

# 商业秘密保护与竞业禁止

廖耘平

## 一、当事人在什么情况下负有对权利人保守商业秘密的义务

对商业秘密保密义务的承担,往往是因为双方当事人之间有合同的存在。我国劳动法第 2 条规定,劳动合同的当事人可以在劳动中约定保守用人单位秘密的有关事项。我们可以看出,员工的保密义务是一种合同上的义务,如果当事人双方没有通过合同规定,则一旦员工离开企业,就不承担保密义务。再看我国公司法第 62 条规定,董事、监事、经理除依法律规定或经股东会同意外,不可泄露公司秘密。根据此规定,作为公司的董事、监事、经理在没有其他原因的情况下,应承担法定的保密义务。这从另一方面也说明,我国对于普通职工则没有法定的保守商业秘密义务的要求,而只存在根据双方合同的约定保守商业秘密的义务。

同时,我们注意到我国《合同法》第 43 条规定,“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密,无论合同是否成立,不得泄露或不正当使用。泄露、不正当使用该商业秘密造成损失的,应承担损害赔偿赔偿责任。应该说这里规定了缔约当事人承担保守商业秘密的法定义务。根据合同法第 43 条的规定,即使当事人双方没有签订事先的保密协议,也就是没有合同上的保密义务。在合同订立过程中泄露的商业秘密,仍受法律保护,缔约当事人都应承担“不得泄露或不正当使用”的义务,这种法定义务应是由诚信原则推导出的一种附随义务。虽然合同法规定的保密义务是一种法定义务,但是这种法定义务的形成仍然需要符合一定的构成要件。第一,当事人知悉商业秘密是在签订合同过程中完成的,如果一方当事人通过其他合法途径获得的商业秘密就不承担法律上的保密义务。第二,作为商业秘密的拥有者应当在合同订立过程中,告知另一方当事人哪些信息属于商业秘密的内容,否则也将导致对方不负法定的保守商业秘

密的义务。第三,虽然当事人一方没有明示哪些内容属于商业秘密,但根据诚信原则,双方都知道或应该知道某一特定信息属于商业秘密。只有符合上述条件才有认定当事人应负法定保守商业秘密的附随义务。<sup>①</sup>

至此,笔者认为,在合法途径知悉商业秘密的情况下,在符合合同法第 43 条之规定和在当事人双方有合同约定时(不包括公司法的特别规定)的情形时,当事人负有保守商业秘密的义务。

## 二、商业秘密保密义务:法定还是约定

从商业秘密保护与竞业禁止的联系这个角度出发,这里笔者想谈的是:对员工来说,在没有保密义务约定时是否存在法定保密义务。

1. 当员工在职而没有约定保密义务时,是否承担保密义务?立法上我国并未规定员工的法定保密义务。只是《反不正当竞争法》中规定不得以不正当手段获取、使用、披露或允许他人使用权利人的商业秘密(言下之意,如正当获知就没有法定保密义务),以及在《合同法》中规定了缔约附随义务。而员工正当获知商业秘密,又不存在《合同法》中缔约附随义务时,显然依现行法律就不负法定保密义务。如果同时雇主与员工又没有订立保密协议,员工是不负保密义务的。

2. 员工离职后,是否承担保密义务?如上述,员工无法定保密义务。实践中也主要通过员工签订保密合同要求承担保密义务。如,《深圳经济特区技术秘密保护条例》第 10 条规定,“企业要求员工保守企业技术秘密的,应订书面的保密协议。没有书面的保密协议或协议不明确的,员工的保密义务截止该员工离开企业之日”,同时国家科委《关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见》中规定技术秘密协议的主要内容包括保密期限。显然,约定保密义务是有期限的。问题是期满后,商业秘密如何保护?(因为员工工作关系知

悉权利人的商业秘密是正当途径,在这种情况下使用、披露,允许他人使用是不受《反不正当竞争法》制约的)。若此时“商业秘密”仍符合商业秘密保护条件时,司法实践中也往往采用诚信原则来要求员工继续保密。但动辄以处于抽象的补充规定地位的诚信原则作为救济手段,未免是法律的不健全<sup>②</sup>。而且,保密合同违约要件与商业秘密事前救济的要求是不相容的。根据保密合同,只有违约出现时,秘密持有人才成为违约权利人,才能要求员工承担相应的违约责任,但此时商业秘密可能已不复存在,进入了公知领域。实践中也常常出现权利人发现相对人有侵害商业秘密的危险却苦于无从寻求救济的情况。

之所以对员工商业秘密的保密义务仅作合同法上的规定,其根源在于不承认商业秘密的财产属性。虽然合同保密义务一定程度上能维护商业秘密的秘密性,但如果把承认商业秘密的财产属性,作为一种知识产权,则保密义务上升为法定保密义务,只要商业秘密存在,持有人享有知识产权,任何人不得非法侵犯,这就解决了保密期限和是否订有保密协议的问题。员工不论在职或不在职;不管订没订保密协议;不管正当获知还是非正当获知,只要商业秘密存在,就要负法定保密义务。其理由如下:<sup>③</sup>

承认商业秘密为一种知识产权,就奠定了法定保密义务的法理基础。长期以来,我国不承认商业秘密的知识产权属性。仅把侵犯商业秘密的行为当作不正当竞争行为规定在反不正当竞争法中,在保护上多倚重行政救济手段。但反不正当竞争法以消极的禁止方式打击侵权行为,其力度明显弱于肯定商业秘密的权利属性,正面规定商业秘密专有权为知识产权的保护,这正是现实中侵犯商业秘密的行为屡禁不止的症结所在。近年来立法、司法和理论上都倾向于把商业秘密作为知识产权看待。立法上,1997年《刑法》在第2编第3章第7节侵犯知识产权罪中明文规定了侵犯商业秘密罪,显然是将商业秘密作为知识产权的一种;我国“入世”后要遵守的TRIPS协议在第一部分也明文规定知识产权的范围包括商业秘密;理论界有学者提出正式承认商业秘密权<sup>④</sup>。如果承认商业秘密权,权利人应享有正面的权利,即从权利人处知悉(包括正当、不正当)商业秘密的

人应向权利人承担法定保密义务,义务的存继期以商业秘密的存在为前提,并且与其存在期间相一致,非法定事由或权利人放弃,不得免除。由此可实现对商业秘密的保护从单纯依据反不正当竞争法的调整;从合同违约救济转向财产法保护和侵权救济。当然保密义务不是绝对的,受制于商业秘密存在否,法律可以规定保密义务的消灭事由,如:商业秘密因权利人的公开或过失泄露而进入公知领域;商业秘密因他人的独立开发或反向工程而取得;相对人从对权利人不负保密义务的第三人处知悉;其他非从权利人处正当取得的情形。最后,法定保密义务的规定并不排斥当事人基于意思自治订立的保密合同的优先适用,同时又可以在没有保密合同或合同不完全的情况下补充救济权利人的利益。当然合同当事人在不违背法律原则的情况下约定保密期限和支付保密费,可以视为权利人对自身权利的处置,是一种利益的放弃,应予允许。如果企业无正当理由不支付保密费,可以按一般违约予以追究,而不能因此解除保密义务。

### 三、竞业禁止与商业秘密的保密义务

竞业禁止原是资本主义发达国家的雇主对雇员采取的以保护商业秘密为主要目的的一种法律保护措施。竞业禁止已经成为主要发达国家以立法形式保护商业秘密的重要手段,成为民商法的一项重要制度。

竞业禁止的含义从字面即可得知:禁止从事竞争性行为,具体说就是依照法律的规定或当事人的约定,权利人可以要求义务人在一定的期限内不得从事与自己的营业相同、类似或相关的营业,即有权限制义务人针对自己的竞争行为<sup>⑤</sup>,但同时维护商业秘密权利人利益和员工依《宪法》、《劳动法》等享有自由择业权、就业权之间需一种利益的制衡,否则不合理竞业禁止又侵害了《宪法》、《劳动法》所保障的权利,有违公序良俗和公益,应为无效。<sup>⑥</sup>

竞业禁止从不同角度可作多种分类。从我国已有的竞业禁止规定看,我国采用法定竞业禁止和约定竞业禁止的分类<sup>⑦</sup>。《公司法》中有董事、经理等竞业禁止义务,至于一般员工法无明文规定。

根据各国民商法的规定,对竞业禁止的法律关系特征可作如下概括:

1. 权利方和义务方有民事法律上的个体联系,或为公司、企业与员工,或为某一合同的当事人,无论是前者还是后者,这两对民事主体在法律上的联系均是建立在合同基础上的,双方法律地位平等,权利、义务对立。如,企业与员工的竞业禁止条款是对义务方员工劳动权的限制,而其他合同中竞业禁止义务限制的则是义务方的同业竞争活动。总之竞业禁止义务只能发生在特定的合同当事人之间,没有以上合同关系不可能产生该义务。

2. 竞业禁止义务产生于法律的规定或合同的约定,在这里产生于法律的规定也是以当事人之间的特定的合同关系为基础的。由法律直接规定竞业禁止时是为了防止不正当竞争的事实,这种法定竞业禁止义务的规定对符合法律规定情形的合同当事人适用。如,公司法对董事、经理的竞业禁止规定。但类似的法定的竞业禁止条款在多数情况下可以由双方当事人协商排除适用。这一方面体现了立法上对竞业禁止的重视,另一方面也充分体现了合同自由的原则。更为常见的竞业禁止条款来自双方当事人的约定。但这样的约定中不得因为合同自由的原则,而使实际处于优势地位的一方当事人限制对方从事合法竞争的自由。

3. 竞业禁止所要限制的行为从广义上讲是一种不正当竞争行为,但这种禁止的竞业行为与我们通常所称的不正当竞争行为又有所不同。首先,这种行为本身并不违法,只是特殊的身份不应为之(如公司经理),而一般意义上的不正当竞争行为本身就是一种违法行为(违反《反不正当竞争法》);其次竞业禁止一般只关系到特定民事主体的利益。如,员工从事禁止竞业行为,更多损害的是公司的利益,而一般的不正当竞争行固然损害了一部分民事主体的利益,更主要地是破坏了公平竞争的市场经济秩序。

4. 竞业禁止在时间、空间上有一定的范围,不能无期限,在地域上也是有限的<sup>⑧</sup>。

关于商业秘密的保密义务和竞业禁止两个法律问题,在实践中主要发生在企业与企业员工之间,可从在职与离职两种情况中分析。

(1)在职中。根据我国法定竞业禁止和约定竞业禁止的分类。当企业和员工有竞业禁止合同时,员工有竞业禁止义务是自然。而当企业和员工无

约定时,员工有法定竞业禁止义务吗?大多数国家及地区未规定法定不竞业义务(这与经理、董事等不同)。我国无明文规定员工的法定竞业禁止义务,如果一定要找法律依据,也就是诚信原则推出员工应负法定不竞业义务。其实在职或不在职,对于竞业禁止义务采取法定或约定的方式都有重要意义,它关涉立法者对利益人(用人单位或雇主的经济利益或商业秘密利益等,与雇员的自由劳动权或工作权利)的衡量。<sup>⑨</sup>两种利益按民法原理均应保护,在他们冲突时加以权衡,找出平衡点。按此认识,在职时,雇员已就业,工作权、生存权已有保障,此时,自不应牺牲用人单位的合法权益,而去成全雇员自由劳动权、生存权和工作权的充分实现,否则有悖公平正义原则。据此,笔者认为,对了解或知悉商业秘密的雇员于在职时应明确强制课以不竞业义务,在法律中做出明文规定而不必援用诚信原则来补漏。

(2)离职后。员工离职后,从(1)中的分析我们认为,员工不再负法定竞业禁止义务,而在当前商业秘密在我国还未作为一种知识产权,员工又不负法定保守商业秘密义务的情况下,约定保密协议到期或约定不明确时,权利人的商业秘密的保护此时就只剩下约定禁止这种方式。因为此时员工对合法知悉的商业秘密使用、披露、允许他人使用将不违反《反不正当竞争法》,同时不负法定竞业禁止义务,可自由从事与原雇主相竞争的事业,或受雇与原雇主竞争的单位,这时原雇主的商业秘密利益的保护就只有依赖约定竞业禁止。由此可见,约定竞业禁止之必要性。对于约定竞业禁止,各国均作为保护商业秘密的手段之一,但是约定竞业禁止必满足以下条件:

第一,应仅发生于雇主与可能掌握或了解公司、企业之商业秘密的雇员之间,在雇主与不可能接触或了解商业秘密的雇员之间不允许有竞业禁止约定,否则无效。

第二,约定竞业禁止应有有限期,在立法体例上,瑞士认为离职后3年内竞业禁止契约有效;德国为3年、日本为2年。当然由于各行业商业秘密存续生命力长短不一,似宜具体分析限制之合理时间为妥当。美国司法实务上以商业秘密尚存之期间为限制时间,同时考虑保护商业秘密不危及员工之生存和社会公益,针对每一员工接触商业

秘密的广度、深度不同,而个案拟定限制之时间。

第三,由于竞业禁止是以牺牲员工一定时间,地域内的自由择业作为代价的,所以在约定竞业禁止中,企业必须给员工一定补偿,其根据为《宪法》所保障的员工之生存权。所以世界上大多数国家以补偿金之有无作为竞业禁止是否有效之要件。如,德国商法第 24 条:竞业禁止期间,业主应给付员工最后年薪 1/2 以上,以补员工生计之不利,否则无拘束力。<sup>④</sup>

所以笔者认为员工离职后,保密协议期满或对期限不明确的,即使企业与员工之间曾有竞业禁止约定,此约定对员工也无拘束力(因当前,商业秘密还不是一种知识产权,义务人不负法定义务,而且保密协议对期限约定不明的,保密义务截至义务人离职时)。

总之,只有约定竞业禁止的限制;仅针对必要的人;限制是出于保护权利人商业秘密的需要,且方法得体、范围特定、期限适当、合理补偿,这才是合法有效的。<sup>⑤</sup>

#### 四、结束语

需要指出的是保密义务与竞业禁止是既有联系,又有区别的,不能混淆。二者最根本的区别在于:制度设计的目的不同。保密义务是从消极意义上禁止相对人泄露、使用或允许他人使用商业秘密,并不禁止相对人设立竞争企业或到竞争企业工作。如果相对人有合法取得商业秘密的途径,权利人就无权要求其承担保密义务。而竞业禁止则是全面封杀雇员利用其在职期间获得的一切信息和技能(包括商业秘密和未作为商业秘密但对竞争对手有利的信息)的机会,这是一种积极意义上保护商业秘密的方法,但这也是仅从外部诱因隔

绝,不能消灭人的内在动机。而且,保护商业秘密不过是竞业禁止的用途之一,它还有其他用途,如避免离职的职工因过于熟悉原雇主情况而在竞争上给原雇主造成其他的不利等,这些目的未必与保护商业秘密有关<sup>⑥</sup>。竞业禁止限制了劳动者的就业权利,全面封杀了后继技术的开发和合法取得商业秘密的相对人利用的权利,因而是有期限的。

#### 参考文献:

①姚欢庆.《司法实践中商业秘密保护的几个法律问题》[J].《判解研究》,2001,(4).

②③洪艳蓉.《商业秘密保密义务和竞业限制》[J].厦门大学法律评论第 1 期.

④孔祥俊.《反不正当竞争法的适用与完善》[M].法律出版社,1998.429.

⑤英振坤.《竞业禁止初探》[J].《法商研究》,1995,(3).

⑥王忠.《商业秘密与竞业禁止》[J].漆多俊主编《经济法论丛》第 2 卷,第 174 页.

⑦⑧张立新.《论竞业禁止》[J].徐国栋主编《罗马法与现代民法》2000 年第一卷第 329 页.

⑨桂菊平.《竞业禁止若干法律问题研究》[J].漆多俊主编《经济法论丛》第 177 页.

⑩王忠.《商业秘密与竞业禁止》[J].漆多俊主编《经济法论丛》第 177 页.

⑪方龙华.《商业秘密中竞业禁止若干问题研究》[J].《法商研究》,1996,(6).

⑫孔祥俊.《反不正当竞争法的适用与完善》[M].法律出版社,1998.429 页

作者 南京大学法学院硕士研究生.

邮编 210093

(上接第 128 页)有产生太大的影响。<sup>③</sup>同时,缺乏一个完整的经理市场,人才没有竞争,企业没有足够的选择对象,经理人员缺乏淘汰机制,这种情况下推行经理股票期权容易产生权力寻租现象,也无法约束经营者,企业可能面临较大的道德风险和经营风险。

笔者相信,通过制度改革和市场的完善成熟,我国的经理人股票期权制度也会逐渐的发展成熟起来。

#### 注释:

①《我国实行经理股票期权制的法律障碍及对策》,载《经济与法》2001 年第 9 期。

②《股票期权激励:人力资源管理新机制》载《国际经济合作》2001 年第 8 期。

③《经理股票期权的负效应及其在我国推行的制度障碍》,载《当代经济研究》第 7 期。

作者 中国矿业大学硕士研究生

湘潭大学法学院硕士研究生

邮编 100083