

言语行为理论视角下的保密协议

胡滨斌*

目次

一、问题的提出	三、言语行为理论对保密协议的分析
二、商业秘密理论基础和保密协议	(一) 言语行为理论
(一) 商业秘密理论基础的变迁	(二) 保密协议的宣示功能
(二) 商业秘密知识产权化视角下保密协议的功能	四、结论

摘要 在现代商业秘密法中,保密协议之重要地位,不仅仅在于其对于商业秘密持有人与相对人权利和义务的设定。根据奥斯丁言语行为理论,言语行为分为三种:以言表意、以言行事和以言取效。保密协议主要是一种以言行事的行为,而非以言取效的行为,其目的在于通过保密协议的订立,宣示商业秘密的存在。因此,现代保密协议的主要功能是作为保密措施。这是商业秘密作为典型知识产权的体现。同时,作为言语行为,保密协议应当与其他保密措施相结合,从而相互得到“解释”。商业秘密法的相关制度设计和法律适用,应当充分考虑保密协议的功能变迁。

关键词 商业秘密 保密措施 保密协议 言语行为

一、问题的提出

在现代商业秘密法中,保密协议是一个奇怪的存在。^[1]一方面,保密协议约定了保密义务,

* 上海交通大学凯原法学院讲师、法学博士。

[1] 现实中,保密协议的表现形式是多样的。比如,有的直接体现为专门的保密协议(合同),有的则体现于雇佣合同(劳动合同)、商业性合作合同或其他合同之中,以保密条款的形式来呈现。See Alan J. Tracey, *The Contract in the Trade Secret Ballroom — A Forgotten Dance Partner*, 16 Texas Intellectual Property Law Journal 47, 48 (2007). 有些国外学者在讨论保密协议时,将竞业限制合同或条款亦视为保密协议。See Deepa Varadarajan, *The Trade Secret-Contract Interface*, 103 Iowa Law Review 1543 (2018). 笔者认为这种观点值得商榷。竞业限制合同(non-compete contract)与保密协议(confidentiality agreement, non-disclosure contract)存在明显的区别。竞业限制合同虽然通常亦与商业秘密保护有关,但其直接内容主要是规定,在某特定期限内,义务人不得从事与权利人相同或类似行业的工作;而保密协议则直接将不得以不正当方式获取、披露、使用商业秘密作为内容。法律对于竞业限制合同有较严格的规定,比如竞业限制不得超过一定的时间限制,且必须对于受限制人进行一定形式的补偿;而保密协议则没有这些要求。参见我国《劳动合同法》第23条、第24条。在本文中,所称的保密协议包括独立的保密合同,也包括体现于其他合同(尤其是劳动合同)中以保密条款体现的约定,但不包括竞业限制合同或条款。

是保密义务的重要来源;另一方面,保密协议又是最常见的保密措施之一,是认定商业秘密成立的重要理由和证据。^{〔2〕}从逻辑上说,保密义务之有效以商业秘密的存在为前提,如果商业秘密不成立,就商业秘密法而言,保密义务就失去了基础,法律规定的责任当然就无法适用。^{〔3〕}然而,商业秘密的成立,又大量依赖保密协议的签订。^{〔4〕}如此一来,似乎陷入了一个逻辑怪圈:作为合同的保密协议在法律上的有效性,需要商业秘密的存在;商业秘密的认定和存在,往往又依赖保密协议的签订。这种现象在其他知识产权领域中,都不存在。在《专利法》中,专利权的获得取决于发明创造是否符合法定的条件,就技术方案而言,只有符合新颖性、创造性和实用性,才有可能依申请获得专利权。^{〔5〕}专利权的取得只与申请专利的发明创造本身有关。在《著作权法》中,作者获得著作权的条件是通过自己的创作行为产生了具有独创性的表达。独创性取决于作品本身。^{〔6〕}

如何解释商业秘密法中这种看似怪异的现象,涉及商业秘密法基础理论的运用和完善。因此有必要对保密协议在现代商业秘密法中的属性和功能进行细致的分析和研究。本文拟借鉴当代语言哲学中的言语行为理论,对商业秘密法中保密协议的相关理论和实践问题进行探究。^{〔7〕}

二、商业秘密理论基础和保密协议

(一) 商业秘密理论基础的变迁

现代商业秘密法中保密协议的属性和功能,与商业秘密保护的理论基础具有密切关系。只有大体明确了商业秘密本身的基本属性,才能对置身其中的保密协议的属性、功能做出有说服力的解释。可惜的是,对于商业秘密的基本属性,至今在法学界仍然存在相当大的分歧。表面上看,我国《民法典》已经将商业秘密明确列入知识产权范围,因此只要对法律有所了解的人,都会认为商业秘密是知识产权。^{〔8〕}这一点,早在1994年世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》(以下

〔2〕《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(2020修正)(法释〔2020〕19号)第11条第3款,保密协议是该司法解释明确提及的保密措施。See Deepa Varadarajan, *supra* note〔1〕, at 1547.

〔3〕法律主体也可以约定对于非商业秘密类信息加以保密,这与商业秘密法没有直接和必然的法律关系,因此,本文所称“保密协议”仅仅限于商业秘密法意义上的保密协议,对于非商业秘密法领域的保密协议不作讨论。

〔4〕保密协议被有的学者称为“万能型”的保密工具。See Alan J. Tracey, *supra* note〔1〕, at 47, 48.

〔5〕《专利法》第22条规定:“授予专利权的发明和实用新型,应当具备新颖性、创造性和实用性。”我国专利法既保护技术方案,也保护设计方案。外观设计获得专利权保护的条件与技术方案有所不同,可以参见《专利法》第23条。

〔6〕《著作权法》第3条。

〔7〕言语行为理论在国外法学界受到相当的重视,已有不少研究者运用该理论来分析诸多法律现象。See Laura E. Little, *Hiding with Words: Obfuscation, Avoidance, and Federal Jurisdiction Opinions*, 46 UCLA Law Review 75 (1998); Peter Meijes Tiersma, *The Language of Offer and Acceptance: Speech Acts and the Question of Intent*, 74 California Law Review 189 (1986). 我国法学界也已经有一些学者以言语行为理论为工具,进行法学领域的研究。这些研究为人们更好地理解法学理论与实践问题,提供了新的视角与工具。不过到目前为止,这种交叉学科性质的研究尚处于起步阶段,其深度和广度还有待加强。同时,我国学术界将言语行为理论运用到法学领域的成果,多见于法理学或立法学相关领域,比如可以参见易花萍:《立法言语行为的人本法律实践研究》,载《黑龙江社会科学》2020年第6期;陈杰:《言论自由与言语行为——论检验“言语行为”的标准》,载《北京社会科学》2020年第11期;吴淑琼:《立法文本中禁止类言语行为的力动态研究》,载《外国语文》2019年第3期;易花萍:《立法修辞转变的言语行为理论视角——兼观〈中华人民共和国监察法〉立法表述之得失》,载《北华大学学报(社会科学版)》2020年第5期。但对于部门法具体制度的研究似乎还比较少见。

〔8〕《民法典》第123条。

简称“TRIPS 协议”)中就已经写得相当清楚。^{〔9〕}然而,这只是表面现象。知识产权可以在相当广泛的意义上理解,尤其是当《保护工业产权巴黎公约》第 10 条之二将反不正当竞争写入后,长久以来,反不正当竞争的“权利”亦被作为知识产权的组成部分。但这些基于反不正当竞争法的“权利”,往往被法学研究者认为是“法益”,与典型的知识产权如专利、版权具有不同的属性。^{〔10〕}比如有学者最近指出:“我国《民法典》将商业秘密作为知识产权客体予以保护,并不意味着商业秘密权与知识产权相等同……将某种法益纳入某部法典保护,并不能当然推导出该法益本质上就属于某种权利,二者之间没有必然关系。我国《民法典》第 123 条的规定更多的是宣示性意义,并未根本改变商业秘密的反不正当竞争利益性质。”^{〔11〕}该学者进一步认为,“商业秘密法律保护的重心并不在于权利人市场竞争利益或商业机会的减损,而是行为自身的市场竞争属性和不正当性,是否违背了商业伦理或道德,是否扰乱了公平自由的市场竞争秩序”。^{〔12〕}这种理论观念在法律实务中得出的结论之一,是主张将不正当的商业秘密获取行为与不正当的披露或使用行为在法律上严格区分开来。^{〔13〕}

这种观点可以称为“竞争秩序保护说”,其本质是主张商业秘密的理论基础是商业道德和竞争秩序,这与美国商业秘密法发展史上的“信任关系”理论具有共同的理论基础。在 1917 年的一个著名案件中,美国联邦最高法院霍尔姆斯大法官指出,在商业秘密案件中,关键不是财产权,而是信任关系。霍尔姆斯指出:“在……商业秘密中使用‘财产’这个词,只是一种未经分析的间接表达。其直接的问题是法律对于诚实信用有一些基本要求……财产权可以被否认,但是信任关系不能。因此,这里的起点不是财产权,也不是法律的正当程序,而是被告与原告具有信任关系。”^{〔14〕}

这个观点影响深远。在 20 世纪相当长的一段时间里,“信任关系”理论成为商业秘密保护中占优势地位的一种学说。对于此种“信任关系”的保护,并非直接来源于当事人之间的契约关系,相反,它来源于“法律对于诚实信用有一些基本要求”。1939 年,美国法律协会在总结以往判例的基础上,发布了《侵权行为法第一次重述》,较为清晰地界定了商业秘密的概念和一整套责任规定,其中的规定被很多法院所采纳。^{〔15〕}在这一文件中,对于“信任关系”的保护得到了确认。我国一些学者主张的将非法获取商业秘密的行为,与非法披露或使用商业秘密的行为区分开来的观点,可以在《侵权行为法第一次重述》中找到影子。美国商业秘密法的权威学者指出,“根据《侵权行为法第一次重述》,不正当地获取商业秘密行为仅仅是不正当披露、使用的谓语部分(predicate)”。^{〔16〕}换言之,从《侵权行为法第一次重述》第 757 节视角来看,认为非法获取商业秘密行为不完全是独

〔9〕 TRIPS 协议第 39 条。

〔10〕 参见郑友德、胡承浩、万志前:《论反不正当竞争法的保护对象——兼评“公平竞争权”》,载《知识产权》2008 年第 5 期,第 4—5 页。

〔11〕 王志远:《侵犯商业秘密罪保护法益的秩序化界定及其教义学展开》,载《政治与法律》2021 年第 6 期,第 44 页。

〔12〕 同上注,第 49 页。

〔13〕 就侵犯商业秘密罪适用而言,该观点主张在 2021 年 3 月 1 日《中华人民共和国刑法修正案(十一)》施行后,“单纯非法获取商业秘密的行为不构成犯罪”。同上注,第 50 页。

〔14〕 E.I. du Pont de Nemours Powder Co. v. Masland, 244 U.S. 100, 102 (1917).

〔15〕 该《重述》并不是成文法,而是对于以往普通法判例的整理、归纳和总结。但是,它对于法院有很大的影响,因此有的学者将其称为“半立法性指导”(quasi-legislative direction)。See Rochelle Cooper Dreyfuss, *Do You Want to Know a Trade Secret? How Article 2B Will Make Licensing Trade Secrets Easier (But Innovation More Difficult)*, 87 California Law Review 191, 193 (1999).

〔16〕 Roger M. Milgrim & Eric E. Bensen, *1 Milgrim on Trade Secrets*, Matthew Bender & Company, inc., § 1.01 (2021).

立的侵犯商业秘密行为,还是有一定依据的。^{〔17〕}

“信任关系”的法理基础是商业道德。相对于商业秘密保护早期的契约论基础,其解释力更为强大。^{〔18〕}“信任关系”理论同时也否定了在契约论之后产生的商业秘密保护“财产论”学说。^{〔19〕}但是,以“信任关系”为理论基础,在商业秘密保护方面亦有所不足。比如有学者指出,在“信任关系”理论下,信任关系本身的“范围难以确定”。^{〔20〕}由此将带来商业秘密保护上的不确定性。不但信任关系的范围不易确定,而且商业道德本身的内容亦处于流变之中,更进一步加剧商业秘密保护的难预见性。

就保密协议而言,如果以“信任关系”或商业道德为基础,那么签订了保密协议的义务方当然应当信守其保密承诺,“诺言应当得到履行”无疑是商业道德的应有之义。在这种理论范式下,商业秘密本身的界定其实并不重要。如果当事人双方之间就不披露或使用尚未构成商业秘密的信息达成了“保密协议”,只要双方完全自愿且意思表示一致,该保密协议就应当得到法律的支持。但在现代商业秘密法中,公认的规则是,如果商业秘密本身不成立,双方当事人所约定的保密协议是无法得到法律支持的。商业秘密“竞争秩序保护说”或“信任关系说”无法有力地解释保密协议的上述现象。

事实上,随着商业秘密保护重要性的日益显现,人们逐渐认识到,基于普通法的“信任关系”理论难以满足现实的需要。很多企业或个人认为在普通法下,自己涉及商业秘密的利益没有得到充分的保护。这也构成了后来制定《统一商业秘密法》的重要动机。^{〔21〕}1979年,在“统一州法全国委员会”(The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)制定的草案基础上,美国律师协会(the American Bar Association)推出了《统一商业秘密法》(UTSA),并于1985年作了修订。^{〔22〕}《统一商业秘密法》与之前以普通法为基础的商业秘密保护相比,包括以下改变:它明确了商业秘密的准确定义,排除了对不符合商业秘密定义的商业信息的保护,明确了主张商业秘密侵害成立必须证明商业秘密的存在和一项或多项侵害行为,等等。^{〔23〕}

〔17〕 但这种情况在《统一商业秘密法》中完全被改变。根据《统一商业秘密法》的规定,不正当地获取、披露、使用商业秘密的行为是彼此独立的。Ibid.

〔18〕 通常认为,1837年由马萨诸塞州最高法院做出的一个判例,是美国商业秘密保护的开端。该案为一个合同纠纷,其中涉及制造巧克力的秘密工艺。审理该案的马萨诸塞州最高法院指出,结合案件事实,该案中被告的行为已经构成了对于合同义务的违反,具有可归责性,因而本应承担法律责任。在这个美国首起涉及商业秘密的案件中,法院是以合同理论为基础进行审理的。Vickey v. Welch, 36 Mass. 523 (1837). 从这个意义上可以认为,美国对于商业秘密的保护,与合同制度有密切的关系。马萨诸塞州最高法院的观点实质上是通过赋予契约以合同法上的效力,来保护该协议所针对的秘密信息。

〔19〕 1868年,在Peabody v. Norfolk一案中,马萨诸塞州最高法院曾认为,对于商业秘密的保护,应当视为对于财产的保护。审理该案的格雷法官在判决书中指出:“法律的政策是要鼓励、保护发明创造和商业努力,从而更好地增进公众福祉。……如果一个人发明或者发现一个生产工艺,然后将其保密,无论该工艺是否可能以专利进行保护……他都对该信息享有财产权。”Peabody v. Norfolk, 98 Mass. 452 (1868). 这个判例明确提出无形的信息、声誉等可以作为财产权的客体,特别地,它指出商业秘密持有人对其秘密信息享有财产权。根据波士顿大学法学院教授罗伯特·波恩的研究,该判例对于商业秘密财产权的观点受到当时法律形式主义财产权学说的影响。Robert G. Bone, A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification, 86 California Law Review 241, 259 (1998). 随着人们对于法律形式主义财产权学说的质疑,商业秘密财产权学说被认为是有问题的一种理论。

〔20〕 黄武双:《商业秘密的理论基础及其属性演变》,载《知识产权》2021年第5期,第6页。

〔21〕 Sharon K. Sandeen, *The Evolution of Trade Secret Law and Why Courts Commit Error When They Do Not Follow the Uniform Trade Secrets Act*, 33 Hamline Law Review 493, 502 (2010).

〔22〕 《统一商业秘密法》是一部示范法,本身并没有法律效力。它是供美国各州在进行州层面的商业秘密成文立法时进行参考。截至2020年底,美国只有纽约州在州法层面尚主要适用《侵权行为法第一次重述》第757节规定的原则,其他州都参照《统一商业秘密法》制定了相应的商业秘密成文法。See Milgrim & Bensen, *supra* note [16].

〔23〕 See Sharon K. Sandeen, *supra* note [21], at 520.

《统一商业秘密法》相较于之前以普通法为基础的商业秘密保护的改进,在很大程度上可以视为人们重新把商业秘密的理论基础投向财产权尤其是知识产权。^[24]这里所说的知识产权,不是宽泛的、包括法益在内的“广义知识产权”,而是狭义的、典型意义上的知识产权(下文如无特别说明,“知识产权”均指狭义知识产权)。在典型的知识产权领域,排他性权利享有的前提是具有满足法定条件的客体。比如,在版权法领域,受版权法保护的客体必须是具有独创性的表达;在专利法领域,某种发明创造获得专利权的保护必须符合新颖性、创造性和实用性等实质性授权条件;在商标法领域,获得保护的商标必须具有显著性,包括固有显著性或获得显著性。《统一商业秘密法》之所以修正商业秘密的定义,正在于适应商业秘密知识产权化的需要。^[25]事实上,以契约论为基础,商业秘密的法律定义根本无足轻重——问题不在于作为合同客体的信息本身有什么性质,而在于签订合同的当事人是否真实地体现了自己的意愿。^[26]在信任关系理论下,商业秘密的定义虽然具有一定的积极意义,但依然以信任关系本身为依托——商业道德或诚信原则才是问题的根本,而商业秘密的定义之所以具有意义,是因为只有商业秘密持有人对于该信息具有实质性的利益,对商业道德或诚信原则破坏才有明确的指向。在此种理论框架下,第一性的问题是商业道德或诚信原则,而财产性则是派生的。但是,如果将商业秘密视为知识产权,情况将发生根本性变化。基于知识产权制度对于权利人和社会公众利益的平衡,只有适格的知识产权客体才能在一定条件下获得某种程度的排他性权利。此时,知识产权客体适格性的界定,就显得更加重要了。这也正是《统一商业秘密法》严格界定商业秘密定义,并且将商业秘密存在作为商业秘密侵害成立前提之一的真正原因。^[27]

(二) 商业秘密知识产权化视角下保密协议的功能

以知识产权为商业秘密的理论基础,可以较好地解决保密协议的逻辑悖论。将商业秘密视为知识产权后,商业秘密权利和义务关系主要来源于法律的直接规定或要求。在这种语境下,保密协议的“合同法功能”已经弱化。体现在:第一,即使商业秘密持有人与相对人没有签订“保密协议”,只要相对人感觉到保密措施的存在,就不得以不正当手段获取、披露、使用有关商业秘密。换言之,相对人承担保密义务的原因完全可以超越保密协议的约定。第二,即使当事人之间签订了明确的保密协议,如果没有具体的、有效的、受法律保护的商业秘密,这种“合同”就无法得到法院

[24] 关于商业秘密为知识产权的观点,可以参见 Mark A. Lemley, *The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*, 61 Stanford Law Review 311 (2008),亦可以参见林秀芹:《商业秘密知识产权化的理论基础》,载《甘肃社会科学》2020年第2期,第19页;前注[20],黄武双文,第14页。

[25] 斯坦福大学法学院马克·莱姆利教授对于商业秘密是知识产权提出了有力的论证。在莱姆利教授看来,虽然其他类型的知识产权,尤其是专利,也可以鼓励发明创造,但商业秘密法较之专利法有其独特而重要的优点:商业秘密保护的成本更低,获得权利的时间更快,同时通过商业秘密法可以保护那些无法为专利法保护的信息尤其是经营类的信息。莱姆利教授指出,商业秘密不是传统意义上的财产权,但它的确是知识产权的一种形式,而非波恩教授所认为的只是合同、侵权之类法律规则的集合。他进一步认为,商业秘密法在事实上是鼓励了信息的公开,而非将其完全“保密”。因为如果没有商业秘密法律的保护,很多行业的企业会以过高的成本来进行“保密”投资,商业秘密法在某种程度上是作为企业通过物理性和合同性限制,来保护自己商业秘密的一种替代物。See Mark A. Lemley, *supra* note [24], at 313.

[26] 对于将合同作为商业秘密保护理论基础的观点,斯坦福大学法学院马克·莱姆利教授指出,主要存在两方面的理论缺陷:第一,合同理论无法解释商业秘密法中一部分“陌生人”侵害商业秘密的案件。第二,合同理论无法解释商业秘密法与合同约定不一致时出现的很多现象。See Mark A. Lemley, *supra* note [24], at 323.

[27] 2016年时任美国总统奥巴马正式签署《商业秘密保护法》(DTSA)。在民事保护方面,该法从联邦层面增加了保护商业秘密的诉因,同时,该法延续并完善了《经济间谍法》对于商业秘密的刑事保护。该法对于商业秘密的定义与《统一商业秘密法》是基本一致的。参见季冬梅:《众望所归:美国〈商业秘密保护法〉正式生效》,载《科技与法律》2016年第3期,第627页。See Milgrim & Bensen, *supra* note [16].

的支持,获得商业秘密保护法上的效力。在此种情况下,保密义务的真正来源在于法律,而保密协议则主要作为保密措施。

在司法实践中,主张商业秘密保护义务来源于合同约定,在法律修辞上是可以接受的。^[28]但在观念或商业秘密原理层面,若过分执着于这种义务的基础性原因是契约,则有可能导致商业秘密保护的误区。比如,如果原告与被告没有签订保密协议,或者这种保密协议难以举证,就可能认为被告没有相应的保密义务;或者,如果原告与被告签订了保密协议,并且约定了违约金,就认为原告只能主张合同明确规定的违约责任。

很多法院对于保密协议的态度则超越了直接的合同关系。比如,在“McRoberts Software, Inc. v. Media 100, Inc.”一案中,被告“Media 100”公司主张,该案是合同纠纷,应当根据合同关系来判定损害赔偿,但印第安纳州联邦地区法院认为在判定损害赔偿时,该案中合同关系为商业秘密侵权之诉所超越。法院指出,“MSI 公司成为合同关系的当事人并不意味着它放弃了将侵权作为诉因的权利”。^[29]中国很多法院持类似的立场。在“阳泉康海龙轩视光技术有限公司与张某侵害商业秘密纠纷案”中,原告阳泉康海龙轩视光技术有限公司(以下简称“康海龙轩”公司)是一家从事视力矫正技术咨询、验光配镜服务、销售眼镜等经营活动的公司。被告张某受聘于原告从事眼镜配制、店面服务等工作。后张某从“康海龙轩”公司离职,并与其他人共同成立了本案第三人山西中视瞳视光生物科技有限公司。原告认为被告及第三人侵害了其商业秘密(客户信息)。张某认为,自己与“康海龙轩”公司并没有签订保密协议,因而不需要承担保密义务。^[30]这种观点实际上是主张员工的保密义务来自契约。在本案中,法院认为,“张某违反法定的保守商业秘密的义务,允许第三人使用其所掌握的商业秘密,第三人在明知的前提下,使用了上述商业秘密,均属于侵犯商业秘密的行为。张某辩称未签保密协议,不应担责的理由不能成立”。在该案中,法院正确地指出,被告张某违反的是“法定的保守商业秘密的义务”,此种义务的承担并不来自契约(保密协议),而直接来源于法律的要求。再如,在“嘉兴市中华化工有限责任公司、上海欣晨新技术有限公司与王龙集团有限公司、宁波王龙科技股份有限公司、喜孚狮王龙香料(宁波)有限公司、傅祥根、王国军侵害技术秘密纠纷案”中,最高人民法院的观点是:在员工基于其身份知悉商业秘密持有人的商业秘密后,只要商业秘密持有人对于该相关商业秘密采取了合理的保密措施,尤其是对相关员工已经提出保密要求的情况下,员工是否签订保密协议并非为其承担保密义务的必要条件。非但如此,按照最高人民法院在二审判决书中的观点,签订保密协议是基于身份知悉商业秘密的员工的一种“义务”。在这里,员工的保密义务并非由保密协议而产生,相反,签订保密协议是此类员

^[28] 例如,在“烟台军恒工程机械设备有限公司与烟台信人机电设备有限公司、宫少杰侵害商业秘密纠纷案”中,二审法院认为,在签订了保密协议的情况下,雇员不侵害雇主的商业秘密,亦是在履行其合同义务。“(被告)宫少杰在(原告)军恒公司工作期间从事国际贸易工作,参与了军恒公司与澳大利亚 Munro Engineer 公司的多次合同交易,了解并掌握该公司的相关特殊客户信息,军恒公司亦与宫少杰签订了保密协议,故宫少杰应当按照约定保守军恒公司的相关客户信息商业秘密。”在该案中,法院的基本逻辑是,既然原告与被告签订了保密协议,就应当按照合同的约定履行相关的保密义务。应当说,这种观念相当直观,也很容易为人所接受。事实上,我国现行《反不正当竞争法》第9条第1款第(3)项所规定的“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其所掌握的商业秘密”中所称的“保密义务”也包括基于合同的保密义务。但是,这与商业秘密法发展早期借助合同的法律效力来保护商业秘密,性质是不同的。

^[29] McRoberts Software, Inc. v. Media 100, Inc., No. IP99-1577-C-M/S, 2001 WL 1224727 (S.D. Ind. Aug. 17, 2001).

^[30] 山西省阳泉市中级人民法院民事判决书,(2020)晋03民初279号;山西省高级人民法院民事判决书,(2021)晋民终18号。

工应当履行的法律义务，“辞职并非员工拒签保密协议的正当理由”。^{〔31〕}

总之，随着商业秘密法的不断演进，在现代商业秘密法中，单纯从权利义务设定来看，保密协议在合同法上的功能已经弱化了，很大程度上可以为法律对商业秘密的法定保护所取代。保密协议的主要功能是作为保密措施。这正是商业秘密保护知识产权化的重要体现。

三、言语行为理论对保密协议的分析

在商业秘密知识产权化理论视角下，保密协议不仅仅是约定权利义务的合同，它更重要的功能是作为保密措施，表达商业秘密持有人对于秘密信息加以法律保护的意愿，宣示商业秘密的存在。事实上，在司法实践中，保密协议被普遍认定为重要的保密措施。^{〔32〕}然而，更深层次的问题是：本来意在约定保密义务的保密协议何以成为保密措施？下面以现代语言哲学中的言语行为理论对这个问题加以分析和解释。

（一）言语行为理论

维特根斯坦有一个对后世具有深远影响的哲学观点：语言不仅是人类传递信息的手段，而且它本身就是一种重要的人类活动。^{〔33〕}在现代西方哲学中，把这种思想加以详细阐释、发挥和论述的主要是日常语言学派。^{〔34〕}该学派代表人物为英国牛津大学教授奥斯丁(J. L. Austin)^{〔35〕}，其在20世纪中叶提出言语行为理论，并在后来由其学生加州大学伯克利分校约翰·塞尔教授等人加以完善，成为当代语用学中最重要理论。^{〔36〕}

奥斯丁的研究认为，人类的语言不仅仅是传递信息的符号，而且“可以用来实施行为”。^{〔37〕}奥斯丁将言语行为分为三类。他认为语句可以分为三种不同层次的言语行为：以言表意的行为(locutionary act)，即使用某种语句来表达思想或描述世界；以言行事的行为(illocutionary act)，即使用语句来完成某种行为；以言取效的行为(perlocutionary act)，即使用语句来取得某种效果。^{〔38〕}

比如，以下三种语句分属不同的言语行为：“他对我说，‘你不能这样做’”，这是以言表意的行为，它是对客观世界的描述；“我抗议你这样做”，这是以言行事的行为，它向对方表达言者的愿望

〔31〕 最高人民法院民事判决书，(2020)最高法知民终1667号。笔者在这一点上与最高人民法院的意见不完全一致。事实上，由于保密协议中可能载有很多条款，当事人可能基于某些条款而拒绝签订该特定的保密协议，并不能简单地主张保密义务人拒绝签订特定的保密协议，就必然是不正当的。但是，最高人民法院在该案中，明确了当事人并不因其拒绝签订保密协议而可以豁免其保密义务，这一点则是完全正确的。

〔32〕 See Alan J. Tracey, *supra* note〔1〕, at 48.

〔33〕 维特根斯坦把“语言与行动”组成的整体称为“语言游戏”。[“我……把由语言和行动(指与语言交织在一起的那些行动)所组成的整体叫做‘语言游戏’。”]参见[奥]维特根斯坦：《哲学研究》，李步楼译，商务印书馆2000年版，第7页。

〔34〕 日常语言学派又称为牛津日常语言哲学，它强调对于日常语言的哲学研究，这与逻辑实证主义的观点针锋相对。该学派所提倡的哲学分析方法，对于当代哲学以及西方诸多人文社会科学的研究都起到了不可替代的作用。参见江怡：《分析哲学教程》，北京大学出版社2009年版，第166页。

〔35〕 亦有人将其名中译为“奥斯汀”，如商务印书馆“汉译世界名著”系列中，《如何以言行事》一书作者中译名即为“J. L. 奥斯汀”。参见J. L. 奥斯汀：《如何以言行事》，杨玉成、赵京超译，商务印书馆2013年版。本文正文中统一为“奥斯丁”，但注释中尊重所引用的文献，不作更改。

〔36〕 See Tiersma, *supra* note〔7〕, at 193. 亦可参见涂纪亮：《维特根斯坦后期哲学思想研究——英美语言哲学概论》，武汉大学出版社2007年版，第711页。

〔37〕 陈刚：《以言行事与以行表言》，载《江淮论坛》2010年第4期，第64页。

〔38〕 见前注〔35〕，奥斯汀书，译者导言第6页。

和态度;“我阻止你这样做”,这是以言取效的行为,它表示某种效果。^[39] 奥斯丁承认以言行事的行为(“我抗议你这样做”)与以言取效的行为(“我阻止你这样做”)有联系,并且具有相当的相似性,但同时指出,尽管它们有联系,但“它们完全不同”。^[40] 奥斯丁指出,“我命令他,他表示服从”和“我设法使他服从”必须加以区分。^[41] 前者是一种完全的言语行为,而后者在语言活动中可能加上了语言本身以外的因素,通常甚至包括了强迫性的因素于其中。^[42]

奥斯丁的上述重要哲学思想对于理解商业秘密法中保密协议的属性和功能具有相当的启发意义。从奥斯丁言语行为理论角度看,现代商业秘密法发展早期,当事人之间通过合同来约定商业秘密持有人与相对人之间,针对所涉及的秘密信息享有一定的权利和义务,并通过法律赋予合同强制执行力,来实现商业秘密持有人对于该秘密信息的权利,主要是一种“以言取效”的行为——通过保密协议对于当事人权利义务的约定,来直接追求法律对于商业秘密的“保护力”。^[43] 这种“保护力”实质上是通过法律对当事人自由订立的契约之效力加以认可而实现的。如前所述,在美国商业秘密法的早期阶段,由于没有专门的商业秘密保护制度,当事人运用合同制度来实现对于秘密信息的保护,这体现出保密协议以言取效的功能。事实上,在我国《反不正当竞争法》颁布前,技术合同的当事方也是以合同对技术秘密加以保护的。20世纪80年代,我国有部分市场主体已经开始从国外技术先进国家引进以专有技术或技术诀窍为名的相关技术。^[44] “因当时我国尚无保护商业秘密的法律,该专有技术尚不能构成法律意义上的商业秘密,但并不妨碍当事人按照合同予以保护。”^[45]

但是,随着商业秘密制度的完善及商业秘密的权利属性变迁,情况发生了变化。^[46] 在现代商业秘密法中,保密协议之所以重要,主要不在于它对有关当事人设定了以法律强制执行为目标的保密义务,即它主要不是一种“以言取效”的行为,而在于它是一种重要的保密措施,表达商业秘密持有人对信息加以保密的主观愿望,以其特有的方式“宣示”商业秘密的存在。这种行为正是奥斯

[39] 这里“我阻止你这样做”并不是简单地说一句话而已,如果这样就与“以言表意”或“以言行事”没有区别了。而是通过与语句相结合的语气、动作、语境甚至其他语外暗示、后果等等,对听者造成实际的影响。关于语境对于语句含义的重要作用,See Tiersma, *supra* note [7], at 194.

[40] 夏基松:《现代西方哲学》,上海人民出版社2006年版,第190页。

[41] 这也正是奥斯丁言语行为理论精妙的体现。对于奥斯丁言语行为理论之精妙的评价,可以参见陈嘉映:《语言哲学》,北京大学出版社2003年版,第233页以下。后来,哈贝马斯受到奥斯丁言语行为理论的启发,在言语行为三种分类的基础上,提出了普遍语用学的思想,并成为其交往行动理论的基础。在普遍语用学中,哈贝马斯尤其强调将“以言行事”与“以言取效”相区别。而哈贝马斯“事实与规范之间”的法哲学思想,正是普遍语用学和交往行为理论在法学与政治学领域的展开。阿列克西曾指出:“哈贝马斯把言语行为理论置于普遍的交往行为理论之中。”[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第132页。从这个意义上,奥斯丁的言语行为理论对于当代法哲学的发展也具有重要影响。

[42] J. L. Austin: *How to Do Things with Words: The William James Lectures Delivered at Harvard University*, Oxford at The Clarendon Press, 1962, p.116-117.

[43] *Vickey v. Welch*, 36 Mass. 523 (1837).

[44] 比如,可以参见“天津轻工业机械厂与轻工业杭州机电设计研究院、张家港市华杭造纸制浆设备有限公司、张家港市华盛造纸制浆设备有限公司商业秘密侵权纠纷案”,浙江省杭州市中级人民法院(2004)杭民三初字第225号民事判决书。对于该案原告而言,其获得所述专有技术时,中国尚未颁布《反不正当竞争法》,无法以《反不正当竞争法》的相关规定为请求权基础,主张对于秘密信息的权利。在此种法律语境下,当事人通过合同来获得对于秘密技术信息的法律保护,无疑是一种理性选择。

[45] 孔祥俊:《反不正当竞争法新原理(分论)》,法律出版社2019年版,第354页。

[46] 参见本文第二部分关于商业秘密属性的说明和论述。

丁所说的“以言行事”的行为——通过保密协议这种“言”，来宣告商业秘密的存在及保护商业秘密的意愿，而相对人则通过与商业秘密主张者签订保密协议，表明自己“知道”商业秘密的存在。

奥斯丁在1946年所写的《他人的心》一文中，认为“知道”这一动词不仅是“描述”或“陈述”。在传统的语言哲学理论中，认为“知道”是某种特殊心理状态的名称，说我知道“S是P”，意味着我处于与“S是P”相关的心理状态中。^{〔47〕}然而奥斯丁不同意这种传统观点。他指出，当我说我知道某事时，并非在描述我的一种心理状态，而是对我所说的话向别人做出的一种保证，保证我所知道的事情是“真”的。^{〔48〕}奥斯丁举例说，如果某个人说“约翰的所有孩子都是秃顶的，可是约翰没有孩子”；或者，某个人说“猫在席上，可是我不相信它在那里”，上述言语在形式上看都是对某种事态的“陈述”，然而，它们都是不适当的。当某个人说“约翰的所有孩子都是秃顶的”，就意味着他已经预设了约翰有孩子；当某个人说“猫在席上”，就表明他相信猫在席上。表面上的“陈述”句实际上完成了某种行为，是奥斯丁意义上的“完成行为式话语”。^{〔49〕}再如，那些本身是“以言行事”的言语，不仅仅是在承诺字面上的诺言，而且还具有类似于上述“知道”语句的功能。比如，“我把我的表赠与给你”这句话，不仅表示说话的人承诺了“赠与”行为，而且本身预设了“我有表”。^{〔50〕}德国知名法学家阿列克西也曾说：“谁要是对其主张作出主张，那一定表明他信有其事。”^{〔51〕}

（二）保密协议的宣示功能

尽管保密协议对于权利义务本身的约定，在现代商业秘密法中已经并不处于核心地位，但通过保密协议，预设了商业秘密的存在，起到对于相对人的“宣示”作用，而相对人通过签订保密协议，表明他“相信”存在商业秘密是“真”的。当然，在现代商业秘密法中，商业秘密是否“真”的存在，必须是事后通过诉讼才有最终结论。但是，相对人通过签订保密协议，“以言行事”地表达自己已经相信商业秘密的存在，这对于后续工作中，相对人谨慎地从事有关活动，起到了提示或警告作用，进而有利于保持商业秘密的秘密性和价值性。美国学者将保密协议的上述功能称为“保密协议的公示功能”（notice function of confidentiality contracts），并认为此种功能是“重要的却被忽视”的一个方面。^{〔52〕}

与其他知识产权不同，商业秘密的边界初看上去是不甚清晰的。^{〔53〕}“作为一项本质是信息且并非通过注册或登记产生、取得的权益，商业秘密的归属及权利范围并不像商标权或专利权那样清晰和明确。”^{〔54〕}为了防止他人在正常的商业活动或者人才流动过程中利用自己的知识、技能时，无过错地侵害他人的商业秘密，以某种有效的方式表明商业秘密的存在，就成为商业秘密制度设

〔47〕 见前注〔36〕，涂纪亮书，第712—713页。

〔48〕 同上注，第713页。

〔49〕 同上注。

〔50〕 同上注，第715页。

〔51〕 见前注〔41〕，阿列克西书，第69页。

〔52〕 See Varadarajan, *supra* note〔1〕, at 1560.

〔53〕 这也成为一些学者主张商业秘密不是严格意义的知识产权的重要理由。参见郑友德、胡承浩、万志前：《论反不正当竞争法的保护对象——兼评“公平竞争权”》，载《知识产权》2008年第5期，第37页。在专利制度中，发明和实用新型专利权的保护范围由权利要求书确定，对于权利要求的解释也有一定的规则。因而对于公众来说，专利权的保护范围是相对清楚而确定的。

〔54〕 北京市高级人民法院知识产权庭课题组：《〈反不正当竞争法〉修改后商业秘密司法审判调研报告》，载《电子知识产权》2019年第11期，第68页。有学者甚至完全否认商业秘密边界的存在，参见张五常：《经济解释——张五常经济论文选》，商务印书馆2000年版，第335页。

计中不可或缺的维度。^[55]“合理的保密措施”之所以成为现代商业秘密法中不可缺少的构成要件,其根源即在于此。这事实上也成为商业秘密知识产权化的一个有说服力的注释。

在具有某种特定关系的主体之间,尤其是雇主和雇员的关系中,一般的物理性保密措施往往难以完全适应需要。因为在这些特定关系主体间,对于一方商业秘密的获得往往是合法、自愿的,在另一方获得商业秘密之后,如何监督、控制其后续的使用甚至披露行为,常常成为一个难题。过分的物理性监督、控制常常会违反公共政策。比如,如果商业秘密持有人对于雇员进行持续的物理性监听、定位乃至警告,显然是违反法律的强行性规定的。此时,保密协议可以取代物理性监督、控制,防止、提醒雇员不得未经许可使用或披露商业秘密。在这个意义上,保密协议实际上是经过相对人确认的一种加强版的“保密要求”。只是在法律上看,保密协议是双方法律行为,而保密要求为单方行为。^[56]

将保密协议视为言语行为具有实践意义。通常认为,根据我国《反不正当竞争法》的规定,我国法律对于商业秘密的要求是秘密性、价值性和保密性。^[57]1993 年《反不正当竞争法》第 10 条对于“保密措施”并未加以限定,即至少在字面上,似乎只要权利人“采取保密措施”即满足了“保密性”要求。2007 年最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题》对于“保密性”进行了明确,其第 11 条规定:“权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施,应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的‘保密措施’。”该司法解释明确了一点:1993 年《反不正当竞争法》第 10 条中的“保密措施”应当是对于商业秘密的“合理保护措施”。司法解释同时对于常见的保密措施进行了罗列,并指出,具有所罗列的情形之一,“在正常情况下足以防止涉密信息泄漏的,应当认定权利人采取了保密措施”。所罗列的这些情形,包括“签订保密协议”。最高人民法院的上述司法解释是符合商业秘密法基本原理的,商业秘密主张者,只有采取在一般情况下“足以防止”秘密信息泄漏的措施,方才符合商业秘密定义中的“保密性”要求。事实上,美国《统一商业秘密法》和新近颁布实施的《保护商业秘密法》也要求商业秘密必须是权利人采取了“合理保密措施”的秘密信息;^[58]TRIPS 协议第 39 条也作了类似的规定。^[59]所谓足以防止秘密信息泄漏,一方面可以指在物理上采取了一定的措施,使未经许可的第三人具有相

[55] 黄武双教授认为:“对秘密信息采取保密措施,区隔公开信息,以彰显其对特定信息的占有状态。对他人而言,这就是一种权利公示的手段,其结果是让他人知道不可以未经许可而获得、使用或披露这些秘密信息,产生与其他权利的公示相同的法律效果。”见前注[20],黄武双文,第 13 页。谢晓尧教授亦认为,“在知识产权立法中,所有法定知识产权都要通过一定的方式来表达或者说宣示”。参见谢晓尧:《在经验与制度之间:不正当竞争司法案例类型化研究》,法律出版社 2010 年版,第 398 页。笔者赞同上述观点。

[56] 参见孔祥俊:《商业秘密保护的“本”与“道”——最新修订〈反不正当竞争法〉评析》,载孔祥俊:《反不正当竞争法新原理(分论)》,法律出版社 2019 年版,附录二。在法律实践中,有时保密协议与保密要求并没有严格的界限。比如在“英格索兰工业美国公司、英格索兰机械(上海)有限公司与孙治煜侵害技术秘密纠纷案”中,原告在《英格索兰集团(中国区)员工手册(2018 版本)》中规定:“员工应当保守公司保密信息,不得向任何个人、公司或实体披露、泄露公司的任何保密信息;除了为公司利益之外员工也不得使用或利用该等信息。对于重要文档,员工应当采取妥善的保管措施予以妥善保管。员工还应当遵守其所签署的保密协议/承诺函中的规定。”被告孙治煜在《2018 员工手册》签收单上签字,签收单的主要内容如下:“本人,系下述签名者,收到、阅读并理解了公司的《英格索兰集团(中国区)员工手册(2018 版本)》(2018 年 5 月 1 日生效)。我知晓并理解,除该手册外,公司还施行其他各项规章制度。本人承诺:我将严格遵守公司施行的该手册以及其他各项规章制度。”参见上海知识产权法院民事判决书,(2018)沪 73 民初 879 号;最高人民法院民事判决书,(2020)最高法知民终 1276 号。在笔者看来,在员工收到载有保密义务的《员工手册》,并签字承诺遵守的情况下,本来作为保密要求的员工手册实际上已经具有保密协议的性质。

[57] 参见崔国斌:《商业秘密侵权诉讼的举证责任分配》,载《交大法学》2020 年第 4 期,第 9 页。

[58] Unif. Trade Secrets Act § 1(4) (amended 1985); 18 U.S.C. § 1839(3)(2016).

[59] TRIPS 协议第 39 条第 2 款的措辞是“reasonable steps under the circumstances”。

当的难度来获取该信息,更重要的是,这种措施能够“足以”使未经许可者意识到,该信息由商业秘密持有人采取了保护措施,不愿意他人以未经许可的方式获取、披露、使用该秘密信息。在“张培尧、惠德跃、江苏省阜宁县除尘设备厂与苏州南新水泥有限公司侵犯商业秘密、财产损害赔偿纠纷案”中,最高人民法院指出:“采取保密措施是相关信息能够作为商业秘密受到法律保护的必要条件。这种措施应当是技术信息的合法拥有者根据有关情况所采取的合理措施,在正常情况下可以使该技术信息得以保密……这种保密措施至少应当能够使交易对方或者第三人知道权利人有对相关信息予以保密的意图,或者至少是能够使一般的经营者施以正常的注意力即可得出类似结论。”^[60]要言之,在“合理的保密措施”下,第三人以正常人的合理注意,会意识到这是他人作为“商业秘密”来保护的信息,从而在获取、披露、使用时引起足够的注意。2017年《反不正当竞争法》修改时,对于1993年《反不正当竞争法》中关于保密措施的措辞进行了修改,2017年《反不正当竞争法》第9条第3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和经营信息。”就保密措施而言,此次修法在原告的“保密措施”之前加了限定语“相应”,这种修改是对于2007年最高人民法院司法解释基本精神的吸收和认可,即权利人所采取的保密措施必须与商业秘密的具体情况相适应,这与司法解释中的“合理保护措施”的说法是一致的。

言语行为的重要特征是其语境性。“语言是不准确的、变化的而且常常包含一些可能被误解的因素。”^[61]从解释学视角,作为言语行为之保密协议的意义需要在合适的语境下加以“解释”。^[62]以雇主和雇员关系为例,如果商业秘密主张者仅仅与雇员签订了保密协议,而没有采取其他可以观察到的保密措施,那么雇员对于保密协议的“解释”就有可能出现偏差:他对于商业秘密持有人主张权利的某些具体的“秘密点”没有明确的意识。如此一来,保密协议宣示商业秘密存在的功能并没有真正实现。在这些情况下,对该保密协议能否构成合理的保密措施,法院很可能做不利于雇主的解释,而认为雇主仅仅凭借保密协议尚未构成“合理的保密措施”。^[63]实际上,在很多实务场景下,保密协议对于商业秘密的界定是比较笼统的,雇主常常倾向于将大量非商业秘密的信息亦包括于保密协议之中,他们“常常将明显不具有秘密性的信息标记为秘密信息”。^[64]如果完全执行此种保密协议不符合商业秘密法的基本原理和政策目标。单纯的、笼统的保密协议往往不足以让相对人真正了解自己在工作中接触的信息,究竟哪些是商业秘密,而哪些则不是商业秘密。^[65]保密协议应当与其他保密措施相结合,相对人才能较容易地注意到商业秘密的存在,从而有意识地避免侵害权利主张者的商业秘密。^[66]

[60] 最高人民法院民事判决书,(2000)知终字第3号。

[61] [德] 伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第48页。

[62] 这是广义上的、哲学解释学上的“解释”,而不仅仅指法律人所熟悉的“法律解释”。

[63] 见前注[54],北京市高级人民法院知识产权庭课题组文,第69页。

[64] See Lemley, *supra* note [24], at 349.

[65] Imax Corp. v. Cinema Techs., Inc., 152 F.3d 1161, 1167 (9th Cir. 1998).

[66] 2019年我国《反不正当竞争法》再次进行修改,其中一个主要的修改是增加了《反不正当竞争法》第32条。根据2019年《反不正当竞争法》第32条的规定:在侵犯商业秘密的民事审判程序中,商业秘密权利人提供初步证据,证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施,且合理表明商业秘密被侵犯,涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。据此,如果商业秘密权利人初步证明“已经对所主张的商业秘密采取保密措施,且合理表明商业秘密被侵犯”,则在法律隐含的逻辑上,商业秘密权利人此时已经初步证明(或得以推定)商业秘密存在,如果涉嫌侵权人不同意该初步结论,则应当由涉嫌侵权人证明原告所主张的信息,不属于法律规定的商业秘密。在这种情况下,如果法院仅仅凭借保密协议即认定原告已经采取了“相应保密措施”,那么被告将不得不证明保密协议所涉及的“秘密信息”不构成“不为公众所知悉”,否则很可能将承担相应的法律责任。这对被告来说,显然是很不利的。对于《反不正当竞争法》第32条的有关批评,可以见前注[56],孔祥俊文。

总之,在言语行为理论视角下,现代商业秘密中的保密协议主要是“以言行事”的行为,而不仅仅是“以言取效”的活动,这种言语行为的目的本身并非直接取得法律上的“力量”,相反,在很大程度上,这可以看作同时保护了商业秘密持有人与相对人的利益。对于商业秘密持有人来说,保密协议表达了他保护商业秘密的意愿,是具有证据效力的保密措施;对于相对人来说,保密协议提醒他商业秘密的存在,以及某种程度的边界,以免其在不经意间被指控侵害了商业秘密而承担相应的法律责任。

四、结 论

在现代社会中,商业秘密是市场主体重要的信息财富。在商业秘密保护制度中,保密协议被广为运用。但对于保密协议的属性和功能,研究尚有待深入。言语行为理论能够提供一种新的视角,对保密协议的基础理论问题进行审视。言语行为理论是现代西方语言哲学中的重要理论。其代表人物奥斯丁将人类的言语行为分为以言表意、以言行事和以言取效三种。它们既彼此联系,又存在实质性差别。在商业秘密法发展的早期,保密协议的主要功能是通过合同在法律上的效力,设定商业秘密持有人与相对人保护商业秘密方面的权利和义务。随着商业秘密法的演变和发展,这种对于权利义务的设定功能已经弱化。在现代商业秘密法中,保密协议的主要功能不是以言取效,以合同法上的力量来获得保护商业秘密的依据,而是以言行事,通过保密协议形式的言语行为,宣示商业秘密的存在,通知相对人引起其必要的注意,从而弥补商业秘密本身没有公示手段的不足,体现商业秘密作为典型知识产权的特征。商业秘密法的相关制度设计和法律适用,应当充分考虑保密协议的功能变迁。

Abstract In modern trade secret law, confidentiality agreement may be loosely applied and sometimes its contract provisions are ignored by courts. According to the Speech Act Theory, language is primarily about action: locutionary act, illocutionary act and perlocutionary act. Confidentiality agreement serves as illocutionary act to keep the information secret in trade secret protection, which is the embodiment of trade secret as a typical intellectual property. At the same time, as speech act, the confidentiality agreement should be combined with other precaution measures. The legislation and application of the trade secret law shall consider the evolution of function of confidentiality agreement.

Keywords Trade Secret, Reasonable Measures to Keep Secret, Confidentiality Agreement, Speech Act

(责任编辑:徐彦冰)