

如何实现保护商业秘密与

劳动者自主择业权的平衡

● 何选良

内容摘要 与离职员工签订竞业禁止合同是企业保护其商业秘密广泛采取的方式,竞业禁止合同的存在,有一定法理依据,但是也存在与保护劳动者自主择业权相冲突之处,法律必须对竞业禁止合同进行必要的限制,从而实现保护企业商业秘密和劳动者自主择业权的平衡。

关键词 竞业禁止合同 自主择业权

无论在中国还在外国,目前商业秘密纠纷都主要表现为雇员带走雇主(或其原雇主)的未披露过的信息(商业秘密)。实践中,企业为了保护其商业秘密所广泛采取的做法是与其职工签订竞业禁止合同。但相应地产生了另外一个问题,即对于劳动者自主择业权的保护问题。本文通过保护商业秘密与劳动者自主择业权的权衡分析认为,通过立法对竞业禁止合同进行必要的合理的限制,有助于实现两者的平衡。

一、竞业禁止合同的法理基础

竞业禁止合同是指为避免用人单位的商业秘密被侵犯,

与职工约定,劳动关系结束后的一定期间内职工不得到生产同类产品或经营同类业务且具有竞争关系的其他用人单位兼职或任职,也不得自己生产与原单位有竞争关系的同类产品或经营同类业务的协议。竞业禁止义务依产生的时间不同,可将其分为职工在职期间的竞业禁止与劳动关系终止后的竞业禁止。

(一) 在职雇员的竞业禁止义务

劳动关系的实质即劳动者以取得劳动报酬为对价,将其劳动力交付用人单位使用,用人单位将劳动力与生产资料相结合的劳动过程中产生的社会关系。因此,在职雇员既然已经就业,其生存权和劳动权已得到保障,

如没有法定或约定的原因,劳动者不能够再将其劳动力交付他人使用,尤其是从事与用人单位进行竞争的行为。在劳动存续期间掌握商业秘密的职工为用人单位的利益而持有该秘密,在劳动关系存续期间内,未经用人单位明示或默示同意,无权使用或者披露。我国《公司法》第六十一条规定:“董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动。从事上述营业或者活动的,所得收入应当归公司所有。董事、经理除公司章程规定或者股东会同意外,不得同本公司订立合同或者进行交易。”《公司法》第六十二条规定:“董事、监事、经理除依照法律规定或者经股东会同意外,不得泄露

公司秘密。”据此,公司董事、经理在职期间受竞业禁止的约束、保守公司商业秘密的义务。而对于一般雇员,虽然现行法律、法规没有具体明确的规定,但《劳动法》第九十九条规定:“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者,对原用人单位造成经济损失的,该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。”

由此可见,雇员在职期间的保守商业秘密、竞业禁止的义务是一种法定的附随义务,其存在的法理基础是依据劳动合同的诚实信用原则和劳动合同的特殊性质,因为劳动关系兼具人身性与财产性、平等性与隶属性并存之特征,从而使劳动者对用人单位负有诚实、尽力、一心一意地为其工作和维护其利益的忠诚义务。

(二) 离职雇员的竞业禁止义务

基于合同诚实信用原则,雇员离职后对其原单位仍应负有善意义务,这是一种后合同义务,主要体现为离职雇员对原单位重要的商业秘密负有默示的保密义务,对原单位一般的保密信息不负任何义务。然而,离职雇员的保密义务虽然从理论上存在根据,但实践中,对原单位商业秘密的保护却困难重重。主要原因是:(1)什么是重要的商业秘密,其范围不容易清楚划分;(2)虽然离职雇员对企业重要商业秘密有默示的保密义务,但离职雇员向新单位披露有关商业秘密,离职雇员及其新单位对商业秘密的使用,从外部根本无法观察出来,即使知晓通常也是在损害造成

之后。

我国《反不正当竞争法》第十条第一款第(三)项:经营者“不得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”。从该法条的措辞来看,赋予了商业秘密的权利人以与特定相对人通过合同或其他保密协议来约定保密义务的权利。因此,离职雇员的竞业禁止义务通常是由用人单位与其以竞业禁止合同的方式确立起来。

二、保护劳动者自主择业权和商业秘密权的法律悖论

雇员的竞业禁止义务虽然有其产生的合理依据,但是劳动者自主择业权的保护却关系到劳动者一项最基本的权利——生存权,择业自由和合法竞争是市场经济条件下劳动者生存权的表现形式。无论是国际公约还是国内法,对劳动权均有明文规定。劳动权和择业自由权是受我国宪法和劳动保护的至高无上的权利,并不因为保护企业的商业秘密,这些至高无上的权利就消失了。任何法律均不能超越宪法之上剥夺宪法赋予的权利。任何他人的经济权利,包括商业秘密权,与宪法规定的公民的劳动权和劳动义务相矛盾的,不得不说是一种相对较弱的权利。

保护商业秘密与宪法、劳动法上的基本权利存在冲突。雇员一旦在某个单位就业并掌握保密信息,依保护商业秘密的法律

规定,其择业自由就可能受到限制。正如英国的考恩法官在Wexler案中所述:“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,即由于其技术水平越来越高,他又被限制进入生产效率更高的领域去发挥作用”。这种情况在特定时刻就越发显得不合理:最普通的劳动者在劳动中自然会接触到有关知识,这些知识最终会转化为个人的知识、经验、训练和技能。个人一生是短暂的,不允许使用原来的已熟悉的知识、经验、训练和技能是不合理的,甚至影响劳动者的生产以至生存。世界知识产权组织国际局在其《反不正当竞争示范法》的注释中指出:“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。”

众所周知,我国是一个人口众多的发展中国家,劳动力市场供过于求的状况将在很长的一段时期持续着,劳动者在就业市场通常处于弱势地位。订立竞业禁止合同其实质是对劳动权的限制,而在现实中,用人单位要求员工在就职时必须与公司签订竞业禁止合同的现象较为普遍。这种竞业禁止合同通常规定了员工在离职后不得生产同类产品或经营同类业务且具有竞争关系的其他用人单位兼职或任职,也不得自己生产与原单位有竞争关系的同类产品或经营同类业务的义务,但对用人单位本身的义务未作规定或很少作规定,双方的权利义务极不平等。

三、通过对竞业禁止合同的立法限制,实现二者利益的平衡

一方面要保护劳动者包括各种人才的自主择业权利,另一方面,也要保护企业的商业秘密。那么,竞业禁止合同如何才能较好地平衡这对关系,做到既能保证合理的人才流动,保护离职雇员的生存权和劳动自主择业权,又能兼顾到保护企业的商业秘密呢?显然,在符合下列两个条件的前提下是有效的:一是无害于被禁止劳动者的生计;二是无害于社会公益。为此,法律有必要对竞业禁止合同以下几方面的必备条款进行严格的限制:

(一)对合同适用主体资格的限制

企业要确实拥有特定的商业秘密,并在竞业禁止合同中标明范围,而不是泛泛地约定员工在离职之后一概不得从事同行业。如果竞业禁止合同是劳动合同的一部分,或者保密合同的一部分,那么应当在劳动合同或保密合同中标明商业秘密的范围。如果没有真正的商业秘密,而是把一般的商业信息、知识技能和经验作为商业秘密,要求员工签订竞业禁止合同,这种合同是无效的,对员工不具有约束力。

竞业禁止合同是企业与特定接触、知悉、掌握商业秘密的员工之间签订的。需与企业签订竞业禁止合同的应当限定在下列人员:(1)掌握企业核心商业秘密的高级经营、管理人员;(2)掌握企业技术秘密关键细节的高级研究开发人员、技术人员;

(3)有可能了解企业重要商业秘密的一般技术支持人员和关键岗位的技术工人;(4)掌握和了解企业重要经营信息的市场计划、销售人员;(5)有可能经常接触到企业商业秘密的财会人员、秘书人员等。凡不知悉企业商业秘密的人员不能与其订立竞业禁止合同。

(二)对竞业禁止区域和行业领域的限制

应当明确约定离职者在什么区域内不得开展与原企业竞争的业务或受雇于竞争对手,并应考虑雇员的生存权,使雇员能够自由进入市场的空间。区域的大小一般与原企业的业务影响区域以及市场份额等因素相关,一般认为,应当以可能与雇主产生实质性的竞业危险的区域为竞业禁止的限制区域,但不能扩大到雇主将来可能开展的地域。

竞业禁止合同中应当结合本企业拥有商业秘密的范围,约定离职者不得利用在原企业的商业秘密从事此行业的不正当竞争业务。企业任意扩大竞业禁止区域或一概规定不得从事同行业的合同条款是无效条款,行业领域的限制不得采取开放的定义方式,如:禁止雇员在X年内,从事任何与本企业现在和将来的经营活动相冲突的行为。因为这样禁止的领域成为变量,使雇员处于极度的不安定状态,对雇员非常不公平,从而构成对劳动者择业自主权的侵犯。对行业领域的限制可采用规定技术领域、产品项目、服务项目、经营行为等限制领域的方式。

(三)对竞业禁止期限的限制

一般而言,竞业禁止的期限应当取决于该商业秘密在市场竞争中所具有的竞争优势持续的时间、员工掌握该商业秘密的程度和市场上通过合法手段复制该商业秘密的时间。商业秘密的类型和性质不同,其保密期限也应当是不同的。对此类情况,只要合法并给予被禁止对象合理的对价,可以允许当事人双方约定竞业禁止的时间。但是由于每个人职业生涯都是有限的,因此,竞业禁止的期限也必须有个限度。

对于竞业禁止的时间限制,国内的立法里各有不同,瑞士规定离职后的竞业禁止协议在3年内有效(瑞士《劳动契约法》第340条a项);德国规定离职后2年以上的禁止协议无效(德国《商法》第74条a项);意大利规定离职后的竞业禁止协议的时间限制为:高级职员离职后不得超过5年,其他职员离职后不得超过3年,否则无效(意大利《民法》第2125条)。

由于我国劳动者在劳动力市场长期处于相对较弱的地位,缺乏与用人单位讨价还价的能力,因此在规定竞业禁止的时间限制时不宜过长。笔者认为,在我国竞业禁止期限最长不应超过2年。

(四)对经济补偿的限制

商业秘密权利人同其员工签订竞业禁止合同,必须给予被禁止人一定的补偿。竞业禁止合同是双务有偿合同,离职员工承担原企业商业秘密、不与原企业竞争的义务,同时应

(下转第75页)

工支付的工资中,应当包含单位应当缴纳的基本养老保险费和基本医疗保险费比例之和。可见,案例中的公司认为,本单位在给付吕某的工资中,已经包含了连同工伤保险费在内的全部社会保险费,是一种错误的认识。因为在《意见》第12条中还规定:“用人单位应当按照国家有关规定为建立劳动关系的非全日制劳动者缴纳工伤保险费。从事非全日制工作的劳动者发生工伤,依法享受工伤保险待遇;被鉴定为伤残5~10级的,经劳动者与用人单位协商一致,可以一次性结算伤残待遇及有关费用。”

也就是说,用人单位在向小时工支付的工资中,应当包含单位应当缴纳的基本养老保险费和基本医疗保险费比例之和,而不能包括工伤保险费。用人单位在与小时工存在劳动关系期间,用人单位必须按照国家有关规定为小时工缴纳工伤保险费。案例中的公司违反了上述规定,未给吕某缴纳工伤保险费,致使吕某的工伤得不到社会保险经办机构给予的工伤待遇,因此,劳动争议仲裁委员会可以判令公司应比照工伤保险的有关规定,承担吕某的工伤待遇,即给付其医疗费用报销、工伤津贴和一次性伤残

补助金等相关工伤待遇。

综上所述可以看出,企业的非全日制用工与全日制用工相比,在劳动合同形式、工资、社会保险等方面是有很大的区别的。因此,对于非全日制用工这种新型的用工形式,建议企业在使用前应充分了解其特点及相关政策法规规定,从而保障能够依法使用这种灵活的用工形式,达到减低人工成本的目的。

(作者单位:祥琦劳动信息咨询公司、才俊人力资源顾问公司)

(上接第72页)

享有获取一定经济报酬的权利。离职员工如果得不到相应的补偿,择业自主权利又受到竞业禁止合同的限制,双重的不得势必影响其生存状况和发展前景。保护企业的商业秘密不能以损害离职员工的生存权为代价。我国《珠海市企业技术秘密保护条例》第22条规定:“企业与员工约定竞业禁止的,在竞业限制期间应当按照竞业限制协议中的约定向该员工支付补偿费;没有约定的,年补偿费不得低于该员工离职前一年从该企业获得的年报酬的二分之一。”《深圳技术秘密保护条例》第22条规定:“竞业限制协议约定的补偿费按年计算不得少于该员工离开企业前最后一个年度从该企业获得的报酬总额的三分之二。竞业限制协议中没有约定的,补偿费按照前款规定的最低标准计算。”由于

在我国一般的劳动者都缺乏与用人单位签订竞业禁止合同的平等协商能力,法律有必要规定补偿费的最低限额,以维护劳动者的合法利益。笔者认为,深圳条例的规定较多地考虑了劳动者的利益,与我国的国情比较相符。

(五) 对违约责任和免责事由进行规定

竞业禁止合同必须明确约定有关当事人的违约责任。比如,当事人可事先约定违约金的数额幅度,可以预先约定损害赔偿额的计算方法。法律负责的事先约定可以避免竞业禁止合同违约后确定损害赔偿额的困难,有利于合同纠纷的解决,也有助于减少当事人在未来可能承担的风险。竞业禁止合同也应约定免责条款和免除将来可能发生责任,如约定商业秘密进入公有领域或因为

其他合法原因公开后,应当免除员工的义务。

法律应该规定雇员承担违约金的最高幅度,应以实际发生的损失为限,并且不超过双方当事人签订合同所能预计的损失。法律应明确规定离职雇员在特殊情况下的免责事由,比如,由于约定的竞业禁止领域过宽,使其在竞业禁止期间内难以实现就业;企业支付的补偿费不足以维持其家庭生计,或者遭遇特别灾难不得不违反竞业禁止协议。

参考文献:

1. 郑成思:《知识产权论》,法律出版社,2001年版。
2. 孔祥俊:《商业秘密保护法原理》,中国法制出版社,1999年版。

(作者单位:厦门大学)

■ 责编 一心 Tel:010-68345891 E-mail:cqzlf@163.com