

论竞业禁止在保护商业秘密中的作用

李晓秋¹,王静玲²

(1.重庆大学 法学院,重庆 400044;2.重庆工商大学 成人教育学院,重庆 400000)

摘要:在知识经济时代特别是智力成果日益商品化、产业化和国际化的情况下,商业秘密已逐渐成为人们关注的焦点。竞业禁止与商业秘密之间存在着紧密的关系,利用竞业禁止保护商业秘密是一种有效的方式,也是加大商业秘密保护力度的需要。

关键词:竞业禁止;商业秘密;商业秘密保护;有效手段;权利冲突;协调原则

中图分类号:D922.294

文献标识码:B

文章编号:1008-5831(2003)06-0111-03

一、竞业禁止的法律规定及其评价

一般情况下,国家并不专门立法,强制要求雇主与劳动者必须订立竞业禁止的合约,但是对于已经订立的竞业禁止合约或条款是否予以法律上的承认,则有不同的做法。例如,在美国有部分州承认雇主与劳动者之间签订的竞业禁止合约有效,而加利福尼亚、佛罗里达以及蒙大拿等州则认为有关竞业禁止的条款为无效条款。

我国关于竞业禁止有不同的法律法规以及行政规章规定。从总体上看,有以下几个特点:第一,我国对于雇佣关系存续和雇佣关系结束后的竞业禁止在法律上是予以承认的;第二,《公司法》、《合伙企业法》规定的竞业禁止的义务主体仅限于公司的董事、经理以及合伙人,这种竞业禁止属于法定竞业禁止,而对于一般的雇员(包括离职雇员),一般则由雇主与雇员签定竞业禁止协议来确定竞业禁止义务。其中对在职工工,还可通过制定劳动纪律和内部规章制度来确定竞业禁止的义务。第三,我国的法律、法规较少涉及竞业协议有效成立的条件,导致实践中雇主与雇员签订有效的竞业禁止协议缺乏统一的标准,如禁止期限、补偿金等,易引发纠纷的发生,所以笔者建议,今后在法律尤其是劳动法的修改中应关注竞业禁止,以保护雇主和雇员的利益。

二、竞业禁止的法理探讨

(一)竞业禁止的定义及其类型

竞业禁止又称为竞业避让、竞业避止,广义的竞业禁止是指对与特定的营业行为具有竞争性的特定行为予以禁止的制度。其特点是:禁止的客体是特定的行为;被禁止的主体不以特定人为限,因此这是对于一般人都予以禁止的制度。狭义的竞业禁止,是指对特定营业具有特定关系的特定人的行为予以禁止的制度。其特点是:禁止的客体虽然也是特定的行为,但被禁止的主体限于特定人,而且该特定人须与该特定营业具有特定的法律关系,如委任关系、雇佣关系等等。商业秘密保护中的竞业禁止显然是狭义的竞业禁止,此类竞业禁止的结果是特定人员不为被禁止的特定竞业行为,即不侵犯与

特定人员的特定营业具有特定的法律关系的人的商业秘密,这符合竞业禁止制度设立的目的——保护特定人员的竞争利益和商业秘密。

竞业禁止按其法律效力的来源可以分为法定竞业禁止和约定竞业禁止。在前者,特定人的竞业禁止义务直接来自于法律的禁止性规定;后者则源于当事人之间的协议。根据契约自由原则,当事人可以自由作出竞业禁止的约定,使一方或者双方负或互负不竞业义务。竞业禁止按其义务主体可以分为在职工工的竞业禁止和离职职工的竞业禁止。在职雇员的竞业禁止主要为法定竞业禁止,雇主也可以与雇员通过协议的方式约定在职雇员的不竞业义务。离职雇员的竞业禁止则属约定的竞业禁止,即离职雇员承担的应是一种明示的不竞业义务,其产生依据应是合法有效的竞业禁止协议以及雇主单方制定的不竞业规章制度、劳动纪律等。

(二)竞业禁止制度的法理基础

诚实信用和忠实义务是竞业禁止的法学依据。诚信原则要求一切市场参加者在市场活动中讲究信誉、恪守诺言、诚实不欺,在不损害他人利益和社会公共利益的前提下追求自己的利益,这正是竞业禁止的理论内涵。在职雇员的忠实义务又称善意义务,是指雇员基于与雇主间的雇佣关系,而负有的善意行事、忠实于雇主,为雇主的事业尽心尽职的义务。对于公司董事等高级职员而言,其忠实义务源于与公司的特殊关系。在英美法系国家,公司和董事之间具有代理和信托的关系,董事兼有公司代理人与受托人双重身份,董事应承担忠实善意的主观义务和自身利益不得与公司利益相冲突的客观义务。在大陆法系国家,基于董事与公司之间的代理关系或委托关系,根据民法原理和规定,董事对公司同样负有忠实义务。其他雇员忠实义务的产生理由,是因为雇主为其提供了劳动就业的机会、场所、支付劳动报酬,并为其积累了知识、技能。在我国宪法、民法及劳动法的有关规定中,也规定了在职职工对企业的善意、忠实义务。

合理限制竞争原则是竞业禁止的另外一个重要依据。在

收稿日期:2003-09-19

作者简介:李晓秋(1972-),女,重庆潼南人,重庆大学法学院讲师,主要从事民法、知识产权研究。

市场经济条件下,自由与秩序的统一是通过两种手段来实现的:一是通过竞争法等法律来规范市场主体的竞争行为,即法律对禁止的不正当竞争行为加以规定;二是特定当事人之间通过明示或默示合同义务,来约束各自的竞争行为。后者属于合理限制竞争原则的体现。合理限制竞争的法律含义包括:(1)合同当事人约定一方当事人不得从事某些商业活动。合理限制竞争表现为一种明显的合同义务。(2)即使没有明示合同,当事人之间根据社会有关商业行为的准则,也应该承担默示的合同义务。(3)如果某种默示的合同义务受到法律的明文保护,那么有关合理限制竞争义务同时又是法律义务。合理限制竞争原则适用于市场经济中的各类竞争关系,竞业禁止问题同样适用该原则。雇主与离职雇员通过订立竞业禁止协议,避免离职雇员在离职后泄露、利用其在原就业期间掌握、了解的商业秘密损害自己的利益,丧失竞争优势,实现了对竞争、就业自由的约束,确保了对竞争的正当限制,保护了商业秘密。

三、竞业禁止是保护商业秘密的一种有效手段

有识之士曾经指出,知识产权法是为智慧之火浇上利益之油,特别是处在知识经济时代的今天,加大对知识产权的保护力度,推进科学技术的发展已成为全社会、全世界的一种共识。WTO中的《与贸易有关的知识产权(包括假冒商品贸易)的协议》(TRIPS)把超越传统法理的商业秘密和知识产权融为一体,反映了这种共识。

商业秘密的法律保护源远流长,历史上涌现了合同保护理论、破坏保密关系之侵权行为保护理论、产权保护理论、反不正当竞争法保护等众多理论。我国采取了反不正当竞争法保护商业秘密。该法第10条界定了商业秘密的定义、构成要件以及商业秘密侵权行为的类型。

一般来说,商业秘密的诉讼保护途径主要有两个:合同诉讼保护和侵权诉讼保护。在司法实践中,商业秘密权利人无论依据侵权法追究非法获取、使用、披露商业秘密侵权者的侵权责任,还是依据合同法追究违反保密协议当事人的违约责任,权利人均需要证明一个基本的事实,即行为人有非法获取、使用或披露商业秘密的侵权或违约事实。由于商业秘密的无形性和非专有性特点,权利人对这类事实很难举证。因此利用诉讼的保护手段,权利人很难追究已经发生的商业秘密侵害行为,对潜在的侵害行为更无法得到法律上的救济或保护。再者商业秘密的这两种保护手段均属一种事后的补救手段,缺乏及时性和有效性。而竞业禁止作为反不正当竞争的有效手段,是一种对推定损害事先防范的制度,克服了事后补救手段的不足,是保护商业秘密的一种有效措施。

竞业禁止与商业秘密之间存在着紧密的联系。竞业禁止就是要保护雇主的应保利益——竞争利益和商业秘密,所以雇主商业秘密权益是竞业禁止关系中一种应受保护的利益,雇主可采用竞业禁止有效保护商业秘密。实践中,雇主实施竞业禁止的形式主要有三种:(1)通过订立竞业禁止合同;(2)通过制定规章制度;(3)依法执行国家有关竞业禁止规定。其中合同的方式是保护商业秘密的一种主要途径,保护商业秘密的合同主要包括权利人(雇主)与雇员之间签订的商业秘密保密协议和竞业禁止协议。由于都涉及商业秘密的保护,易产生保密协议与竞业禁止协议相同的假象,但他们两者是范畴

不同的两个概念。竞业禁止协议禁止的是从事某种业务或者经营某种商品、商务的行为,其保护的對象是具体的技术和经营领域,而限于商业秘密产生的权益;而保密协议所禁止的是对商业秘密的违约披露使用行为,保护仅针对保密信息。前者是彻底禁止有关商业秘密的竞争行为,涉及对基本劳动权利的限制,而后者是在保护商业秘密的前提下,仍允许雇员从事与原单位相同或近似的业务。所以竞业禁止合同保护雇主商业秘密的强度更大。实践和理论证明,只要是合理限制,竞业禁止协议是一种保护商业秘密非常有效的方式。

不过,将商业秘密权益作为竞业禁止关系中唯一的应保利益是不正确的,把竞业禁止等同于“商业秘密竞业禁止”的观点是片面的。竞业禁止仅仅是保护商业秘密的一种手段。由于保护客体上的重合,在司法实践中,竞业禁止纠纷往往与商业秘密侵权纠纷交织在一起,出现竞业禁止违约行为与商业秘密侵权行为的竞合。如雇员违反竞业禁止义务,自营或参与他人经营同类营业,并使用或许可他人使用雇主的商业秘密时,即存在违约和侵权的竞合。对此雇主可以择一行使请求权。也有学者认为,如果违反竞业禁止协议的当事人同时实施了侵犯商业秘密的行为,应当同时承担两种责任。另外,利用竞业禁止保护商业秘密,还要解决其间的权利冲突。

四、竞业禁止中的权利冲突及其协调原则

竞业禁止作为合理限制竞争的产物,存在着诸多的权利冲突。首先,竞业禁止与劳动者的劳动权、择业自由权的冲突。生存权是人的最基本权利,劳动者有权在法律允许的范围内自由选择其职业和就业场所,这些宪法赋予的权利,并不因为保护雇主的竞争利益、商业秘密等商业利益而丧失。若强令雇员离职后不得与原雇主有竞争关系的企业谋职,无疑将削弱他的谋生能力,减少其再就业机会。而竞业禁止制度所限制的正是劳动者的择业自由。这一特性,决定了在法律上必须慎重对待竞业禁止。

其次,竞业禁止与鼓励人才流动的社会利益的冲突。人才流动是社会进步的标志,是市场经济的必然规律,市场经济越是发达,人才流动就越为社会所接受。竞业禁止制度客观上妨碍了人才的流动,特别是高级技术人才的流动。正如英国考恩(Cohen)法官在Wexer案中所说:“由于受取得所谓的商业秘密的潜在束缚,雇员讨价还价的地位就降低了;这样就产生了悖论,即由于技术水平越来越高,他又被限制进入生产效率更高的领域去发挥作用。”

再次,竞业禁止的权利冲突还表现为雇员使用一般知识、经验和技能上的权利冲突。雇员在雇佣期间学习、掌握的一般专业知识、经验、技能,是雇员赖以谋生的基础,已成为其人格的一部分。如果将这些内容列入雇主的竞争利益或商业秘密的范畴,势必会侵害雇员的劳动权和基本人权。如何界定雇员的一般知识、经验、技能与竞争利益和商业秘密的范围,是理论研究和司法实践中的难题。美国的判例确立了几种界定方法:(1)将信息区分为一般性的和特殊性的,商业秘密应该是特殊性的技术和经营信息。(2)根据权利人是否在雇佣关系中禁止雇员使用该信息来确定是否属于商业秘密。(3)根据雇员的能力判断是否是商业秘密。很显然,专业能力越强的雇员,属于其拥有的一般知识、经验及技能的范围就越广。日本法院的判例中也确立了类似原则:劳动者在就职中获得的业

务上的知识、经验和技能,如果已成为劳动者人格权中财产利益的一部分,事后如何利用是劳动者的自由,任何特别约定都不能拘束这种自由。世界知识产权组织在反不正当竞争示范法的注释中也指出:离职后的雇员为了谋生,一般享有使用和利用其在以前的受雇期间所掌握的任何技术、经验和知识。作者认为,协调竞业禁止权利冲突应遵循以下原则:

(一)限制权利负面外部效应原则

在经济学上,把经济主体在自愿进行的生产、交易等经营活动或消费过程中强加给他人的损害或者利益称为外部效应。限制权利负面外部效应原则是从社会整体效益出发确立的原则,当权利冲突发生时,应综合社会成本与社会收益,以消除阻碍市场竞争的各种社会经济现象,维护完全竞争的社会经济环境为目的,确立权利效力范围,消除权利冲突状态。很显然,雇员的完全竞业行为产生的外部效应是一种负面效应,是一种外部成本。根据限制权利负面外部效应原则解决竞业禁止中的权利冲突时,应适当限制雇员的择业自由权,维护雇主的竞争利益以及商业秘密权等权利。

(二)利益平衡原则

在处理竞业禁止的权利冲突中,应当充分权衡雇主与雇员的利益关系。根据利益平衡原则,首先在竞业禁止关系中必须存在合法的应保利益。在竞业禁止关系中,商业秘密是法律确认的主要应保利益。因此在司法实践中,确认涉及商业秘密竞业禁止协议的有效性时,应严格审查雇主的技术信息、经营信息是否符合商业秘密的法定要件。如果不存在商业秘密这种应保利益,那竞业禁止协议应视为无效。许多国家法律都将应保利益作为离职职工竞业禁止协议有效的必备要件。

除了存在应保利益以外,在处理竞业禁止权利冲突时,还应权衡合法的应保利益是否大于被牺牲的利益。在竞业禁止关系中,被牺牲的利益主要是雇员的生存权和择业权,以及公众利益。如果被牺牲的利益大于雇主应保的合法利益,竞业禁止协议应认定为无效。

(三)合理限制原则

在处理竞业禁止的权利冲突时,必须将竞业禁止置于合理的限制条件下,使之符合诚实信用、自愿平等、等价有偿的原则。判断竞业禁止的限制是否合理,应当综合限制的目的、限制的时间、限制的地域范围、限制的领域、限制的方式与对象、给予合理补偿等因素作出判断,确保做到以下几个方面:目的正当性。保护商业秘密的竞业禁止首先必须存在商业秘密,与商业秘密无关的竞业禁止协议无效;其次,必须维护公平竞争的目的。时间的合理性。竞业禁止的期限不能太长。德国规定不超过两年,瑞士限制退職职员竞业期限最长不得超过三年。在实践中,具体的限制时间应根据雇主的商业秘密等竞业利益在市场竞争中所具有的竞争优势、持续的时间和雇员掌握该秘密的程度,以及国家对商业秘密的保护水平的高低等因素来确定一个合理的期限,我国规定离职职工的竞业禁止期限一般不得超过三年。领域的合理性。竞业禁止范围不能是一个不确定的变量,否则将危及雇员的生存权。地域的合理性。一般而言,限制地域不得超出原雇主单位业务活动或即将开拓业务活动的领域。对象的合理性。一般说来,竞业禁止的对象是因为职务关系或工作关系接触或可以接触本单位商业秘密的雇员,特别是处于关键单位有可能接触本岗位重要商业秘密的人员。方式的合理性。竞业禁止应体现于企业与员工的竞业禁止合同、商业秘密保护制度中的规章制度,以规范形式确定下来,并得到单位员工明示或默示的认可。给予合理的补偿。因竞业禁止限制了有关雇员的择业及劳动报酬权,根据权利义务对等和平衡原则,应由通过合理的竞业禁止而加强自身商业秘密保护的单位以合适方式,给予雇员在竞业禁止期间相应的补偿。

参考文献:

- [1] 孔祥俊. 商业秘密保护法原理[M]. 北京:中国法制出版社,1999.
- [2] 冯晓青. 企业知识产权战略[M]. 北京:知识产权出版社,2001.
- [3] 吴汉东,胡开忠. 无形财产权制度研究[M]. 北京:法律出版社,2001.

(上接第108页)日常经营。(3)职工大会和股东会是两个平行的机关,相互之间不存在依附关系,其主要职责是独立的选举各自的代表,进入董事会,维护本集团的利益的最大化。

其三,实行“相机治理”。相机治理是任何一个高效的公可所必备的经营策略。日本的成功经验为我们提供了范例。在我国目前情况下,职工的整体素质还不高,其治理公司的能力是有限的,在公司陷入困境时,为了维护国家利益,实现国有财产的保值、增值,为了维护职工的长远利益,就有必要由股东方,即国有资产管理委员会接管公司。国有资产管理委员会作为国家的受托人,应及时掌握各个公司的经营情况,在公司陷入困境时,派出熟悉公司业务的专业人才,接管公司,

及时调整策略,实现公司的正常运转。

参考文献:

- [1] 李昌麒. 经济法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [2] 马俊驹,聂德宗. 公司法人治理结构的比较与重构[A]. 商事法论集(第五卷)[C]. 北京:法律出版社,2000.
- [3] 今井贤一. 现代日本企业制度[M]. 陈晋,等译. 北京:经济技术出版社,1998.
- [4] 松本厚治. 企业主义[M]. 程玲珠译. 北京:企业管理出版社,1997.
- [5] 青木昌彦. 主银行体制下的监控特征[M]. 北京:中国金融出版社,1998.