

商业秘密保护中默示保密义务研究

黎华献*

内容提要 在当前商业秘密的传播环境中,默示保密义务的重要性日益凸显,其规范功能在于平衡商业秘密保护中的所有者利益和社会利益。实务中,默示保密义务适用存在泛化的趋势,原因包括认定方法不科学、商业道德内涵不确定和保密性要件依附于秘密性要件等。这使得适用者以封闭式思维看待商业秘密保护,客观上导致了对所有者利益的过度保护,并引致变相承认“不可避免披露”原则、提高商业道德的适用标准、“架空”商业秘密的保护规则、破坏商业秘密的财产性基础等后果。基于商业秘密保护中的利益平衡,默示保密义务适用范围的认定应以公平原则为指引;默示保密义务存在的认定,以公平告知为前提;默示保密义务的内容划定,以可预见性使用为标准。如此,可防止默示保密义务适用范围的不合理扩张。

关键词 商业秘密 默示保密义务 保密关系 注意义务 可预见性使用

目次

- 一、问题的提出
- 二、默示保密义务规范功能厘清
- 三、默示保密义务适用泛化分析
- 四、默示保密义务的适用
- 五、结语

* 北京理工大学法学院助理教授,法学博士。本文系2023年度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”(项目批准号:23FXC018)的阶段性成果。

一、问题的提出

《反不正当竞争法》第9条第3项规定的“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商业秘密信息”,是侵犯商业秘密的主要类型。若要认定此类行为构成对商业秘密的侵害,需先确认行为人负有相应保密义务(明示或默示),此为商业秘密侵权认定“义务原则”的体现。随着商业秘密传播途径日益多元、范围更为广泛,明示保密义务对商业秘密的规制减弱,默示保密义务的作用愈发凸显。^①默示保密义务,是指基于法律、关系、习惯、事实等原因,即使与商业秘密所有人之间没有保密合同,相对人也应保守其接触、知悉的商业秘密的义务。^②2019年修订的《反不正当竞争法》以“违反保密义务”代替“违反约定”,表明立法者有意突出默示保密义务的价值。《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》(法释〔2020〕7号,以下简称《商业秘密司法解释》)第10条第2款也对默示保密义务作了专门规定,即“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。”

实务中,法院常把焦点置于保密义务违反环节,默认了保密义务存在的前提,这在客观上扩大了默示保密义务的适用。^③而在确定默示保密义务存在时,法院往往视“不使用、不披露”为默示保密义务的绝对事项,对义务内容的适用不予区分。^④理论界的观点也大致如此:有学者认为,商业秘密是一种无形财产,默示保密义务是一项普遍义务;^⑤有学者认为,基于正常业务所需和相互信任的关系,默示保密义务是商业秘密接收者负有的强制性义务^⑥。但是,这些做法和观点引发了对商业秘密过度保护的担忧。鉴于此,本文在厘清默示保密义务的规范功能并分析默示保密义务适用泛化的原因和影响的基础上,探寻默示保密义务合理适用的线索,尝试提出确定默示保密义务适用范围的可行方案。

二、默示保密义务规范功能厘清

在明确默示保密义务的适用范围时,厘清其在商业秘密保护中的功能是必要的,否

① See Mark A. Lemley, *The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*, Stanford Law Review, Vol.61:311, p.318 (2008).

② 参见张玉瑞:《商业秘密法学》,中国法制出版社1999年版,第523页。

③ 例如,最高人民法院认为,他人违反明示保密义务或者违反根据社会观念、商业习惯所应承担的默示保密义务,擅自公开发明创造内容的,构成违背申请人意愿,属于专利法关于新颖性宽限期中的“他人未经申请人同意而泄露其内容”的规定。参见最高人民法院(2020)最高法知行终588号行政判决书。

④ 例如,最高人民法院认为,如果行为人使技术秘密脱离权利人的原始控制,行为人的行为侵犯了他人的商业秘密便成立。参见最高人民法院(2021)知民终1687号民事判决书。

⑤ 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269页。

⑥ 参见王千华:《关于技术秘密立法若干问题的思考》,载《河北法学》2001年第3期,第18页。

则容易导致适用的随心所欲。而默示保密义务规范功能的明确,依赖于对其在行为人承担的义务体系以及实现商业秘密保密目的类似措施中的定位。

(一) 商业秘密保护中的利益平衡

商业秘密保护是信息获取控制最有力的杠杆之一,不但能改变商业秘密所有者的控制范围,且会产生超越所有者和商业秘密规范本身的影响。^⑦而商业秘密保护的目的是,激励个体创新和高效的信息共享,二者不可偏废。^⑧

1. 维护商业秘密所有者的利益

商业秘密所有者的利益是商业秘密保护的起点,商业秘密通过给予所有者有限的排他控制承诺,为其提供生产创造性信息的激励,使其更有动力去研发。这直接导致了多数创造者对商业秘密的偏好。例如,19世纪末,美国亚特兰大市的化学家发明了可口可乐的配方,但可口可乐公司创始人拒绝申请专利,而选择将配方作为商业秘密来保护。

市场上自然模仿滞后,是商业秘密保护能够维护所有者利益的关键。一般而言,公司决定是否承担尝试创新费用的关键经济问题是技术上成功的创新能否产生足够的市场利润,换言之,利润的前景必须大到值得承担科学或技术上的风险才能促使公司去尝试。但问题是,有的公司可能会等到这些风险已经被他人承担,然后通过快速模仿,获得与创新者相同甚至更多的利润。这会破坏创新的动力。而商业秘密能够确保这种自然模仿的滞后,给所有者一个先机,使其有能力率先抢占市场,这样即使模仿者拥有与专利说明书等相当的信息,若没有与之相关的技术秘密,他们也无法迅速将拥有的信息转化为实践。此外,商业秘密所有者还会在他人模仿之前积极开发商业秘密的价值,因为商业秘密的排他性可被随时结束,所有者由此感受到时间压力,进而追求在短时间内实现商业秘密价值的最大化。正因如此,尽管商业秘密的许可或转让都存在泄密风险,但这并未使商业秘密成为一项缺乏流动性的资产。

2. 促进信息披露

商业秘密保护能够通过秘密信息的披露,实现对社会整体创新所需的信息供给。有观点认为,商业秘密与专利难以调和的矛盾是信息披露,专利法的最初动机之一便是消除任何可能的商业秘密。^⑨商业秘密与专利的理论冲突是显而易见的:如果发明被公开并获得专利,将会比每个人都秘密工作时产生更多的创新。就此而言,似乎是专利政策鼓励公开披露发明,而商业秘密为发明创造进入专利领域设置了障碍、阻碍了公众从公开披露发明中获得利益。但事实上,专利在信息公开披露方面的效益并不如期待中的那般理想,而商业秘密保护的益处也并未被正视。^⑩诚然,作为一个整体,商业秘密不能与公众分享,但正如马克·莱姆利指出的,商业秘密保护确实鼓励向员工、潜在商业伙伴和

^⑦ See David S. Levine & Joshua D. Sarnoff, *Compelling Trade Secret Sharing*, *Hastings Law Journal*, Vol.74:987, p.1001 (2023).

^⑧ See Camilla A. Hrdy & Mark A. Lemley, *Abandoning Trade Secrets*, *Stanford Law Review*, Vol.73:1, p.15 (2021).

^⑨ See Jonas Anderson, *Secret Inventions*, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol.26:917, p.940 (2011).

^⑩ 主要体现在:(1)在信息公开方面,专利通常不能达到充分公开的程度;(2)信息披露要求往往不足以促进能够推动后续创新的信息披露;(3)关于商业保密使用增加将导致公众信息披露的丧失的担忧可能被夸大了。*Id.*, 945-946.

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获得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”^⑪。此外,商业秘密法律保护可以替代公司在实物保密方面的投资,否则这些投资可能效率低下,而且成本高昂。因此,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成本从商业秘密中获得更有用的披露,而不是从专利法中”^⑫。事实上,商业秘密法和专利法在历史上共存多年,^⑬这说明商业秘密与专利并不存在根本性冲突。换言之,这两种方案之间并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所要调整的领域。

区分商业秘密的类型有助于说明商业秘密是否能够以及如何促进信息披露。商业秘密可分为不具有可专利性的信息、可专利性存疑的信息,以及构成有效的可授予专利的信息。其中,对于不具有可专利性的信息,商业秘密会鼓励公众在专利法未覆盖的领域进行创造投资,并促使独立创新者继续发现和利用其发明。由于竞争得到了促进,公众没有被剥夺使用有价值发明的权利——针对不忠员工的商业秘密保护,能确保秘密在公司内部积极从事研究的员工中传播;在许可他人利用秘密的领域,持有人会选择与制造商分享其秘密,而制造商须支付许可费或承担保护秘密的法律义务。就可专利性存疑的信息,因为一项无效专利会威胁公有领域中想法的自由使用,而商业秘密的存在能确保此类专利尽量少地出现。关键是构成有效的可授予专利的信息,社会对此类信息披露的兴趣较高,但选择商业秘密而非专利对社会整体而言不会产生太多的不利益,因为若这项发明虽是商业秘密但被公开使用,会提醒竞争对手问题解决方案的存在,鼓励他们进行额外的研发,独立找到可能的解决方案。历史上许多独立的多重发现表明,即便某个人没有做出某项发现,其他人也会做出,甚至可能在较短时间内做出。依此,将商业秘密扩展到明确可专利的发明之上,并不会与专利的公开政策冲突,其本身也能保证信息由其他渠道传播。可见,主张商业秘密的目的不是为了促进技术发展的观点是不科学的。^⑭

（二）默示保密义务存在的必要性

默示保密义务不同于商业秘密接收者负担的其他义务,尤其是诚信义务和明示保密义务,因而有其存在的必要性;而与商业秘密保护中的其他利益平衡手段(独立开发与反向工程)相比,默示保密义务也有其存在的独特价值。

有观点将默示保密义务等同于诚信义务。例如,有法院认为,在商业秘密许可合同约定的保密期限届满后,被许可人仍须承担基于诚信原则的保密义务,即使在未约定明

^⑪ Mark A. Lemley, *supra* note 1, 336-337.

^⑫ Mark A. Lemley, *supra* note 1, 314.

^⑬ 现代商业秘密法于19世纪初在英国发展起来,以应对技术和专有知识的日益积累以及雇员流动性的增加。See Karl F. Jorda, *Patent and Trade Secret Complementarity: An Unsuspected Synergy*, Washburn Law Journal, Vol.48:1, p.8 (2009).

^⑭ 我国台湾地区有学者认为,营业秘密的规范目的在于维护产业竞争秩序而非促进技术发展,因为:一方面,营业秘密并不以技术性质者为限,尚且包括商业秘密;另一方面,营业秘密的内容并不公开,对于整体社会技术水平的提升帮助有限,其与必须公开技术内容才能取得保护的专利制度有相当大的不同,两者保护的程度亦有所不同。参见谢铭洋:《智慧财产权法》,元照出版有限公司2016年版,第10页。

示保密义务情况下,亦是如此。^⑮也有学者认为,英美法上的默示义务可等同于大陆法系中的诚实信用义务,由此默示保密义务可在我国顺利适用。^⑯笔者认为,这些观点混淆了默示保密义务与诚信义务,虽然默示保密义务是诚信义务在商业秘密领域的具体化,但这并不意味着诚信义务在此具有兜底功能。实际上,默示保密义务是接收人的行为底线,诚信义务仅能约束接收人未越过底线的行为——默示保密义务的核心逻辑是确保接收人在正当范围内管理好所获悉的秘密信息,强调的是接收人要履行积极的义务;诚信义务则是以正当性来确定接收人的管理标准,是一种不伤害所有人利益的消极性义务。换言之,诚信义务仅能评价接收人管理行为的质量,而不能“增加”接收人应尽的义务。

也有观点认为,在明示保密义务之外,默示保密义务没有存在必要。^⑰明示保密义务是指所有者与他人订有保密合同,或对他入提出保密要求。在实现商业秘密的共享上,保密合同允许双方认真评估未来关系的风险。^⑱但明示保密义务的适用有其固有的局限性。虽然社会通常期望接收者对披露的信息进行保密,但出于社会性规范或礼仪考虑,在简单的保持距离的交易中,所有者可能不会明确要求保密,在这些情形中,保密合同相对于大多数有用的社交活动而言是“笨拙”的。更严重的是,明示保密义务会强化商业秘密所有者的低效控制,例如,数字技术制造商可能会施加条件限制被许可方实施反向工程,或限制其使用超出传统知识产权法和反垄断法限制的信息所产生的改进。由于知识产权体系未能解决专有技术的渐进式创新问题,这种防御性合同措施既必要且在经济上合理,故所有者有理由在合同中增加不披露条款。而由于没有正式的商业秘密保护授予机制,所有者对商业秘密的存在有较低的事先确定性,他会将合同限制视为不太确定的商业秘密的替代品。这等于在商业秘密法保护之上增加了合同保护——当所有者为逃避商业秘密法的要求和限制而起草条款时,虽然这些条款与商业秘密法相冲突,但所有者仍可通过违约责任强制执行这些条款,以逃避商业秘密限制。这就破坏了商业秘密保护的政策焦点,如促进累积创新和保护员工流动性等。^⑲对此,默示保密义务可被用来抗衡甚至修复所有者的合同行为对这些政策的破坏。

独立开发与反向工程亦是维持商业秘密保护中利益平衡的措施,但其效果较为有限。独立开发的辩护在实务中并不容易证立——已有案件通常表明,被告在开发中没有完全的独立性。特别是,有些方案的得出不需要大量的研究或实验,而是应用一般可用组件及一般技能和知识来执行所需功能的结果。就反向工程而言,如果其是以不正当手段获取的商业秘密,法院就不会支持其反向工程的抗辩。^⑳问题在于,“不正当”是一个包含许多细微差别的词,往往由时间、地点和环境来决定。因此,反向工程在司法决策中

^⑮ 参见“蜂巢(武汉)微系统技术有限公司、张杰侵害技术秘密纠纷案”,湖北省武汉市中级人民法院(2019)鄂01民初10090号民事判决书。

^⑯ 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93-96页。

^⑰ 参见李扬:《保密义务、保密要求及其他》,载微信公众号“李扬知产”,2020年7月3日上传。

^⑱ 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60页。

^⑲ See Deepa Varadarajan, *The Trade Secret-Contract Interface*, Iowa Law Review, Vol.103:1543, p.1543 (2018).

^⑳ 参见《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14条第3款。

的应用经常面临障碍：一是法院为防止自由适用反向工程带来的潜在危害，极少肯定反向工程辩护的成立，例如，反向工程破坏了秘密本身的价值，因而其合理基础不存在；二是作为创新的捷径，反向工程为获取者节省了时间和成本，这在法院看来是不公平的行为，尤其是在裁定禁令期限时更是如此。可见，基于这些原因，需要其他可实现商业秘密保护平衡目标的替代手段。而默示保密义务因无需等到事后侵权抗辩时才强调该平衡目标，恰能胜任这一角色。同时，默示保密义务能使行为人在实施独立开发和反向工程前就明确商业秘密的控制范围，以作出是否进行独立开发或反向工程的决定，这就有可能节省实施这些措施的私人成本和社会成本——这也是默示保密义务的独特价值。

（三）默示保密义务的规范功能

由于竞争行为千变万化，很难采用一套律典化的事前标准去进行规范，但可借助默示保密义务适用范围的调整为竞争行为提供明确的标准。默示保密义务的适用范围关乎商业秘密保护调控的利益层次，其规范功能可被总结为以下几个方面：

第一，促进商业秘密保护中信息的有限披露，实现社会创新的效率最大化。商业秘密法鼓励保密，但也鼓励披露。在此平衡之中，保密义务不能无限扩张。只有在可控范围内的有限传播，才可在维护商业秘密所有者利益的同时，通过内部分享和外部许可来实现商业秘密的价值。因此，所有者可以将默示保密义务作为控制共享信息的一种手段，通过保密义务的执行将错误风险施加给获取人。由此，默示保密义务会影响获取人获得商业秘密的方式——获取人是选择通过正常的许可、转让交易，还是借助不正当手段，取决于其对获取成本的评估，而默示保密义务是影响该评估的主要因素之一。因此，默示保密义务的合理设定可减轻获取人（或接收人）的保密负担。

从社会视角来看，默示保密义务能以有利于社会生产的方式平衡创造者与改进者之间的利益，防止渐进式创新的投资疲弱，即通过使所有参与者都能从创造性努力中获得好处，允许市场决定具有专有技术之增量创新的价值，实现社会创新的效率最大化。在对社会有益的条件下，商业秘密所有者应同意将其研发信息“借用”给他人，改进者可以向所有者支付合理的费用，以补偿所有者在研发方面的投资。^②在这样的机制下，所有者就有投资信心，因为他知道改进者会为使用商业秘密而支付费用；而改进者也更愿在特定创新上进行必要投资，尽管需要承担部分创新成本。在这种制度下，改进者比在允许“搭便车”的制度下表现得更好，因为默示保密义务能够实现最低限度的目标，把研发总成本作为一个整体分配给所有者和改进者，而不扭曲他们受市场驱动的个人决定。

第二，灵活调整商业秘密的控制范围。根据经济学原理，市场提供的自然领先时间没有固定成本。商业秘密法允许市场来决定特定创新的价值，而不设外在的价值标准来

^② 集体行动理论要求，如果从长远来看能促进更大的集体利益和公平，个人在私人交易中必须接受集体约束。See Glen W. Atkinson, *Political Economy: Public Choice or Collective Action?*, Journal of Economic Issues, Vol.17:1057, p.1062 (1983).

影响个人对市场前景的评估。^②由此,商业秘密可能导致两种不利于社会创新的情形:一是在一些特定行业,给商业秘密提供的市场领先时间过长,不利于后来者的技术改进,使得所有者获得了意外收益;二是给商业秘密提供的市场领先时间可能普遍缩短,导致保密措施实际上和法律上的影响力下降,他人模仿商业秘密的学习曲线优势也相应减弱。在这两种情形中,默示保密义务均可为创造者提供灵活的领先时间,通过有限占有产生的投资激励,为创新带来社会效益。换言之,通过阻止不当窃取、违反保密和其他扭曲市场的行为,默示保密义务使得商业秘密具有事实或法律上的可占性,这种占有产生了竞争者需通过反向工程或许可才能获得的市场领先时间。

第三,克服专有权制度的固有缺陷。立法者选择的专有权会间接促使受益公司采取某些策略,以从合法垄断中获取最大利润。但立法者很少对这些策略的实际效果进行后续调查,无法确定哪些商业策略实际上对公司最有利,而那些假定的社会效益也从未得到实证检验。例如,专有权制度可能迫使后来者放弃正在进行的研究,或者向转让人支付费用以获取市场准入资格,这就要求后来的技术改进者将决策建立在专有权范围确定的基础上,而非建立在对其技术能力进行私人经济分析的基础上。从整体上看,这些改进者的决策效率将低于传统的商业秘密非专有权模式下的可比决策。^③而且,这种专有权制度可能会使创新企业背负隐性成本,减缓其创新的步伐,因此需要通过市场提供的时间优势来实现激励。对此,可通过补偿性法律手段来纠正市场失灵,最简单的办法就是提供一种可提供与专有权在最佳条件下相当功能的替代制度,而默示保密义务的灵活性恰好能够弥补专有权在激励创新方面的不足。

综上,在商业秘密“强保护”背景下,避免商业秘密保护中的利益失衡是默示保密义务需要实现的规范功能。但目前实务中,默示保密义务的适用却逐渐偏离了这一功能。

三、默示保密义务适用泛化分析

默示保密义务泛化会产生两种不同的效果:一是可能会导致商业秘密所有者的控制范围无限扩张;二是可能因为反对保密义务的泛化,导致商业秘密所有者本应被保护的利益受损。为促使适用者“回归”默示保密义务的应有功能、寻找划定默示保密义务适用范围的合理方案,有必要分析默示保密义务适用泛化的原因和影响。

(一) 默示保密义务适用泛化的原因

默示保密义务适用包括义务认定和义务内容两方面,但在商业秘密诉讼中,法院常混淆保密义务的认定与内容判断。从此出发分析,默示保密义务适用泛化的原因主要有三个方面:

^② See J. H. Reichman, *Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms*, Columbia Law Review, Vol.94:2432, p.2440-2441 (1994).

^③ *Id.*, 2530.

1. 默示保密义务的认定方法不科学

在默示保密义务案件中,法院所使用的认定方法主要有保密关系法和保密注意义务法两种。保密关系法,是指根据当事人之间的保密关系来确定保密义务。^{②④}保密关系可由保密合同建立,或基于当事人间的特殊关系来推定存在。在此方法中,保密义务基于的是一种主观性依赖而非商业秘密。^{②⑤}有参与立法者主张从保密关系角度解读保密义务,认为在考量员工与非员工的保密义务范围时,会受信任关系存在与否的影响。^{②⑥}实务中,有的法院也采用了这种方法。^{②⑦}事实上,保密关系被称为“基于事实”的信托关系,以区别于正式的信托关系。^{②⑧}在信托关系中,处于弱势地位的一方有理由信赖另一方,另一方则在某些事情上给予帮助、建议或保护。基于这种理解,法院容易在描述保密关系的性质时使用宽泛的教义,以致产生信托义务的保密关系可以包括任何商业、社会或纯粹个人关系。然而,保密关系法引导法院将忠实义务等同于保密义务来裁判,导致过度保护了商业秘密所有人的利益。^{②⑨}在有的案件中,原告甚至不需要举证证明商业秘密的存在,就可向前员工主张履行保密义务。^{③⑩}就保密关系何时以及如何建立,法院审查合同仅是为确定是否发生了要约和承诺,即便合同中的保密或不披露条款表述模糊,法官也会自动贴上“保密关系”的标签,几乎一致地将劳动关系视为一种保密关系。但由此便确认默示保密义务的存在,显然使员工(尤其是离职员工)的保密负担较大。

与保密关系法不同,保密注意义务法不以主体之间的关系为重点,而是依商业秘密接收者或接触者是否知悉或应知商业秘密的存在来认定其是否承担保密义务。^{③①}这种方法的适用前提是可精确识别所主张的商业秘密,便于法院推断出每项主张是在公共领域还是由被告独立开发的。《商业秘密司法解释》采用的便是此方法。在商业秘密案件审理中,法院对被诉侵权人主观过错的认定就普遍采用了保密注意义务法。^{③②}但该方法会导致默示保密义务的适用趋向一般化。因为商业秘密是从有价值信息的侵权规范中独

^{②④} 参见单海玲:《论知识经济时代商业秘密保护主流理论:保密关系学说与财产权论》,载《政法论坛》2004年第5期,第168页。

^{②⑤} See D. Gordon Smith, *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, *Vanderbilt Law Review*, Vol.55:1399, p.1466 (2002).

^{②⑥} 参见陈立骅、陈建洋编写:《中华人民共和国反不正当竞争法释义》,中国法制出版社1994年版,第44-47页。

^{②⑦} 比如,在“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”中,劳动双方既未签订保密协议,也未签订劳动合同,一审法院笼统认定离职雇员承担法定的保守商业秘密的义务;二审亦未就此阐释,仅指出当事人无劳动合同关系不能成为其不当向第三人披露商业秘密的理由。参见山西省高级人民法院(2021)晋民终18号民事判决书。

^{②⑧} See Roy Ryden Anderson, *The Wolf at the Campfire: Understanding Confidential Relationships*, *SMU Law Review*, Vol.53:315, p.317 (2000).

^{②⑨} 参见“河南中联热科工业节能有限公司、勾庆飞损害公司利益责任纠纷案”,河南省高级人民法院(2019)豫01民终18452号民事判决书。

^{③⑩} 参见“陈志雄、武汉比利福门业有限公司损害公司利益责任纠纷案”,湖北省武汉市中级人民法院(2020)鄂01民终2154号民事判决书。

^{③①} 参见前注^{②⑧},黄武双书,第48页。

^{③②} 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(2018)民再389号民事判决书;“周华贵、梧州市鸿图精密压铸有限公司侵害商业秘密纠纷案”,广西壮族自治区高级人民法院(2018)桂民终227号民事判决书。

立出来的,这种特有的历史演变路径容易导致将默示保密义务等同于侵权法上的注意义务,即每个人对不特定人都负有不被自己的风险性行为伤害的注意义务。^{③③}作为侵权法对现代社会的一种应急反馈,默示保密义务的存在被认为具有一般性,这导致在他人接收到商业秘密时,被当然地课以保密义务。^{③④}这种将默示保密义务等同于侵权法注意义务的做法,显然无限扩大了商业秘密所有者的控制范围。例如,在未经请求传递商业秘密的情形中,根据保密注意义务法,接收人就有承担保密义务的理由。反对意见认为,未经请求的商业秘密接收人没有拒绝接收的机会,^{③⑤}一旦接收人需要承担默示保密义务,将迫使其将研究部门与商业部门分开,以降低同一人同时处理本公司的研究信息和未经请求发送给公司的商业秘密之潜在风险。又如,当商业秘密所有者选择了特定的交流模式时,他就承担了所选择模式中“固有”的泄密风险(如商业秘密所有者在明知隔音不好的屋内交流商业秘密信息)。这种固有风险与第三人非法获取之间可能存在一定的相关性(如第三人窃听了所有者的谈话),导致二者之间的界限往往无法被清晰界定。此时,所有者应承担所选交流模式中“固有”的泄密风险,而接收者则基于这一固有风险很可能不承担保密义务。因此,“知悉”商业秘密本身,并不足以支持商业秘密接收者一定承担保密责任的主张。

当前,侵害商业秘密纠纷仍主要适用民事侵权规则,因此,认定侵害商业秘密的核心是过错。与过错相对的是“注意义务”,其须依各自的职业、身份、地位、交易的性质来综合判断,但合理注意标准的确定应表明社会对行为人的一般要求,而不是考量行为人道德上的应受谴责性。可见,保密注意义务法会使保密义务一般化,在客观上导致仅认定知识创作“物”的存在就可设定他人的保护义务。由于商业秘密是多数有价值信息的初始形态,法律应对其保护程度加以斟酌,否则会削弱著作权法和专利法的规范价值,换言之,对于商业秘密保护而言,“徒对象不足以确权”。^{③⑥}此外,保密义务的一般化,客观上也强化了商业秘密构成一项权利对象的观点,但权利概念容易导致法官以一种“全有或全无”的思维来认定侵权责任,无法依据保密义务的具体内容来灵活判定责任,这本身又削弱了默示保密义务的规范功能。

2. 易受商业道德内涵不确定的影响

反不正当竞争法的宗旨之一在于维护竞争中的道德底线,倡导知识产权获得和利用的道德性。但商业道德是一个模糊的法律概念,很难通过定义的方式确定其具体内涵,且其内涵是随着环境而变动的。当法官无法把握这种变动时,它的不确定性内容就会产

^{③③} 参见董春华:《论侵权法中注意义务的“一般性”》,载《中国政法大学学报》2020年第2期,第130-142页。笔者认为,默示保密义务应是一种相对注意义务,而保密注意义务方法的适用,是侵权法上注意义务走向一般化的结果。

^{③④} 比如,在“石家庄泽兴氨基酸公司等与北京君德同创生物技术公司侵害技术秘密纠纷上诉案”中,最高人民法院认为,技术秘密许可合同约定的保密期限届满一般仅意味着被许可人的约定保密义务终止,但其仍需承担侵权法上普遍的消极不作为义务。参见最高人民法院(2020)知民终621号民事判决书。

^{③⑤} 参见[英]坦尼亚·阿尔平等:《高锐论违反保密义务:保密信息的保护》,黄武双等译,法律出版社2021年版,第306页。

^{③⑥} 参见李琛:《知识产权“客体—对象”区分论解析》,载《知识产权》2023年第12期,第3页。

生外溢效果,这也是导致默示保密义务的认定和内容均扩张的原因之一。换言之,商业道德为商业秘密所有者提供了一种“方便”的救济工具。^{③⑦}在实务中,法院会提高商业道德的适用标准,默示保密义务作为维护商业道德之必需,^{③⑧}其适用范围也会随之扩大。例如,在“杜邦案”中,法院引用了美国得克萨斯州最高法院在1958年“海德公司诉赫芬斯案”中的主张来支持其判决结果,认为法律的趋势毫无疑问是在商业世界中承认并执行更高的商业道德标准。^{③⑨}得州最高法院采用了《侵权法重述》中的规则:“在没有特权的情况下披露或使用他人商业秘密的人,如果(a)他以不正当手段发现了该秘密,或(b)其披露或使用破坏了他人向其披露秘密时的信任,则其须对另一人负有责任。”^{④⑩}

虽然商业道德在适用商业秘密规则方面确有帮助,但法院在不解释其推理过程并以概括性语言证明其判决的正当性时,对商业道德的随意援引就会导致该术语变为一个空洞的“外壳”,而非合法和完整的司法决策的基础。例如,有法院认为,“界定商业道德标准,既不能脱离以效率为导向的自由竞争原则,也不能脱离消费者普遍认知的公平、诚信等商业社会伦理”^{④⑪},这实际扩大了商业道德的适用范围,也加重了接收人承担的保密义务。依此,只要所有者主张接收人违反了保密义务,即使其无法证明接收人在其产品或方案中使用了商业秘密,法院也可以节省了接收人的研发成本为由支持所有者的主张。因为在商业环境中,若两个制造商从事同一领域,其中一个由于他的“注意力和独创性”做出了有价值的发现,他没有义务与“懒惰”和“迟钝”的竞争对手共享这些信息。

3. 受保密性要件依附于秘密性要件的影响

在实务中,设定保密义务被认为是商业秘密所有者采取的一种保密措施。^{④⑫}因为商业秘密法未规定效力审查制度,所有者只要采取了保密措施,即便不通过司法程序来确定其是否已上升到可专利性的水平,也可垄断该秘密信息。换言之,保密产生了自然排他性,而默示保密义务就是实现这种排他性的手段。由此,商业秘密被认为是通过采取保密手段获得的,这就导致法官在认定保密措施的合理性时采取趋于严格的标准。这是保密性要件依附于秘密性要件的结果,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,只有所有者在客观上采取了保密措施,才可能使秘密信息满足了秘

^{③⑦} 参见“洛阳瑞昌环境工程有限公司(原洛阳瑞昌石油化工设备有限公司)、洛阳明远石化技术有限公司等侵害商业秘密纠纷案”,最高人民法院(2020)知民终726号民事判决书。

^{③⑧} 参见方龙华:《商业秘密保护中的默示保密义务》,载《人民司法》1997年第6期,第33页。

^{③⑨} See Hyde Corp. v. Huffines, 314 S.W.2d 763, 773 (Tex. 1958).

^{④⑩} Restatement of Torts § 757 (1939).

^{④⑪} 参见“广州网易计算机系统有限公司、深圳市迷你玩科技有限公司、上海网之易吾世界网络科技有限公司侵害著作权纠纷、不正当竞争纠纷案”,广东省高级人民法院(2021)粤民终1035号民事判决书。

^{④⑫} 有观点认为,商业秘密持有人采取的保密措施应区别于约定的保密义务。虽然司法解释列举的保密措施中包括“保密协议”及“在合同中约定的保密义务”,但仅证明被诉侵权人对案涉商业秘密负有保密义务并不能当然地证明权利人采取了合理的保密措施。参见张泽吾、黄苑辉:《商业秘密要件解读(三):保密性要件的内涵、判定及实务建议(上)》,载微信公众号“正合奇胜”,2021年11月17日上传。也有实务观点认为,商业秘密持有人除了施加给获取人一定的保密义务外,还要采取一定的保密措施。参见“金炬实业股份有限公司与张向平、湖南博得科技开发有限公司侵害商业秘密纠纷案”,湖南省长沙市中级人民法院(2017)湘01民初1369号民事判决书。

密性要件。因此,所有者只能尽量建立起严格的保密措施,使商业秘密不会轻易被泄露,即使商业秘密被泄露了,严密的保密措施也能使其在诉讼中能处于有利地位。在此观念影响下,法院在认定保密义务是否存在时不考虑保密义务是否有边界以及保密义务的内容是否合理,反而试图借助通过保密义务无限制的适用来实现对商业秘密的周延保护。这客观上迫使商业秘密所有者将精力集中在保密措施上,而不是创新上。^④如果法院发现所有者已采取合理的保密措施就认定其没有分享商业秘密的意图,进而认定商业秘密成立,就会给所有者带来意外收益,不必要地限制技术竞争。1993年实施的《反不正当竞争法》对保密措施的规定没有“度”的限制即保密性要件依附于秘密性要件的结果。这导致法院在认定保密义务是否存在时,不考虑保密义务有无边界以及内容是否合理,反而试图借助通过保密义务的无限制地适用来实现对商业秘密的周延保护。

综上,默示保密义务的适用泛化实际上源于以线性方式看待商业秘密的激励结构,这种方式假设商业秘密的范围、客体或期限的增加会直接激发更多更好的非专利信息的生产。但其效果并不如预期的那般,所产生的影响对商业秘密的整体保护也是不利的。

(二) 默示保密义务适用泛化的影响

默示保密义务适用泛化的最根本的影响是对商业秘密所有者利益的过度保护,具体体现在以下几方面:

1. 变相承认“不可避免披露”原则

“不可避免披露”原则是美国通过司法判例创设的一项商业秘密保护方式,是对员工“携密跳槽”的主动防御。^④依照该原则,即使没有实际的挪用行为,当员工被证明在不可避免使用前雇主商业秘密的情况下履职,他也会被禁止为竞争对手工作。比如,惠普的前首席执行官马克·赫德离职去甲骨文后,惠普即对其提起了诉讼,声称赫德的相关经验包括惠普的商业机密,如果他不使用和向他人披露惠普的商业秘密和机密信息就无法履行在甲骨文公司的职责。^⑤由此,“不可避免披露”原则在限制性契约和商业秘密法的法律不确定性之间架起了“桥梁”,杜绝了限制性契约试图防止的事情。

法院对“不可避免披露”原则的依赖,客观上导致对商业秘密所有者的过度保护。在不能区分或分割雇主商业秘密与员工基本技能的情况下,“不可避免披露”原则武断地限制了员工改变工作的自由。在“拜耳公司诉罗氏分子系统公司案”中,法院就提出,加州商业秘密法不承认“不可避免披露”原则,因为该原则与加州支持员工流动的强有力的公共政策背道而驰。^⑥但即使有法院提出了“不可避免披露”原则的适用门槛,如披露商业秘密的“充分可能性或充分威胁”标准,^⑦其限制标准也是极低的。我国立法

^④ See Jon Chally, *The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach*, *Vanderbilt Law Review*, Vol.57:1269, p.1310 (2004).

^⑤ 参见聂鑫:《商业秘密不可避免披露原则的制度发展与移植设想》,载《知识产权》2016年第9期,第67页。

^⑥ 参见《赫德加盟甲骨文遭诉 分析称惠普胜算把握不大》,载腾讯科技网, <https://www.techweb.com.cn/news/2010-09-08/677537.shtml>, 2024年1月7日访问。

^⑦ See *Bayer Corp. v. Roche Molecular Systems, Inc.*, 72 F.Supp.2d 1111, 1119-1120 (Cal. 1999).

^⑧ See *Bimbo Bakeries USA, Inc. v. Botticella*, 613 F.3d 102, 114 (3d Cir. 2010).

尚未规定“不可避免披露”原则,但在商业秘密案件中,法院通过扩张默示保密义务实质上适用了这一原则。例如,在“北京传人文化艺术公司、高辛茂与北京一得阁墨业公司侵害商业秘密纠纷案”中,^{④⑧}法院认定,虽然现有证据及事实不能认定高辛茂向传人公司披露技术秘密,但传人公司使用了“云头艳墨汁”配方,而“云头艳墨汁”配方属一得阁公司的商业秘密,高辛茂负有不得向他人披露的义务,传人公司亦负有不得自高辛茂处获取并使用该商业秘密的义务。该裁判未直接引入“不可避免披露”原则,却通过默示保密义务,“巧妙”地将“不可避免披露”原则适用于举证责任的分配上。

2. 提高商业道德的适用标准,“架空”了商业秘密的保护规则

如上文所述,默示保密义务会被视为一种道德义务,它的适用泛化,也会导致商业道德适用标准的“被动”提高,即行为人违反默示保密义务的行为会被视为违反商业道德。况且,实践中大多数商业秘密诉讼都带有情感因素的特质,^{④⑨}这种情感诉求能借助商业道德来表达。对商业道德在商业秘密保护中的应用,常参考反不正当竞争法对不正当竞争行为的道德解读,主要采取两种标准:一是依据特定商业领域中市场参与人的伦理标准确定的“商业道德”标准;^{⑤⑩}二是依据行业内通行做法确定的“商业惯例”标准^{⑤⑪}。但这些标准均是极为抽象的概念,给不正当竞争行为的界定带来较大的模糊性,容易使一般条款沦为反不正当竞争法侵蚀知识产权法具体保护规则适用范围的工具,蕴含着因过度补充而损害知识产权法利益平衡的危险。在商业秘密保护中,这种模糊性带来的危险则表现为商业道德的广泛适用会“架空”具体规则,而这些规则正是商业秘密保护中利益平衡的结果。也正是基于对这种危险的合理考量,有法院指出“反不正当竞争法中的商业道德标准并非合理注意义务”。^{⑤⑫}

商业道德的作用之一,涉及商业秘密资格的审查。许多对商业秘密资格的裁决都显示出对社会利益的关注不足。例如,在英国人称为“灵丹妙药”的系列案例^{⑤⑬}中,法院支持保护“灵丹妙药”的商业秘密,但功利主义者认为,缓解疼痛和增进他人健康的“灵丹妙药”应免费向社会提供。从历史上看,许多灵丹妙药广告虽不是明显的欺诈,但肆无忌惮地宣传对疾病的价值本身就值得怀疑,即便对这些药物的保护满足当时商业道德的要求,但事后看来,为无效产品提供保护也被认为是不合理的,尤其当成功的广告创造了需求,进而创造了产品价值时,更是如此。从这个角度来看,“灵丹妙药”案例缺乏商业秘密保护、发展或促进社会价值的理由。商业道德的第二个作用涉及获取商业秘密

^{④⑧} 参见北京市高级人民法院(2005)高民终440号民事判决书。

^{④⑨} See James Pooley, *How Mediation Can Help Both Sides Win a Trade Secret Case*, at <https://ipwatchdog.com/2021/03/29/mediation-can-help-sides-win-trade-secret-case/id=131590/>. (Last visited on June 24, 2024).

^{⑤⑩} 参见“广州虎牙信息科技有限公司与陈程、上海寻梦信息技术有限公司不正当竞争纠纷案”,广州知识产权法院(2022)粤73民终2619号民事判决书。

^{⑤⑪} 参见卢纯昕:《反不正当竞争法一般条款在知识产权保护中的适用定位》,载《知识产权》2017年第1期,第56页。

^{⑤⑫} 参见“上海甲悦医疗器械有限公司与上海微创心通医疗科技有限公司不正当竞争纠纷案”,上海市高级人民法院(2023)沪民申1501号民事裁定书。

^{⑤⑬} See *Fowle v. Park*, 131 U.S. 88 (1889); *Morison v. Moat*, 9 Hare 241, 68 Eng. Rep. 492 (1851).

“不正当手段”的认定。法院在审查当事人的侵权行为时,没有统一方法来处理潜在的利益平衡问题,例如,违反保密义务获取商业秘密是不正当的,但当事人是否负担着保密义务并未得到审查。实践中,法院倾向于采用法律定性来缩减对事实的必要调查,特别是随着商业道德在证明商业秘密禁令上的作用越来越大,法院更倾向于援引商业道德来证明禁令的正当性。^{⑤4}可见,商业道德在上述两项问题上的适用,以一种忽视商业秘密保护中利益平衡的方式在发挥作用,而这种结果因默示保密义务的适用泛化而加剧。

3. 破坏商业秘密的财产性基础

我国学界虽然对于商业秘密是否构成权利对象有争议,^{⑤5}但对“商业秘密是一项财产”有着较为普遍的共识。与法律要求不同的是,商业秘密的财产性并不总是能够简单地得到证实。这也是直到美国“孟山都案”,有关商业秘密是一项独立财产的观点才被实务认可的原因。^{⑤6}许多学者认为,将商业秘密设想为财产会导致对商业秘密的更强保护,代价是限制员工流动和激烈竞争,甚至言论自由。^{⑤7}对商业秘密财产性的公共政策或伦理支持主要基于劳动成果属于劳动者这一论点,这与促进财富有效创造的所有权是一致的。但与“资源是为所有人的利益而存在”的这一竞争性原则相比,即使资源的控制权属于个人,那些主张付出努力、投入时间和资本的人拥有坚实道德基础的观点也不是绝对的。就商业秘密的控制而言,仅因某人是第一个有效地展示新想法、思想或信息的人就让其拥有独家所有权,是不具有公平性基础的。

从积极角度而言,商业秘密的所有权促进了个人创造的自由,奖励了主动性和冒险精神,并促进了商品的有效生产,可造福于民众。但消极的一面是,若将商业秘密作为财产加以保护,在围绕其创造和使用的交易中都可能引致剥削。相较而言,如果一个人获得了注册专利,这种权利至少是对公共利益进行公平调整的一种尝试。事实上,与不公平竞争和不当得利的无标准理论相比,将商业秘密设想为一项知识财产,会鼓励法院关注商业秘密保护的要求和限制,如此,会比任何其他竞争方法更有可能提高经济效率。虽然默示保密义务的适用泛化意味着对接收者保密负担的加重,是对商业秘密的更强保护,但商业秘密保护的理论基础在于商业秘密的所有权与他人利用信息竞争自由之间的平衡,因此,默示保密义务的无限扩张,是对商业秘密财产性基础的一种破坏。

综上,默示保密义务适用泛化所产生的影响是体系性的,其最终结果是商业秘密保

^{⑤4} 这源于1958年美国“海德公司诉赫芬斯案”,美国得克萨斯州最高法院指出,虽然禁令通常是为了“纠正”而不是“惩罚性”,但法律无疑倾向于提高商业道德标准,这表明保护商业秘密所有者的合法权利应优先于对侵权人的惩罚性影响的担忧。See *Hyde Corp. v. Huffines*, 314 S.W.2d 763, 773 (Tex. 1958).

^{⑤5} 参见李琛:《论〈民法总则〉知识产权条款中的“专有”》,载《知识产权》2017年第5期。

^{⑤6} 在该案中,美国联邦最高法院认为,“尽管本院从未明确处理过一个人是否可以在商业秘密中拥有财产利益的问题,这是公认的无形利益,但本院已经发现,就第五修正案的征收条款而言,其他类型的无形利益也属于财产。”*Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986, 1003 (1984).

^{⑤7} See Geraldine Szott Moohr, *The Problematic Role of Criminal Law in Regulating Use of Information: The Case of the Economic Espionage Act*, North Carolina Law Review, Vol.80:853, p.920 (2002); Pamela Samuelson, *Principles for Resolving Conflicts Between Trade Secrets and the First Amendment*, Hastings Law Journal, Vol.58:777, p.807 (2006).

护中的利益失衡。归根到底,这种现象产生的原因在于商业秘密法未能以有意义的方式实体化默示保密义务的功能,这也正是默示保密义务的功能不被关注的原因。

四、默示保密义务的适用

在商业秘密语境下,默示保密义务承担着调整商业秘密控制范围的任务。为更好地实现默示保密义务的规范功能,需要明确认定默示保密义务的适用原则、范围和标准。

(一) 默示保密义务适用的公平原则

竞争的公平性乃是特定社会经济文化观念的整体折射,由此,公平竞争原则日益演变成一种对利益的权衡。与规则“全有或全无”的适用方式不同,原则之要义在于衡平,意味着宽容、变通,不预设一套绝对的规则体系,以及在个案中进行適切性权衡。因此,在对待不正当竞争行为时,法律所禁止的行为必须是超出了社会共识能够容忍限度的行为。^{⑤⑧}公平既是反不正当竞争法所追求的目标,也是商业秘密保护中所要贯彻的精神。就此而言,公平原则恰好与默示保密义务的规范功能一致。

公平原则要求默示保密义务的认定和适用要实现利益平衡。在处理商业秘密问题时,公平原则主要反映为自“皮博迪诉诺福克案”以来一直坚持的公共政策原则,即为了公众的利益,鼓励和保护发明及商业企业。^{⑤⑨}这种对商业秘密的鼓励,是因公众不仅对商业创新和发展有明显的兴趣,而且对维持公平也十分关注。商业秘密法不仅应为当事人的利益服务,也应为社会本身的利益服务,以回应商业秘密案件中的公平问题。对此,必须考虑保护商业秘密的方式。如果法院希望在这一领域促进诚实和公平的交易,那么,用于确定挪用商业秘密要求的机械因素应被置于次要地位。例如,保密义务不能仅以合同为依据,也不能通过商业秘密所有者采取的保密措施这一外部表现来衡量,而应根据公平原则来确定。在此,公平原则与司法经验的结合,为旨在监督商业道德实施的商业秘密法提供了合适的环境。^{⑥⑩}默示保密义务的适用,正是这种监督的重要环节,它激发了对商业秘密保护的公平性审查,以及公平原则在法院中的应用。

依照公平原则的实质性要求,默示保密义务对商业秘密控制范围的调整,不仅要避免给商业秘密接收者带来不正当竞争优势,也应避免给所有者带来意外收益。商业秘密保护首先应解决利益在何种层面被保护的问题。实践中,无论商业秘密的使用行为是否与商业秘密所有者有关,法院都倾向于将商业秘密的使用利益分配给商业秘密的所有者。例如,最高人民法院认为,使用技术秘密的行为包括对技术秘密进行修改、改进后的使用,^{⑥⑪}这就为所有者提供了一种超越其在创造过程所受激励的利益,即意外收益,使所有者在新市场上拥有了定价权。但若所有者控制了使用其商业秘密的所有产品,只会促

^{⑤⑧} 参见谢晓尧:《论反不正当竞争法的性质》,载《政法论丛》2022年第6期,第63页。

^{⑤⑨} See Peabody v. Norfolk, 98 Mass. 452,457(1868).

^{⑥⑩} See Don Wiesner & Anita Cava, *Stealing Trade Secrets Ethically*, Maryland Law Review, Vol.47:1076, p.1128 (1988).

^{⑥⑪} 参见最高人民法院(2022)知民终275号民事判决书。

使更大范围的信息垄断、提高新产品开发者的交易成本,进而阻碍非专利技术的累积创新。通常而言,当意外收益不会严重干扰制度目标时,它可以被容忍,^{⑥2}但在商业秘密领域中,意外收益所产生的社会成本无法被创造激励效益抵消,因为这些意外收益代表的是未经激励的社会收益,而且会产生鼓励寻租和提高法院执行费用的额外社会成本。

(二) 默示保密义务适用的具体认定

关于默示保密义务的具体适用,首先要讨论默示保密义务产生的前提——公平告知;其次是明确如何确定默示保密义务的内容范围。

1. 默示保密义务的产生以公平告知为前提

在商业秘密案件中,关于创建保密协议是否适当的审查,需要关注同意的质量以及所有者的主张与接收人独立性之间的平衡。虽然保密在司法平衡中起着决定性的作用,但它可能掩盖了核心问题,即所有者已公平地告知对方其正在主张的商业秘密。^{⑥3}在商业秘密案件中,法律上的通知可能不是公平告知。在法律上,告知被定义为“以规定形式告知一方信息”^{⑥4}。但告知既合法又公平,才是以公平理念来确定保密义务的体现。法律上的告知要成为公平告知,就要求所有者在披露所主张的秘密之前,明确而具体地宣布其主张的商业秘密的存在和范围。

但是,并非只要存在公平告知的行为,就能确认保密义务的存在。公平告知不应滞后,且在所有者披露秘密之前,接收者应有公平的选择机会。例如,所有者在与接收者讨论商业战略时,往往会涉及商业秘密的披露,在双方未达成书面协议也没有正式确定两者的经济关系时,接收者没有理由知道所有者向其披露的信息需要保密,也没有证据表明所有者有理由推断接收者同意承担保密义务。^{⑥5}例如,在美国的“RTE公司诉涂料公司案”中,一名供应商了解了权利人改善互连焊接连接器质量的秘密,原告试图以通过所成立的商业“协议”为基础来主张保密,但披露是在协议签订之前发生的。法院认为,商业秘密是在没有任何保密“外衣”情况下泄露的,虽仅为推进或实施现有的特殊关系而披露时确实可能暗示存在保密关系,但这种特殊关系实际并不存在。双方进行了公平的交易,提交图纸的目的只是为了征求价格信息。^{⑥6}

当然,只要商业秘密所有者与接收者在签订保密协议(或条款)时的地位是平等的、意思表示是真实的,该保密协议(或条款)也可能构成一项法律上的公平告知。^{⑥7}在商业秘密侵权诉讼中,当所有者举证证明了存在商业秘密范围明确的保密协议时,法院就会当然地认定商业秘密接收者应承担相应的保密义务,而不会去关注保密协议的内容本身是否符合公平原则的要求。例如,在涉密员工的离职案件中,法院在审查保密协议是

^{⑥2} See Eric Kades, *Windfalls*, The Yale Law Journal, Vol.108:1489, p.1521 (1999).

^{⑥3} 《美国统一商法典》第1-201条第25项规定,通知应符合:当a.某人实际知道某一事实时,该人即被“通知”该事实;或b.他已经收到有关该事实的通告;c.根据当时他所了解的各种事实和客观情况,他有理由知道该事实的存在。

^{⑥4} Bryan A. Garner (Editor in Chief), NOTICE, Black's Law Dictionary (12th ed. 2024).

^{⑥5} See *Fail-Safe LLC v. A.O. Smith Corp.*, 744 F. Supp.2d 831, 864 (2010).

^{⑥6} See *RTE Corp. v. Coatings, Inc.*, 84 Wis. 2d 105 (1978).

^{⑥7} See *Don Wiesner & Anita Cava*, *supra* note 60, 1110.

否过度限制员工使用一般知识和技能的权利时,并不会考察是否符合公平原则,而会以能否促进实现员工流动这一政策目标,来衡量是否要保护商业秘密所有者(即雇主)的利益,换言之,法院并不会查验签订保密协议时的双方地位是否平等,以及意思表示是否受欺诈或胁迫等因素影响。

值得注意的是,法院虽不关心披露专有信息之前是否已进行公平告知,却重视商业秘密本身的性质,^⑧这使得其会选择通过审查安全措施来审查商业秘密交易的公平性。在此情形中,由于对商业秘密的披露内容较为敏感,法院在审查安全措施时往往会寻求保密性要件的帮助。安全措施是商业秘密持有人用来避免他人知悉商业秘密的手段,而保密措施旨在维持信息的秘密状态,这就会导致一种分析上的混乱——安全措施似乎承担了告知的功能。^⑨例如,保密义务只在拥有商业秘密的公司将信息视为商业秘密的情形中产生,公司员工有权公平地获知双方关系的保密性以及哪些材料需要保密。若保密协议禁止员工获取的“秘密”是模糊的,就不会产生员工应负担的保密义务,这个结果可被解释为缺乏公平的告知,除非可归咎于接收者自身缺乏经验等原因。

2. 默示保密义务范围判断以可预见性使用为标准

在满足以公平方式告知接收者的前提后,还需在实质上判断其承担保密义务的范围。默示保密义务不能覆盖所有情形,否则,商业秘密所有者会获得额外的不可预期利益。即便这种获益预期确实提供了一种激励,该激励也肯定是微弱的,^⑩因为其效果会受到各种不确定性因素(如技术、财务的不确定性及突发事件)的干扰,因此,不可预见的市场对商业秘密所有者的边际激励很可能是微不足道的^⑪。商业秘密的公开披露,就是所有者不可预见的情形之一,这种破坏性披露会使商业秘密的价值丧失。当商业秘密不再能对所有者产生任何激励时,当然应将其从激励结构中排除。这也正是反向工程师事后很少公布商业秘密的原因——为了竞争优势,他通常会对结果保密。^⑫因此,默示保密义务的认定,主要针对的是商业秘密的使用情形。

(1) 可预见性使用标准的正当性

第一,可预见性使用标准符合创新实践的需要。在接收者的使用形式不为人知或无法预料的情况下,可预见性使用标准可通过承认所有者对商业秘密使用的有限控制来实现对默示保密义务适用范围的限制。依据可预见性使用标准,应调查被告使用商业秘密的形式和目的对商业秘密所有者而言是否可预见,并将调查的重点集中在创造点上。基于可预见性使用标准的限制,非专利技术的改进者有更大空间向同事透露商业秘密(因

^⑧ See *Rototron Corp. v. Lake Shore Burial Vault Co.*, 553 F. Supp. 691, 699 (E.D. Wis. 1982), *aff'd*, 712 F.2d 1214 (7th Cir.1983).

^⑨ See Don Wiesner & Anita Cava, *supra* note 60, 1113.

^⑩ See Robert Merges, *Intellectual Property Rights and Bargaining Breakdown: The Case of Blocking Patents*, *Tennessee Law Review*, Vol.62:75, p.101-103 (1994).

^⑪ See Shymakrishna Balganes, *Foreseeability and Copyright Incentives*, *Harvard Law Review*, Vol.122:1569, p.1619-1620 (2009).

^⑫ See Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, *The Yale Law Journal*, Vol.111:1575, p.1658 (2002).

为改进者通常以团队的形式来工作),故对该商业秘密保护的限制是必要的。若前员工在原公司拥有的技术秘密基础上,开发出了一款非实质性相似或商业上不可预见的技术方案,在该技术被严格保密情况下,其可能因在新公司内部私下披露原公司的秘密而承担责任,新公司也可能对获取行为承担侵权责任。但若对不符合可诉使用条件的技术改进也执行同样的严格标准,公司内部的私人沟通就会严重受阻,企业的技术改进也会因之变得缓慢。因此,基于可预见性使用标准,法院可根据技术改进本身的使用情形而支持或否定针对改进者的公司内部披露主张或针对改进公司不当获取的主张。

第二,可预见性使用标准具有灵活性,符合知识产权法的通常做法。法律规则和法律标准的差异主要体现在明确法律具体内容和要求的努力是在个人行为之前还是之后进行的。法律规则要求决策者在面对已界定的触发事实时,必须以确定的方式作出回应,其目的是将决策者的注意力集中在事实上,而将那些不可避免的、具有任意性和主观性的价值选择留待其他机制处理;而标准则可能更加灵活,其具体内容可能需要在个人行为之后或根据具体情况来进一步确定。^{⑦③}专利法和著作权法包含了很多模糊的法律标准,依此,法院能够根据权利的目的来调整权利的范围。这是有益的,因为创新者的知识产权保护需求在不同行业和类型的创新之间有较大差异,依照法律标准而非按照专利权和著作权的主题和范围制定规则,可使决策更加符合语境,降低统一性专有权的成本。^{⑦④}同样,在商业秘密案件中,法院也需要适用灵活的法律标准,以实现信息生产激励与信息获取的平衡。可预见性使用标准对商业秘密的限制是事后的,恰为创造者提供了必要的和概率上的预先激励。^{⑦⑤}由于创造者事先不知道商业秘密保护将被限制的边界,所以可预见性使用标准对其动力的影响是最小的。

第三,可预见性使用标准给予创造者更大的控制权,可激励他们对有效用途的实际开发。^{⑦⑥}对不可预见用途的控制会赋予商业秘密所有者更大的控制权,这为所有者提供了收益之动力(尽管该收益在开发发明之初尚不明显),而若不允许发明人在早期控制发明的未来使用,则可能会导致发明人之间的重复研发。由于多个发明人的投资很可能是一种浪费,“前景理论”主张一种前瞻性的专利制度,即将对专利权人的授权扩展到不可预见的使用。然而,这种对浪费的关注在商业秘密政策方案中并不适用。反不正当竞争法避免对商业秘密给予严格保护,肯认通过独立开发、反向工程获得同一商业秘密。但若法律承认并容忍这些商业秘密获取途径,原始所有者就无法控制他人对商业秘密的使用,因而,有必要限制开发原始所有者无法识别的用途。只有当这些无法被预见的用途被认为不足以干扰商业秘密的原始激励时,放宽对商业秘密不可预见用途的控制对事

^{⑦③} See Kathleen M. Sullivan, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, Harvard Law Review, Vol.106:22, p.58 (1992); Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, Duke Law Journal, Vol.42:557, p.560 (1992).

^{⑦④} See Michael W. Carroll, *One for All: The Problem of Uniformity Cost in Intellectual Property Law*, American University International Law Review, Vol.55:845, p.900 (2005).

^{⑦⑤} See Shyamkrishna Balganesh, *supra* note 71, 1619.

^{⑦⑥} See Mark A. Lemley, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, The University of Chicago Law Review, Vol.71:129, p.132-135 (2004).

后激励的干扰可能才是微小的。考虑到可预见性使用标准的具体含义在实践中被证明有较大的不确定性,而这种不确定性不是法院所追求的目标,且会对创造者的激励产生重大干扰,有必要对可预见性使用的程度进行评估。

(2) 对可预见性使用的程度之评估

在商业秘密案件中,被告(商业秘密接收者/获取者)常以与原告(商业秘密所有者)相同的方式使用商业秘密,但在其他情况下,被告只是将商业秘密作为研究和生产不同产品过程中的一个步骤。根据当前实践,这种商业秘密使用足以被保密义务覆盖。^{⑦⑦}正如有学者认为,被告的竞争产品没有复制商业秘密并不意味着没有使用商业秘密,也许使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,这就够了。^{⑦⑧}这也是莱姆利所说的“毒树之果原则”,即若被告的创新能追溯到原告的商业秘密,那么无论它有多么不同,都是“被污染”的。^{⑦⑨}这是根据被告的创造手段而非这些手段产生的最终产品来定义商业秘密的使用,因而给了所有者反对他人的研发性使用的理由。但前员工或合作伙伴继续从事同样的研究,总是在知悉商业秘密的情形下来使用它,故在某一领域拥有最多专业知识者可能是最受限制的人。默示保密义务的可预见性使用标准关注的是被告的使用目的,而非通过研发手段来避免保密义务的扩张。当然,商业秘密所有者可能不想免费提供灵感,因为如果商业秘密的使用加速了竞争者的研发成功,就会提高成本,而这些成本会阻止商业秘密的原始所有者投资于对社会有益的信息开发。不过,与其他知识产权相比,商业秘密不需要让所有者得到其所产生的每一分溢出价值。^{⑧⑩}

事实上,默示保密义务的认定有事实性和规范性两方面内容。就事实性方面,法院会查证被告是否使用了原告的商业秘密;至于规范性方面,法院要评估预期发生的商业秘密使用要到何种程度才被纳入商业秘密所有者的控制范围。有观点认为,如果被告的产品发生了足够的变化,“毒树之果原则”应被限制适用。^{⑧⑪}如果法院完全基于被告的研发活动判定责任,被告的最终产品就不会受到关注。为了给这种结果的比较留出空间,法院须容忍内部使用他人的商业秘密,即使商业秘密使用对被告有所帮助。正如莱姆利所言,“可诉使用”概念的过于宽泛可能会使法律权利变成“一种无标准、没有限制的权利,(使其)可以起诉竞争对手的商业行为,而法院或陪审团可能会认为这些商业行为令人厌恶”^{⑧⑫}。在实践中,被告使用商业秘密某些要素的事实被过度关注,却忽略了所使用要素的重要性如何,法院往往认定使用商业秘密中的一些信息的事实会自动触发保密

^{⑦⑦} 参见“湖北纳禹新能源科技有限公司、尤鹏禹等侵害技术秘密纠纷案”,最高人民法院(2022)知民终275号民事判决书。

^{⑦⑧} 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62页。

^{⑦⑨} See Mark A. Lemley, *The Fruit of the Poisonous Tree in IP Law*, Iowa Law Review, Vol.103:245, p.263 (2017).

^{⑧⑩} See Brett M. Frischmann & Mark A. Lemley, *Spillovers*, Columbia Law Review, Vol.107:257, p.268 (2007).

^{⑧⑪} See Mark A. Lemley, *supra* note 79, 269.

^{⑧⑫} Mark A. Lemley, *supra* note 1, 343.

义务的违反。^⑧这种做法变相地将保密义务强加给了被告,而未考虑到他可能只了解了商业秘密中的少量信息。由于缺乏一种评估被告所使用要素的重要性的统一方法,即使是得出正确结论的法院,在如何得出结论方面也是各有不同。正如前文提及的案例,当前我国许多商业秘密案件的判决都对可诉性使用给出了宽泛的定义,导致那些事先接触过商业秘密的人不得不避免类似的研究路径。可预见性使用标准恰能实现缩小可诉性使用的范围、相应扩大他人合法使用商业秘密的范围的功能,进而促进商业秘密共享。

除使用范围外,法官还要确定被告的使用何时能被所有者预见,对此,应从原告所在行业内的竞争者的角度来判断。因为当涉及商业秘密案件中的市场损害时,对于单纯内部利用的商业秘密,主要的市场需求不是来自企业的客户,而是来自其竞争对手,因此法院需要调查竞争对手的使用能否导致替代所有者而占领其市场。此外,可预见性使用分析还应与所有者决定投资开发的时间点相联系,以符合商业秘密法律保护鼓励创造有价值信息之目的。创造者决定是否投资特定项目、项目投入多少以及项目的优先性等的时间点是法律激励效应开始起作用的节点。只要潜在商业秘密所有者认为未来市场的投资回报是可被合理预测的,其就会进行法律所关注的投资,至于其是否选择继续投资于保密是次要的,因为保密成本可通过市场收益抵消。而他是否实际预见到被告的使用形式则不影响接收者默示保密义务的认定。

值得强调的是,尽管可预见性使用判断似乎是主观意图之一,但一方或双方实际上是否期望授权涵盖某种用途,即有关商业秘密未来的使用范围的决定是客观的,由于无法轻易从合同条款中看出当事人就该问题的意图,法院通常会根据外部间接证据将预见或缺乏预见归责于当事人。因此,可预见性使用标准是客观的,与当事人的主观意图无关。

五、结 语

默示保密义务是商业秘密保护中的难点问题,实践中,默示保密义务的无限扩大适用导致了对所有者的过度保护,不利于与社会利益的平衡。

商业秘密保护不仅要维护商业秘密所有者的利益,还要有利于社会的智力创造,这就要求默示保密义务的适用要平衡这两方面的利益。相对于商业秘密接收者的其他保密义务而言,默示保密义务有其独特的价值和功能,其规范功能包括促进商业秘密的有限披露、调整商业秘密的控制范围,以及克服专有权制度的固有缺陷。

实务中默示保密义务适用的泛化,与默示保密义务的规范功能是相悖的。这种现象产生的原因包括默示保密义务认定方法不科学、适用者将商业道德义务同于保密义务、保密措施的认定依附于秘密性要件等。这种泛化所产生的影响也是直观的,根本而言是对商业秘密所有者利益的过度保护削弱了商业秘密保护中的信息披露功能;外在表现为

^⑧ See Charles Tait Graves, *The Law of Negative Knowledge: A Critique*, Texas Intellectual Property Law Journal, Vol.15:387, p.404 (2007).

“不可避免披露”原则的适用、商业道德适用的扩张并架空商业秘密保护的具体规则,以及对商业秘密财产性基础的破坏。

基于商业秘密保护中的利益平衡,默示保密义务的适用要遵循公平原则,以公平告知为前提来确定该义务的存在,以可预见性使用为标准来确定义务的具体内容。可预见性使用标准契合默示保密义务的规范功能,可限制保密义务的不合理扩大,在其适用中需要对被告使用原告商业秘密某些要素的事实进行规范评价,并关注所使用要素的重要性。可预见性判断应从商业秘密所有者所在行业内的竞争对手的角度出发进行衡量,并与所有者投资决定开发的时间点相联系。

Abstract: In the context of the current dissemination environment for trade secrets, the importance of implied confidentiality obligations is increasingly prominent. The regulatory function lies in balancing the interests of trade secret owners and societal benefits in trade secret protection. In practice, there is a general trend towards the application of implied confidentiality obligations, driven by factors such as unscientific identification methods, uncertain ethical implications in business, and the dependency of confidentiality requirements on secrecy criteria. This makes the applicants view trade secret protection with a closed mindset, which tends to excessively favor the interests of owners, leading to consequences of indirect recognition of the principle of ‘inevitable disclosure’, higher standards for ethical business practices, circumvention of trade secret protection rules, and erosion of the proprietary foundation of trade secrets. Based on the balance of interests within trade secret protection, the determination of the scope of implied confidentiality obligations should be guided by the principle of fairness. The determination of the existence of implied confidentiality obligations should be based on the principle of fair notice, and the content of implied confidentiality obligations should prioritize foreseeable use standards. In this way, the unreasonable expansion of the scope of implied confidentiality obligations can be prevented.

(责任编辑:任彦)