侵犯此类机密信息所能带来的巨大利益与低廉的侵权成本之间形成的对比实质上易纵容此类不正当竞争甚至“商业间谍”行为。同时,实践中,法院依据最高法《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》将符合商业秘密要求的客户名单限定在区别于一般公开信息的“深度信息”,从而拒绝对数据库的汇编以及为其所投入的精力提供保护,这与普通法系的跳板原则亦形成了鲜明对比。

在不动摇反法第9条商业秘密三要件的前提下,以立法形式禁止雇员任职期间恶意复制雇主的机密信息,并在离职后利用该信息与雇主竞争的行为,是对诚实信用原则的具体细化,也是对跳板原则的部分引进。普通法对恶意复制行为的禁止主要是基于其对两种义务的违反:雇员默示的忠诚责任以及诚实信用原则。由于雇员的忠诚责任在我国《劳动法》及《劳动合同法》中均无明文规定,实践中对相关争议亦依据诚实信用原则处理。^[112]因此,在我国,对恶意复制行为进行规制的法律基础应为诚实信用原则。目前,诚实信用原则在我国反法第2条中已有所体现。^[113]但实践中不乏法院认为,反法第2条适用的前提之一是法律未对该不正当竞争行为做出具体规定。^[114]若被侵犯的机密信息仅因未满足狭义商业秘密三要件而无法取得反法第9条的保护,则反法第2条亦不应适用,这易造成商业秘密保护领域诚实信用原则的失位。本文以为,可在司法解释中,明定当雇主能够证明其已为机密信息的编纂及储存投入一定精力(如自费购买数据库等)并限制其大规模流通(如设置密码、限制权限等)、雇员因雇佣关系而取得该信息并恶意复制、雇员未经授权使用该信息与雇主竞争时,应比照反法第17条承担民事责任。^[115]以此路径,当涉案信息构成商业秘密的初步证据以及恶意同时存在时,实际上免除了严格的法定三要件测试。若涉案信息确实构成狭义的商业秘密,则该条款与反法第9条的法律效果并无差异;若涉案信息按严格的法定

^[112] 南京轻工业机械厂有限公司诉曹强劳动争议上诉案,江苏省南京市中级人民法院(2020)苏01民终3053号民事判决书。“在现行法律中,劳动者忠诚义务体现在《中华人民共和国劳动法》第三条关于‘职业道德’以及《中华人民共和国劳动合同法》第三条关于‘诚实信用原则’的规定中。”

^[113] 《反不正当竞争法》第2条第1款。

^[114] 江苏宏昌工程机械有限公司诉徐州硕博电子科技有限公司、权雷等侵害经营秘密纠纷案,江苏省高级人民法院(2014)苏知民终字第0194号民事判决书。

^[115] 《反不正当竞争法》第17条。

三要件判断难以构成狭义的商业秘密，则该条款的保护客体实质为信息编纂及为之投入的精力，以及雇佣和竞争领域的诚实信用。

（二）司法层面

普通法系的违反信赖利益之诉中，保密义务的产生完全依赖于衡平规则，即理性人测试的适用。在我国，产生保密义务的基础主要包括法律规定和合同约定。诚实信用原则虽然理论上亦可作为保密义务产生的依据，在实践中却鲜少应用。二者的主要区别在于，法定和约定的保密义务所能触及的法律关系均是有限的，而衡平法或诚实信用原则却能触及民事法律活动的方方面面。虽然出于法律制度的根本差异，我国无法照搬衡平法的理性人测试作为判断保密义务存在与否的唯一标准，其中蕴含的衡平精神却可为我国司法实践提供启发：在司法实践中，应赋予法官裁量权，判断诚实信用原则是否适宜作为产生保密义务的第三种途径。尤其是在不存在任何法定与约定的保密关系的当事人之间，保密义务并非当然不存在，而应结合个案事实与行业惯例，判断本案中的信息接收者是否应担负保密义务。

（三）立法与司法的能动结合

我国法与普通法在竞业禁止方面的主要分歧在于：（1）我国法规定竞业禁止期的上限为两年，而普通法下竞业禁止的期限是否合理需要法官在个案中结合具体事实认定；以及（2）我国法未对竞业禁止的地域和营业范围做任何限制，任双方自由协商。差异存在的根本原因是举证责任的不同分配。

由于竞业禁止协议带有较强的限制竞争色彩，对其适用必须控制在必要程度的最小范围内。就此，与普通法相比，我国《劳动合同法》的优势在于已将竞业禁止协议的适用主体限制在了“高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员”之中，同时亦规定了竞业禁止期内的强制经济补偿；^{〔116〕}然而，其缺点却在于，由于劳动者的相对弱势地位，竞业禁止条款的具体内容通常是由雇主方主导制定的，而在我国现行模式下，雇主没有动机在制定竞业禁止条款时主动考虑其合理性，造成的后果往往是劳动者工作权受到不合理限制。如欲改变这一局面，必须结合立法与司法手段，促使用人单位在施加该类限制性条款时即主动将限制控制在最低程度。具体而言，可以考虑将普通法模式本土化，在《劳动合同法》中删除有关竞业禁止期上限的规定，并以“竞业禁止的期限、地域和范围均应是为维护用人单位合法利益所必需”的规定取代之，同时赋予法院在个案中认定具体条款是否合理、必需的裁量权。

我国法与普通法对竞业禁止协议有效性的要求在某些层面实质上是一致的：二者均要求竞业禁止协议内容合理、可执行，区别在于，普通法将运行合理性测试的角色赋予了司法，而我国则以立法形式确立了合理标准，即不超过两年、不违反法律法规的强制性规定的竞业禁止协议均为有效。这样做的好处是判断标准相对统一、案件审理的过程更为简单透明。然而，在条件成熟时，将审判者角色交还给法院，进行个案裁定，以充分发挥司法能动性，才更有利于保护劳动者利益的立法精神和立法目的的实现。

五、结 语

我国及其他大陆法系国家的商业秘密制度是由普通法系继受而来，^{〔117〕}因此，后者的实践经验对

〔116〕 《劳动合同法》第23条、第24条。

〔117〕 参见江帆：《商业秘密理论与立法探讨》，载《现代法学》2004年第3期，第150页。

我国商业秘密制度之发展具有相当的借鉴价值。在普通法系中,商业秘密的保护通常是通过违反信赖关系之诉达成的。违反信赖关系的创制最早是为了将“人应保守秘密”这一道德标准转化为一种具有法律约束力的保密义务。^[118]相应地,衡平法原则在信赖关系的认定中至今仍占据重要地位。与我国反法主导的商业秘密保护体系相比,违反信赖关系之诉的保护客体更广、产生保密义务的基础更多元、对竞业禁止协议的态度更谨慎。此外,在认定保密义务是否存在以及竞业禁止协议是否有效时,法院考虑个案事实,并观照政策目标与价值衡量,在个案中的裁决更具灵活性。

总体而言,基于大陆法系与英美法系的根本性差异,为适应日益增长的商业秘密保护需求,我国需注重立法与司法两个层面的调整:第一,对于难以满足商业秘密要件但具商业价值的经营信息,如客户名单等,应考虑以立法方式禁止员工任职期间的恶意复制行为;第二,在司法实践中灵活适用诚实信用原则判定保密义务成立,尤其是当法定与约定的保密义务付之阙如时。当然,对该原则性条款的适用应基于事实基础,避免超出合理范围。此外,对商业秘密的保护不应以牺牲市场竞争为代价。因此,应赋予法院一定权限,灵活判断竞业禁止协议的期限、地域及营业范围等限制是否合理,如此方能导引用人单位在制订竞业禁止协议时即主动考虑其合理性,而非一味地以法律允许的最大程度限制劳动者离职后的工作自由。

Abstract Trade secrets under the Anti-unfair Competition Law in China refer to “technical information, business operation information, and other commercial information that are not known to the public, have commercial value, and for which the trade secret owner has adopted corresponding measures to maintain its confidentiality”. By contrast, confidential information in many common law jurisdictions is protected through the equitable action for breach of confidence. Compared with trade secret protection in China, breach of confidence protects a wider range of confidential information and it relies more on the function of the judiciary via the doctrine of good faith. To balance the policy goals of trade secret protection and fair competition, the common law approach imposes more restrictions on no-compete agreements. This article uses the case law in the United Kingdom and Hong Kong Special Administrative Region as examples to illustrate the possibility of enhancing trade secret protection in mainland China.

Keywords Trade Secret, Confidential Information, Breach of Confidence, Confidence, Non-Compete

(责任编辑:徐彦冰)

^[118] LexisNexis: *Intellectual Property in Hong Kong, Division VIII: Confidential Information and Privacy Protection*.