

商业秘密保护中的 竞业限制问题

——兼论《劳动合同法》第 23、24 条的不足

【摘要】 在劳动关系中运用竞业限制,是保护企业商业秘密的有效手段,可以防止技术、经营信息被不正当利用,鼓励企业对技术、经营进行大规模投入,保护资本和技术。但不正确地运用竞业限制,却可能侵害劳动者的合法权益,破坏人才市场和一般技术、经营知识合同法扩散。正确处理劳动关系中的竞业限制,是我国商业秘密保护的重要组成部分。

【关键词】 商业秘密 竞业限制 竞业禁止 劳动合同法

张玉瑞/文

一、《劳动合同法》第 23、24 条的不足

2008 年 1 月 1 日起实施的《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)第 23 条、第 24 条,第一次在国家劳动立法领域规定了竞业限制。

《劳动合同法》第 23 条规定:“用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者,用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款,并约定在解除或者终止劳动合同后,在竞业限制期限内按

月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。”第 24 条规定:“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定,竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后,前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位,或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限,不得超过二年。”

从法律定义出发,人们很容易构筑商业秘密

保护与竞业限制之间的正常关系,而忽视了在我国实际操作层面上,二者之间大量存在的非正常关系。由于我国商业秘密保护门槛很低,因而在实践当中,越来越多的单位、雇主开始使用竞业限制,限制技术、经营经验的合同法扩散、他人的合同法竞争,损害了社会利益。

具体而言,《劳动合同法》有关规定存在下述实质性缺陷:

(一)未区分重要的商业秘密和一般的保密信息

在我国,商业秘密是具有秘密性、管理性、价值性的技术性信息和经营信息,对其中作为保护关键的秘密性,法律只有基本规定。

《劳动合同法》对竞业限制的前提条件未作区分,其第23条、第24条规定中的用人单位“商业秘密”中可能存在各种情况,从重大发明到某客户某经理人员的嗜好,均可以构成“商业秘密”。商业秘密尤其是经营秘密,广泛存在于各类企业中,暂时、零碎的商业信息也可以构成商业秘密。对商业秘密法律保护范围的这一认识,是发达国家倡导的,在我国国内也没有人反对。

从理论上讲,任何企业都有商业秘密存在。在实践当中,一些企业为了鸡毛蒜皮性质的商业秘密,滥用竞业限制合同,导致劳动者无处说理。从我国司法、执法中对商业秘密秘密性的把握程度出发,竞业限制必须限于重要商业秘密,雇主不应当因为鸡毛蒜皮性质的商业秘密,来限制职工的就业自由,危及职工的生活水平和生存。对重要的商业秘密,应坚持社会标准,以同行竞争者眼光来判断有关信息是否属重要的商业秘密。

(二)将与商业秘密有关的竞业限制扩张为同类产品或同类业务

《劳动合同法》第24条第2款中限制的范

围是“本单位同类产品或同类业务”,这就偏离了竞业限制保护商业秘密的本来方向。美国等发达国家在实践中的要求是,竞业限制的领域只能与劳动者在本单位接触的技术、经营秘密有关,其范围小于而绝不能等于本单位同类产品或同类业务。

《劳动合同法》有关竞业限制规定出现这一问题,缘于其简单套用了《公司法》的竞业限制规定。《公司法》上竞业限制的对象是高管人员,其义务范围当然是公司的所有业务范围;而《劳动合同法》适用公司所有员工,包括最底层的员工,他们即便接触到商业秘密,也不可能是公司的全部商业秘密,所以其竞业限制的范围也不应该是公司技术、经营的所有范围。《劳动合同法》竞业限制规定这样套用,导致企业可以滥用竞业限制,不公正地限制职工再就业、竞争自由。

二、《劳动合同法》执行中的必然问题

《合同法》第52条规定了合同无效的具体情形,而实践中竞业限制约定被认定为合同无效的,笔者目前还没有遇到过。实践中,竞业限制约定蜕化为单方要求、格式合同,甚至规章制度的;将出于保护商业秘密需要的竞业限制,泛滥为禁止一切竞争的;竞业限制的没有地域范围的;甚至只有竞业限制要求,而没有经济补偿的,这些情况并不导致合同从未生效,而是可以根据《合同法》第54条进行变更或撤销,甚至合同被认定为依然有效。以下分别进行介绍。

(一)竞业限制约定蜕化为单方要求、格式合同,甚至规章制度

《劳动合同法》第23条规定的竞业限制“在劳动合同中约定”,在实践中会被认为是“竞业限制权”,从而使“约定”蜕化为单方要求、格式合同,甚至规章制度。一旦如此,我国恐怕就是世界上绝无仅有的在企业当中无限制、普遍推广这种侵害劳

劳动者权利规定的国家。下面举一个例子。

汪某原来在某公司承担外销业务员工作,2001年7月托故离开公司,在其竞争对手——某电子厂任销售职务,某公司于是将汪某诉至法院。原告诉称:1999年8月2日公司实施了“关于商业秘密保密实施细则”,该细则规定,因劳动合同期满,辞职、辞退或擅自离职等原因脱离公司的,3年内不得在与本公司有同类业务或者其他利益关系的单位任职,员工自己也不能经营同类业务。汪某违反约定,要向本企业支付一定数额的补偿。被告反诉称:在与原告订立的劳动合同中,并未规定要履行3年竞业限制的义务,她也不知原告单位商业秘密的具体内容;同时,被告也未到某电子厂工作,故原告的诉讼请求不能成立。

法院原则上支持原告的竞业禁止请求,认为被告与原告订立劳动合同之前已全面知悉单位的“商业秘密保密实施细则”,劳动合同中也有员工应遵守企业劳动纪律及各项规章制度的约定,因此汪某有义务予以遵守^[1]。

在本案中,竞业限制约定已经蜕化为单方要求、格式合同,甚至规章制度。原告与被告之间实际上并无竞业限制合同,只有单位竞业限制的规章制度。原告是否有经营秘密,亦不得而知。被告作为业务员,会与原告的客户联系,但如果客户是原告产品公知的购买者,原告就没有商业秘密存在。

(二)将出于保护商业秘密需要的竞业限制泛滥为禁止一切竞争

在实践中还存在“两个凡是”式的规章制度:“凡属于我公司生产、经营范围的,凡是我公司的职工,在离职之后均不得插手经营”;“凡是从事销售的,离职之后不得与本公司客户联系。”这种规定是在借保护商业秘密之名,行违法限制竞争之实。在实践中,如果司法、执法机关认识模糊,或者是立场站在了雇主一边,这样的规章制度也会在保护商业秘密的名义下得到贯彻执行。

(三)时间规定未能解决差异性问题的

《劳动合同法》第24条中竞业限制“不得超过2年”的规定,一方面满足了社会对竞业限制最长期限的要求,同时没有解决不同技术、经营领域当中竞业限制合理期限的差异性问题。

(四)经济补偿条款得不到严格执行

《劳动合同法》第23条要求:“在解除或者终止劳动合同后,在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿”。司法、执法机关中比较普遍地认为,竞业限制有效的必要条件是企业对劳动者的经济补偿,但是《劳动合同法》并没有规定经济补偿到底是不是“竞业限制约定”的生效、失效条件。在实践中,出于种种原因,导致企业在劳动合同终止或解除时没有对劳动者支付经济补偿,竞业限制也被认定有效。

金蝶公司与廖建华竞业限制纠纷案就是一个说明。廖建华自2003年1月1日起至2004年12月31日担任金蝶公司成都分公司总经理,2004年1月1日为金蝶西南区总经理。2004年9月29日,金蝶公司与廖建华签订了《保密及竞业限制协议》。2005年4月4日,廖建华调至金蝶公司总部,担任客户服务部总经理,劳动合同期限从2005年1月1日起至2006年1月31日止。廖建华2005年9月30日离职,2005年11月就职于与金蝶公司有竞争关系的用友公司。

2006年初,金蝶公司、廖建华各自向深圳市劳动争议仲裁委员会就竞业限制约定是否有效、是否违反约定提出仲裁请求。2006年3月6日深圳市劳动争议仲裁委员会合并审理。

金蝶认为:(1)廖建华作为高级管理人员,掌握的是金蝶的经营秘密而非技术秘密,因此不适用《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》关于竞业限制补偿金的标准,目前也没有法律法规规定对掌握经营秘密的员工竞业限制需支付经济补偿金;(2)金蝶与廖建华在《保密及竞业限制协议》中

约定,每月发放的薪资和福利待遇中包括竞业限制期内的补偿金额;(3)金蝶在支付给廖建华的工资中已经包含了竞业限制补偿金,且已予以发放。

廖建华认为:(1)金蝶公司认为掌握技术秘密的人竞业限制需补偿,而掌握经营秘密的人竞业限制就无需补偿,结论是错误的,所以应适用《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》规定;(2)金蝶公司将劳动者合同工资收入的一部分划为竞业限制补偿金,规避合同解除或终止后支付竞业限制补偿金之义务,所以相关约定无法律效力;(3)金蝶虽约定竞业限制补偿金包含在工资中,但通过分析其制作的工资单,可以看出廖建华的工资单明确记载其工资组成为“基本工资”+“绩效工资”,根本没有竞业限制补偿金^[2]。

深圳市劳动争议仲裁委员会于2006年4月20日作出裁决书,认为廖建华先后担任金蝶公司西南区总经理兼成都分公司总经理以及客户服务部总经理,从事的工作岗位是高级管理人员,掌握了金蝶公司的战略规划、经营决策等经营秘密,廖建华应自觉履行保密及竞业限制义务。廖建华离职后到与金蝶公司存在商业竞争关系的用友软件公司工作,必然会侵犯金蝶公司的商业秘密,违反了协议、合同的规定,应按照协议规定承担违约责任。本案《保密及竞业限制协议》和调薪通知,已经明确了月薪中包括竞业补偿费,且被诉人月薪未低于约定,亦高于2005年1月1日之前的月工资,故金蝶已经支付了“竞业限制补偿金”。裁决书裁定:前金蝶客户服务部总经理廖建华在2005年9月30日离职后一年内不得在用友软件股份有限公司及其他与金蝶具有竞争关系的用人单位工作;廖建华须支付金蝶公司违约金人民币39960元。

2006年12月,法院维持了劳动仲裁的裁决,判决廖建华继续履行保密及竞业限制义务,离职后一年内不得在与金蝶存在商业竞争关系的用人单位工作,并应支付违约金。

以上引用案例,并不在于探讨谁是谁非,只说

明经济补偿这样的重要条款,也可能有理由不执行。

三、有关竞业限制的基本政策取向

上述劳动关系中竞业限制的现状,与我国竞业限制政策面临的历史环境和任务是不相称的。我国劳动关系中竞业限制的基本政策是:

在国家发展战略层面上,注意社会主义资本市场、技术市场和人才市场之间的平衡;在保护资本、技术投入,促进企业发展的同时,兼顾人才市场和一般技术、经营知识合同法扩散,保护劳动者的合同法权益;同时有前瞻性,考虑到未来中国的发展。这种特殊的环境和性质,决定了我国对商业秘密必须采取完善法律法规、平衡保护的策略。

在社会层面上,竞业限制政策应当考虑我国高级人才、高级技工人才有限,企业人才缺口大的现实,尤其要注意防止竞业限制无限扩大,增加社会整体就业压力,导致人口贫困化的危险。由于以上介绍的商业秘密良莠不分的实际状况,已在一定程度上导致竞业限制超越了本来应当适用的高级、中级技术、经营人才,而向普通劳动者扩散,使我国原本有限的人才尤其是高级人才不能发挥作用,严重影响整个国家的竞争力;同时导致一般劳动者不能从事其擅长的工作,在劳动力市场上形成法律上的弱势群体。

四、有关竞业限制的措施建议

(一)加强对竞业限制合同的司法审查

劳动(雇佣)关系与商事关系不同,雇主与雇员在经济上并非平等,只要不违反法律,雇主有解雇雇员的权利。即使出于正当的保护商业秘密需要而进行竞业限制,也是雇主与劳动者之间的不等价交换,雇主一方的利益仅是知识产权,但对劳动者的限制却越出了知识产权的范围,要求限制劳动者的劳动能力、生存能力。(下转第27页)

这一生产方法很可能包含有被告的商业秘密。

综上所述,商业秘密与专利作为企业保护其技术成果的有效方式在企业技术管理战略中起着举足轻重的作用。选择适当的方式将有利于企业发展,而不顾实际情况盲目选择则可能导致丧失自身优势,在竞争中处于不利地位。

(二) 商业秘密与商标的关系

虽然商业秘密与商标的保护客体并没有重叠,但这并不代表着两种保护方式不可以综合运用。比如,通过包含商业秘密的技术制造品质较好的产品,并对该产品注册商标,这样即使商业秘密权消失之后,由于品牌效应的延续性,仍可以实现相当的市场份额和超值利润。

(三) 商业秘密与软件著作权的关系

虽然对软件专利化问题的争论一直没有停止过,但软件专利化一直在被进行着。国家知识产权局对软件专利化的审查标准也由必须与硬

件结合放宽为不再要求必须与硬件结合。对于非开源软件来讲,其软件代码往往被软件开发者视为商业秘密,可进行软件著作权登记。但是,软件著作权的保护力度明显偏弱,因此在对其软件代码进行软件著作权登记的同时,对软件的设计思想谋求专利权的保护,以实现对其软件产品的综合保护是十分必要的。

当然,商业秘密并不仅包括技术信息,还包括经营信息。但是,当前针对商业秘密中的经营信息的操作规范更加缺乏,本文不予讨论。

综上所述,商业秘密是企业的一项重要无形资产,如何有效地保护商业秘密是一件专业性非常强的系统性工作,需要在对商业秘密进行认真分析研究的基础上,采取多种有效措施进行综合保护,尤其要注重将商业秘密的保护与企业的规章制度、保密措施密切配合,并与其他知识产权的保护方式有机结合,形成立体的防护网,并结合不同时期的情况变化及时采取灵活的应变措施。**IP**

(作者单位:北京同达信恒知识产权代理有限公司,海信集团有限公司)

(上接第 20 页)

在这一普遍前提下签订的竞业限制合同,有可能侵犯劳动者的重要权利。从这一角度来看,劳动(雇佣)关系中竞业限制合同即使能够成立,也是对自由竞争的一种极端例外——这也是发达国家的标准实践。我们应当慎重对待竞业限制合同,契约自由并非唯一原则,必须同时有事后的司法审查。

(二) 加强司法解释、部门规章制订

目前竞业限制的很多问题,单靠立法无法解决。在日本,竞业限制没有专门的法律规定,这并没有妨碍在实践中产生竞业限制合同、约定以及相应的诉讼。

应当加强司法解释、部门规章的制订,因为这

些规范出台相对容易、快捷。在对实践有深入理解、中外充分交流、有关司法解释和部门规章充分总结规律后,有关规范可以顺利地上升为法律。**IP**

(作者单位:中国社会科学院法学研究所)

参考文献:

[1] 西法,卢晶.杭州判决一起因员工跳槽引发的竞业限制纠纷[EB/OL].[2003-07-12].http://news.xinhuanet.com/newscenter/2002-07/12/content_480315.htm.

[2] 李迎春,廖建华与金蝶竞业限制纠纷案代理始末 [EB/OL].[2006-05-10].<http://www.ldzc.com/law/jyjz/23455238.htm>.