

論中國法律中的默示保密義務

陳洵彧、韋之

中國現行法律中存在着衆多涉及商業秘密保護的規定，其中最重要者當屬《反不正當競爭法》第9條。2019年修正案將該條第1款第(三)項中的“違反約定”修改為“違反保密義務”。這意味着，合同不再是保密義務的唯一來源。顯然，法律也可以給特定類型的主體設定保密義務。筆者在此關心的是，如無合同與法律的具體規定，商業秘密持有者能否主張他人負有默示保密義務？

一、概念和特點

(一)一般保密義務

一般保密義務以合同或者法律中的具體規範為依據。這些依據通常表述為，某類主體對其在從事特定活動期間所知悉的商業秘密負有保密義務。¹可見，一般保密義務的依據包含明確、具體的構成要件。因此，法官在判斷義務有無時的自由裁量空間較小。在依據合法有效的情況下，只要確認當事人具有特定主體身份，且知悉商業秘密，通常就應當得出其負有保密義務的結論。

這種保密義務的設定方式有利有弊。一方面，它明確肯定了義務的存在，有利於減少紛爭；另一方面，它又面臨過於簡單和機械的問題。具體來說，法律規定所涉及的主體類型有限，單靠它們難以應對紛繁複雜的社會生活；而合同雖然在正常情況下能夠彌補這一不足，但出於種種原因，它有時也會缺席或者失靈。例如，存在效力瑕疵的保密協議可能無法作為當事人承擔義務的依據。²又例如，對保密義務範圍的描述越具體的合同越容易掛一漏萬，一旦涉及無法為約定範圍所涵蓋的信息，爭議就容易產生。

既然合同和法律難免有缺席之時，默示保密義務的有無就是一個無法迴避的問題。如同民商法其他領域一樣，默示義務

總能在法律和合同留下的縫隙中找到發揮作用的機會。

(二)默示保密義務

在民法上，“默示”是與“明示”相對應的概念，指以可推斷的行為做出的意思表示；³在知識產權法上，“默示許可”是指根據當事人的行為推定授權成立的許可方式。⁴沿襲上述理解，商業秘密法律中的“默示保密義務”可以被界定為，在沒有合同和法律具體規定的情況下，當事人基於其可推斷的在先行為而應承擔的保密義務。

默示保密義務具有不確定性。這一概念的使用方式主要有兩種：一是在合同中約定一方負有“明示或默示保密義務”，起着兜底作用；⁵二是合同並無約定，但在訴訟過程中主張一方根據誠實信用原則應承擔默示保密義務。無論是合同兜底條款還是法律原則規定，都缺乏具體的構成要件，既沒有限定主體身份，也沒有闡明義務範圍。當事人的行為能否產生默示保密義務取決於個案事實，法官擁有較大的自由裁量權。對於法律解釋者而言，這種不確定性既是挑戰也是機會。

儘管我們將保密義務區分為上述兩種類型，但在一些情況下，二者並沒有那麼涇渭分明。例如，一方當事人有時會在口頭上籠統地要求關係人承擔保密義務，但這種要求往往是單方提出的，尚未形成合意，而且義務範圍也不明確，所以雖然形式上有所明示，但實質上仍屬於默示的範疇。

(三)特殊問題

司法實踐中已有運用默示保密義務概念的一些案例。目前，如果遇到缺乏合同約定和法律具體規定的情況，僅個別法院會進一步分析當事人有無默示保密義務，更多法院會直接得出否定的結論。在筆者接觸到的案例中，以下問題尤值得一提：

第一，默示保密義務的存在能否證明當事人採取了保密措施？根據《反不正當競爭法》第9條第4款，採取保密措施是商

業秘密的構成要件之一。2020年頒佈的《最高人民法院關於審理侵犯商業秘密民事案件適用法律若干問題的規定》（法釋〔2020〕7號，以下簡稱爲“《商業秘密規定》”）第6條列舉了包括簽訂保密協議在內的保密措施，但並沒有將默示保密義務納入其中。於是，實踐中產生了一些爭議。對此，最高人民法院在一份裁定書中給出了否定的結論：“派生於誠實信用原則的合同的附隨義務，是根據合同的性質、目的和交易習慣履行的附屬於主債務的從屬義務，其有別於商業秘密構成要件‘保密性’這種積極的行爲，並不體現商業秘密權利人對信息採取保密措施的主觀願望以及客觀措施”。⁶

第二，向可能負有默示保密義務的人披露商業秘密是否構成使用公開，導致技術喪失新穎性？最高人民法院在判例中明確予以否定：“產品交付後，如果買賣雙方之間就產品的技術內容簽有保密協議，或買方負有默示保密義務的，除非有證據證明買方違反了保密義務，否則也不能視爲已向不特定公眾公開”。⁷原專利複審委員會也持相同觀點：“（公司職員）屬於具有默示保密義務的特定人，其行爲並不導致隆成公司的產品處於國內公眾中任何人想得知就可以得知的狀態”。⁸此外，根據《專利法》第24條的規定，在申請日以前六個月內，他人未經申請人同意而泄露其內容的，不喪失新穎性。這種泄露也包括對默示保密義務的違反。⁹

二、法律依據

（一）《民法典》中的附隨義務

附隨義務是指在合同和法律所定內容之外，一方根據誠實信用原則而負有的顧及另一方當事人權利和利益的義務。¹⁰2020年頒行的《民法典》規定的附隨保密義務有三種：第500條和第501條的先合同義務、第509條第2款的合同履行中的附隨義務、第558條的後合同義務。

《民法典》第500條規定：“當事人在訂立合同過程中有下列情形之一，造成對方損失的，應當承擔賠償責任：……（三）有其他違背誠信原則的行爲”。第509條第2款規定：“當事人應當遵循誠信原則，根據合同的性質、目的和交易習慣履行通知、協助、保密等義務”。第558條規定：“債權債務終止後，當事人

應當遵循誠信等原則，根據交易習慣履行通知、協助、保密、舊物回收等義務”。可見，附隨義務是誠實信用原則的具體化，但這種具體化進行得並不十分徹底。以這些條款作爲依據時，保密義務的有無仍需要根據個案事實並結合各種因素進行判定。因此，它們是默示保密義務的法律依據。

《民法典》第501條規定：“當事人在訂立合同過程中知悉的商業秘密或者其他應當保密的信息，無論合同是否成立，不得泄露或者不正當地使用；……”。可見，該條款並沒有使用“遵循誠信原則”“根據合同的性質、目的和交易習慣”等明顯帶有不定性的措辭。按照其表述，只要當事人處於磋商階段，且知悉了商業秘密，就應承擔保密義務。因此，第501條已經有了足夠明確的構成要件，屬於產生一般保密義務的具體規範。¹¹此外，由於第501條涵蓋了訂立合同過程中保密義務的所有情形，是第500條第（三）項的具體化，所以後者雖然形式上是默示保密義務的法律依據，但通常不再有被引用的機會。

司法實踐中已有運用附隨義務的理論和規定來論證當事人負有保密義務或競業限制義務的案件。例如在北京威拓國際投資顧問有限公司與張揚勞動爭議案中，法院認爲：“勞動者在職期間的競業限制，是勞動者與用人單位建立勞動關係的前提和基礎，屬於勞動合同的附隨義務，來源於誠實信用原則，無需另行約定”。¹²由於競業限制就是保護雇主商業秘密的手段之一，上述論證也適用於保密義務。例如在高海濱與上海緯干液壓自動化系統有限公司競業限制糾紛案中，雇員主張勞動合同中有關保密義務的約定因爲雇主未支付補償金而不具有約束力，但法院認爲：“在職期間的保密義務是勞動者應盡的忠誠義務，並不以是否支付補償爲生效條件”。¹³

（二）《反不正當競爭法》及其司法解釋

《反不正當競爭法》第9條第1款第（三）項是默示保密義務的法律依據。根據該項規定，在商業秘密獲取渠道正當的情況下，只有當事人“違反保密義務或者違反權利人有關保守商業秘密的要求”，其後續利用行爲才具有不正當性。因此，“保密義務”的概念範圍就成爲一個重要的前提。

對此，《商業秘密規定》第10條第1款指出，法律規定和合同約定都能產生保密義務；而第2款則指向了默示保密義務，不僅以“當事人未在合同中約定保密義務”爲前提，且需“根據

誠信原則以及合同的性質、目的、締約過程、交易習慣等”進行判斷。這與附隨義務條款的表述相似，法官在適用時擁有較大的自由裁量空間。從功能上看，該條款一方面起着提示性作用，將《反不正當競爭法》的保密義務概念與《民法典》的附隨義務概念連接起來；另一方面又具有獨立的補充價值，因為附隨義務規定在《民法典》合同編中，而《反不正當競爭法》的規定沒有限制在合同領域內，適用範圍更廣，為其他法律關係中的默示保密義務提供了依據。

（三）原則條款

如前所述，附隨義務是誠實信用原則的具體化成果之一。因此，《民法典》第7條也是默示保密義務的法律依據。在司法實踐中，經常被援引的原則條款還有《反不正當競爭法》第2條、《勞動法》第3條、《勞動合同法》第3條等。

相比於具體規範，原則條款具有高度概括性，法官在適用時應當保持謹慎的態度。有趣的是，個別法院在認定當事人負有默示保密義務時，選擇直接以基本原則而不是更加具體的附隨義務等條款作為裁判依據。¹⁴事實上，具體規範一般應當優先適用。在案件所涉情形無法為具體規範所涵蓋的情況下，原則條款可以作為裁判依據，發揮其填補漏缺的功能。

三、構成要件

（一）《商業秘密規定》第10條第2款

《商業秘密規定》第10條第2款對默示保密義務的構成要件有所描述。按照該解釋，只要“被訴侵權人知道或者應當知道其獲取的信息屬於權利人的商業秘密”，保密義務就存在。這一點有待商榷。

首先，根據《反不正當競爭法》第9條第1款第（三）項，披露、使用商業秘密的行為只有在違反保密義務或者保密要求的情況下才構成侵權。這說明，不是所有知悉商業秘密的人都要承擔保密義務。一般情況下，只要獲取渠道正當，知悉者就擁有了商業秘密持有者的法律地位，不需要為他人保密。只要知道信息屬於商業秘密就負有保密義務的解釋，將導致“違反保密義務”這一前提條件形同虛設。其次，默示保密義務只是對一般保密義務的補充，它不能取代合同、法律具體規定成為主

流。如果保密義務的承擔僅需滿足當事人知道信息屬於商業秘密的條件，保密協議也將喪失其大部分意義。

因此，筆者認為，默示保密義務的成立應滿足兩個要件：一是信息披露者對接收者具有合理信賴，二是接收者知道或者應知信息屬於商業秘密。

（二）信息披露者的合理信賴

只有在根據當事人可推斷的行為，披露者有合理的理由相信，即便沒有明說，對方在獲知信息內容以後也必然會為自己保密的時候，知悉者才應承擔默示保密義務。無論是附隨義務條款，還是《商業秘密規定》，都有遵循誠實信用原則並根據締約的目的和過程、合同的性質、商業慣例等因素進行判斷的要求，這就是在考察雙方當事人之間是否具有信賴基礎。

產生合理信賴的原因有很多。例如，雇傭關係就是非常典型的信賴關係。只要訂立了勞動合同，雙方就在一定程度上形成了利益共同體，雇主有理由相信雇員會盡職盡責地維護其利益，包括保守商業秘密。另一方面，不是所有類型的法律關係都包含着此種程度的信賴。以普通的買賣合同為例，在江西省簡氏紫砂科技發展有限公司訴專利複審委員會案中，原專利複審委員會主張應根據雙方共同生產產品的事實以及商業習慣推定默示保密義務存在；但法院認為雙方簽訂的是生產設備轉讓合同，僅涉及物的所有權，受讓方“無從知曉哪些生產設備屬於技術秘密”，所以不負有保密義務。¹⁵

（三）接收者知悉信息秘密屬性

判斷當事人是否知道或者應當知道他人向自己披露的信息屬於商業秘密，應根據個案事實，觀察有無足夠的因素傳達了這種屬性。其中常見因素有：

第一，客體方面的因素，包括信息的詳實程度、新舊時間、獲取的難易程度、在技術應用或者談判中的重要程度等。例如，產品的外觀等容易被他人直接感知的信息，就很難使當事人意識到自己負有保密義務。¹⁶又例如，記載了具體實驗數據的資料、標註了詳細數字和說明的精密圖紙、明確給出報價和合作方案的意向書等，更容易引起人們的重視和警惕。在合肥鼎藍貿易有限公司等與安徽中醫藥大學侵害商業秘密糾紛案中，原告主張被告違反保密附隨義務，但其設計圖並未完全展示產品結構且缺乏詳細參數，他人通過簡單觀察所購產品即可

獲知信息；法官未予支持，因為該信息不能使人“立刻、顯然地意識到其應當予以保密”。¹⁷

第二，主體方面的因素，包括當事人的專業身份和職位、個人的知識經驗水平、從事的職業與所涉信息的關聯程度等。長期從事相關領域工作、積累了大量專業知識和實務經驗的專家，顯然比剛入行的新人更容易識別出信息的商業秘密屬性。例如在北京一得閣墨業有限責任公司訴高某某等侵害商業秘密糾紛案中，被告長期擔任主管技術的副廠長，還曾擔任保密委員會的副組長，所以儘管他沒有與公司簽訂保密協議，法院仍然認定其應負相應的保密義務。¹⁸

第三，其他環境因素，包括他人對待信息的嚴肅程度、信息被傳遞的場合和時間等。例如，商業秘密持有者有時雖未提出明確要求，但會有意避開無關人士，在隱蔽的場所向特定主體傳遞信息。又例如，當事人在溝通時使用的“這個消息我只告訴了你”等提示性措辭，也足以讓對方意識到所獲信息被視為秘密。此外，如果訪問者知道其所參觀的車間、工廠等場所被採取了嚴格的分區管理措施並設置了訪問權限，或者訪問者被要求進行身份核查和安檢，尤其是被禁止攜帶錄音攝像設備的，也應當意識到自己即將接觸到的是敏感信息。

結語

默示保密義務是對合同和法律明示規則的重要補充。在對商業秘密進行保護時，合同和法律具體規範的主要地位是不可動搖的。但在二者都缺席的情況下，默示保密義務就能夠發揮一定的作用，彌補明示條款的不足。

對默示保密義務的使用應當尋找平衡點，而不是偏廢。反對使用這一概念的觀點認為，商業秘密保護的邊界會因此而變得模糊不清，當事人對其行為結果的預判也會受到影響。然而，無論是否以言語加以描述，權利邊界上的灰色地帶始終存在。所以，舍棄特定的概念並不能使問題歸於消失。不過，法官在判斷當事人應否承擔默示保密義務時的確應當更加小心，以免造成利益失衡。本文的簡要分析足以表明，默示保密義務的理論和實踐正是觀察中國知識產權法律進化的一個難得的標本。■

作者單位：中國政法大學

¹ 例如《商標法》第19條，《反壟斷法》第41條，《促進科技成果轉化法》第30條等。

² 例如（2017）蘇0205民初4563號民事判決書。該案原告提供的保密協議僅有雇員簽字而無公司蓋章，法院認定合同未成立，對雇員不具有約束力。

³ 《民法典》第140條第1款規定：“行為人可以明示或者默示作出意思表示”。理論解釋參見梁慧星：《民法總論（第五版）》，法律出版社2017年版，第177頁；[德]梅迪庫斯：《德國民法總論》，邵建東譯，法律出版社2013年版，第252頁。

⁴ 參見張今，陳倩婷：“論著作權默示許可使用的立法實踐”，載《法學雜誌》2012年第2期，第71頁；袁真富：“基於侵權抗辯之專利默示許可探究”，載《法學》2010年第12期，第109頁。

⁵ 參見（2019）滬0115民初7343號民事判決書。與之類似的是，一些法律條文會在列舉完具體情形後附加“其他”一詞兜底，這也屬於沒有具體構成要件的默示義務的依據。

⁶ （2012）民監字第253號民事裁定書。

⁷ （2020）最高法知民終999號民事判決書。

⁸ （2009）一中行初字第333號行政判決書。

⁹ 例如（2018）京73行初3909號行政判決書。法院認為：“他人未經申請人同意而泄露其內容所造成的公開，包括他人未遵守明示或者默示的保密信約而將發明創造的內容公開”。

¹⁰ 附隨義務的定義參見史尚寬：《債法總論》，中國政法大學出版社2000年版，第341頁；張弛、鮑治：《附隨義務論》，載《華東政法學院學報》1999年第6期，第23頁。外國法律中附隨義務的規定更早見於德國民法典第241條第2款和第242條，陳衛佐譯：《德國民法典》，法律出版社2020年11月第5版，第92頁。

¹¹ 需要注意的是，《民法典》第501條與第509條第2款的內容存在部分重合。合同成立之後，當事人對其在合同訂立過程中知悉的商業秘密所負有的保密義務會轉化成合同履行中的保密義務。當事人違反該義務的，如果合同未成立，應承擔締約過失責任；如果合同已成立，應承擔違約責任。

¹² （2018）京03民終955號民事判決書。

¹³ （2019）滬02民終7553號民事判決書。

¹⁴ 例如（2020）蘇0508民初7715號民事判決書，（2018）京03民終955

Implied Obligation of Confidentiality in China's Laws

Chen Xunyu and Wei Zhi

There are various provisions in relation to the protection of trade secrets in China's current laws, among which Article 9 of the Anti-Unfair Competition Law is the most important. In the 2019 amendment thereto, the phrase "in violation of agreement" in item (3) of Article 9.1 was revised to "in violation of the obligation of confidentiality", which means that the obligation of confidentiality does not arise from contracts only. Obviously, laws can set obligation of confidentiality for certain types of subjects. This article will discuss whether a trade secret owner can claim that other party or person is under an implied obligation of confidentiality where no specific provision is set forth in a contract or laws.

I. Concept and characteristics

1. General obligation of confidentiality

The general obligation of confidentiality is subject to specific provisions in contracts or laws. These provisions are usually expressed as that a certain type of subjects are under the obligation to keep confidential the trade secrets that they acquire in the course of a particular activity.¹ It can be seen that a provision relating to the general obligation of confidentiality encompasses clear and specific constituent elements. Therefore, judges have less discretionary power in determining whether such an obligation exists. Where said provisions are valid and enforceable, it generally can be concluded that a party has the legal obligation of confidentiality as long as the party is of certain legal status

and knows the trade secret.

There are pros and cons to the above manners to creating obligation of confidentiality. On the one hand, it clearly affirms the existence of obligations, which is conducive to dispute reduction; and on the other hand, it is criticized as too simple and rigid. To be specific, the types of subjects as prescribed in laws are too limited to cope with the complicated social life; and although contracts can make up for such a deficiency under normal circumstances, they may be absent or malfunction sometimes for various reasons. For instance, a non-disclosure agreement with a validity defect cannot serve as the basis for the parties' obligation.² Another example is that the more detailedly the scope of confidentiality obligations is described in a contract, the more likely something is left out. A dispute may easily occur once any information beyond the scope as agreed by the parties is involved.

Since it is inevitable that contracts and laws are missing, it is impossible to evade the problem of whether an implied obligation of confidentiality exists. Just like in other areas of the civil and commercial law, implied obligations will always play a role in closing loopholes in laws and contracts.

2. Implied obligation of confidentiality

In civil law, "implied", as a concept opposite to "explicit", refers to a declaration of intent in the form of acts from which it can be inferred.³ In intellectual property laws, "implied license" refers to the way of licensing, in which the grant of license is presumed from the parties' acts.⁴ Simi-

號民事判決書。兩個案件的裁判依據都是《勞動法》第3條和《勞動合同法》第3條。儘管在論證過程中提到了“附隨義務”的概念，但法院並沒有引用《合同法》的相關規定（即在後頒行的《民法典》第501、509、558條）。

¹⁵ (2008)一中行初字第293號行政判決書。

¹⁶ 參見(2014)鄂民三終字第00409號民事判決書。法院認為：“牙刷產品製造完成後，其包裝卡的外觀即已固定的呈現並容易為人所感知，不能苛求樂金公司對該產品的外觀擔負默示的保密義務”。

¹⁷ (2015)合民三初字第00176號民事判決書。

¹⁸ (2011)民監字第414號民事裁定書。