

论「跳槽」现象中的商业秘密法律保护

潘 斌
程 斌

我国正处于建立和规范社会主义市场经济体制的关键时期,劳动力市场作为十分重要的一个环节,尤其首当其冲。伴随该市场建立而发生的员工“跳槽”,也就相应显得十分频繁,应该说,这是具有长远积极意义的。只有人才资源得到合理配置,其他资源才能得到合理配置与应用。所以,我国宪法与劳动法都鼓励这种就业权(选择权)。但是,伴随着“跳槽”现象的发生,一些没有合理规范的不良行为也就时有发生。员工“跳槽”带走企业商业秘密,使原来的企业遭受巨大损失,就是一个重要方面。发达国家的历史经验和案例表明:雇员的跳槽行为,是企业商业秘密流失的最主要渠道。高级雇员即使只带走机密文件的片纸只字,或仅靠回忆哪怕是某些商业秘密的片断,也会使原单位难以招架。在我国,这种现象正频繁发生,由此而生的纠纷也越来越多。因此,如何规范雇员“跳槽”行为,探索“跳槽”现象中的商业秘密法律保护已成为当务之急。对此,笔者认为,可以从两个方面着手。

一、竞业避止合同条款——合同法保护

1. 竞业避止合同条款的法理介绍

所谓竞业避止,其实质就是禁止员工在本单位任职期间和离职后与本企业竞争,其内容包括:在职期间不得在竞争企业兼职或任职,不得自行组织公司与雇主竞争;离职之前不得抢夺雇主客户,不得诱引其他雇员离职;离职后的特定时间或在特定区域内,不得开展与原雇主竞争的业务,或受雇于竞争公司。就是应用该条款限制接触商业秘密的员工在本单位离职后很快供职于业务竞争单位,从而从根本上堵住商业秘密泄露的信息通道。比如某企业与员工订有如下“劳动合同条款”：“鉴于职工在职期间获得或制作的商业秘密(包括技术秘密和经营秘密)对本企业在竞争中有巨大价值,在劳动合同关系存续期间和终止之后,职工均承认企业因投资、培训和提供创造机会而对这些商业秘密拥有所有权,因此职工同意:

在劳动合同终止××年内,不得直接或间接使用或帮助他人 在与本企业竞争的领域内使用商业秘密(商业秘密名称××××)。

在劳动合同终止××年内,不得直接或间接劝诱或帮助他人劝诱企业内掌握商业秘密的职工离开企业。

在劳动合同终止××年内,不得组建、参与组建或受雇于这

样的新企业。”

这可算作是一个典型示范。

但是,问题并没有这么简单,那就是竞业避止合同条款本身的有效性。事实上,这个问题在世界上迄今还是一个仁者见仁、智者见智的难题,即使在那些竞业避止合同条款常见的工业发达国家中,至今对于竞业避止的合法性,竞业避止合同的约定有效性,还是众说纷纭,莫衷一是。为什么呢?因为它与劳动者的就业权直接对立;竞业避止实质是直接限制员工的择业权利,而择业权利是员工劳动权利的重要组成部分。比如说在我国,员工依据我国宪法、劳动法等法律、法规,享有劳动就业权和自由选择权。《劳动法》第3条明确规定:“劳动者享有平等就业和选择职业的权利。”所以,竞业避止极可能违反宪法和劳动法规,侵犯员工的择业权利,从而根本上影响我国人才市场的合理建立。

2. 竞业避止合同条款在我国的合理性

竞业避止合同条款的基本思想已经在我国的一些法律和相关规定中体现:

(1) 1994年7月5日实施的《劳动法》第22条规定:“劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。”

(2) 国家建材局科技司向所属单位下发的《关于国家重点科技攻关项目成果知识产权保护的通知》第5条规定:“承担项目(专题)的主要研究人员,在攻关研究过程中不得调动到其它单位。离休、退休、停薪留职、辞职或调离的人员,在离开原单位一年之内不得从事与攻关内容相关的技术工作。”

(3) 《专利法》、《技术合同法》规定职工在一年之内作出的与原职务有关的发明创造属于原单位。

(4) 国务院批准的《国家科委关于科技人员业余兼职若干问题的意见》的有关条文规定:“但有下列情况之一的,科技人员所在单位可以决定科技人员暂不兼职:①不认真做好本职工作或者不积极承担本单位分配的任务的;②担负的工作涉及国家机密,从事兼职活动可能泄露国家机密的;③承担国家科技攻关或者本单位重要任务,在此期间兼职可能影响完成国家计划和影响本单位任务的;④因与兼职单位存在利害关系或者其他可能影响公正办事情况,应当回避在该单位兼职的。退休、离休、或者调动工作的科技人员,自离开原单位日起一年内应聘任职或者业余兼职的,按上述原则办理。”

(5) 《公司法》还对董事、经理作出竞业避止的特殊规定,因为董事、经理处在管理层和决策层中,大权在握,信息汇通,举足轻重。《公司法》第22条规定其“不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的营业,”同时又规定倘若董事或经理违反该法规定,“从事上述营业或者活动的,所得收入应当归公司所有。”

分析上述条款,《劳动法》将有关约定单列,可见其对保护商业秘密的重视。这也透视竞业避止合同条款来保护商业秘密的合理性。从(2)(3)(4)可以看出,其规定是很有针对性的,分别是:承担项目(专题)的重要研究人员;与专利发明有关的职工;担负涉及国家机密的科技工作人员、承担国家科技攻关或本单位重要任务的科技人员。从这些限制中我们可以看出竞业避止仅仅针对必要的人,限制只是出于保护商业秘密的必须。《公司法》则是竞业避止规定的典型。除针对人物外,还作出了管理、处理的方法。在这里,我们可以看出,附加合理的限制条件以保护商业秘密为目的的竞业避止在我国是可行的,甚至是法律强制保证的。

其实,合理应用竞业避免合同条款,在我国当今更具紧迫意义,因为我国有特殊的历史背景,对商业秘密认识不足,有意侵权与稀里糊涂、过失侵权者比比皆是,尤其是在人才流动中侵犯商业秘密的现象更是突出。一方面,部分跳槽者将原单位的商业秘密作为自己重新择业的“陪嫁”,挟以自重;另一方面,企业“挖墙角”(挖人才,挖技术),摘“桃子”现象也很多。骨干员工带着原单位的商业秘密跳槽,另谋高就,或者自立门户已经成为侵犯商业秘密的“主渠道”。由于商业秘密的复杂性、举证困难,所以,从现实意义出发,竞业避免合同条款确实直接而且有针对性,对商业秘密的保护起着积极而有效的作用。

3. 竞业避免合同条款的合理应用

前面论及了附加合理限制条件的竞业避免的合理性,现在的问题是什么才算是“合理限制条件”,只有把这个问题搞清楚,才能使这一措施显得富有操作性,便于推广,其实质也就是如何在劳动就业权与保护商业秘密权之间寻找一个竞业避免契合点的问题。笔者详细研读了国外许多相关的案例,觉得可以从如下几个方面将“合理限制条件”加以圈定:①目标明确:竞业避免的目标是为了有效保护商业秘密,而不是依此为借口,限制公平竞争。②对象的特定性:竞业避免对象应是在本单位因职务关系接触或可能接触本单位商业秘密的员工,这一点在我国尤其重要。在我国,企业职工的劳动收入还不能算很高,因而要让职工全面承担“竞业避免”的义务,目前还行不通。只有在少数高级人才收入颇丰的前提下,企业要求其负有不在竞争企业任职,不得诱使客户脱离企业,不得劝诱同事离职的忠实义务,才显得合理。③方法的合理性:主要前提是双方自愿,通过竞业避免人员自愿承诺,或是通过本单位与员工的合同约定,或通过员工对本单位有关规定的认可。④期限的合理性,竞业避免期限不宜过长,一般3年为宜。阿根廷有个著名的 Barcia 案例,合同订了避免期限为5年,后来法院改判为3年,就是一个例证。⑤地域及限制范围的合理性、范围不能过大,不能扩至行业领域或专业领域,限制的地域不能过分夸张。竞业避免范围应与员工在本单位任职时接触或可能接触的商业秘密范围相对应。⑥补偿的合理性:因竞业避免有所限制了有关员工的就业、择业及其劳动报酬权,根据权利义务对等和衡平原则,应由通过合理的竞业避免而加强了自身商业秘密保护的本单位以合宜的形式,在员工的任职期间或离职之时,或离职后竞业避免期间给予相应的补偿。

以上从6个方面对竞业避免加以了合理规定,这里再简单补充一下什么样的“秘密”才是离职员工需要保密的。竞业避免的范围往往从这里圈定,国际上一般认为:职工的一般知识、经验,技能可以自由利用,甚至是与原单位竞争;而重要的商业秘密,如各种杂志订户名单、顾客名单、商品邮购者名单、计算机程序等,包括重要的技术秘密,如我国专利法、技术合同法中规定的各种职务发明和职务成果,则是离职职工不能泄露或使用的。

上文详述了如何利用合理竞业避免来保护商业秘密的思路和方法,但该法亦有不足之处,因为其基本框架仍局限于合同义务的双方,只能对当事人双方产生法律约束力,而对第三方则无能为力。下面我们将从侵权法角度入手,研究另一种保护手段在职工“跳槽”现象中商业秘密保护中的应用。

二、反不正当竞争法保护

用这种办法保护商业秘密可以追溯到关贸总协定知识产权协议(TRIPS)的相关规定。协

议并没有提“商业秘密”这个术语,只是提到“未披露过的信息”。但从协议给“未披露的信息”下的定义来看,它主要是指商业(信息)秘密,而不指个人的“隐私权”等秘密信息。TRIPS规定,商业秘密的权利人,有权制止其他人未经许可而披露、获得、或使用有关信息。

与 TRIPS 接轨,也是市场经济秩序规范的本身要求。我国 1993 年 9 月颁布的“反不正当竞争法”第 10 条也作了类似规定:“经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密:①以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;②披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;③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。第三人明知或者应知前款所列违法行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密,视为侵犯商业秘密。”

“本条所称的商业秘密,是指不为公众所知悉,能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经济信息。”

事实上,这种保护不仅包括依据合同相关条款加以保护,而且还包括不基于任何合同关系,仅涉及一般民事侵权行为的保护。应该说,在保护商业秘密方面,该法是重大补充。下面我们将论述侵犯商业秘密的 4 类行为以及与此相关的举证问题。

1. 侵犯商业秘密的 4 类行为

依我国反不正当竞争法第 10 条,4 类行为构成对商业秘密的侵犯,在此作进一步分析:

(1) “以盗窃、利诱、胁迫或其他不正当手段获取权利人的商业秘密”,即获取行为本身违法。

(2) “披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密。”

(3) “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。”关于这一点,本款对象虽然以正当手段获得商业秘密,但由于对权利人有明示或默示的义务,因而不得披露、使用或允许他人使用。他人未经许可违反保密约定或要求的行为是一种违约行为,反不正当竞争法第 10 条中的上述规定使这种行为成为一种侵权行为,可适用该法对商业秘密侵权行为的处罚条款。这是我国保护商业秘密立法规定的又一显著特点。

(4) “第三人明知或者应知前款所列行为为违法,而获取、使用或者披露他人的商业秘密,视为侵权行为。”追究第三人的责任这种规定的实践意义在国外是规范人才的合理流动,使后雇主承担合理注意的义务,不得以此获得原雇主的商业秘密。有时为避免侵权,后雇主不得不拒绝跳槽雇员的求职申请,或安排其在一段时间从事不相同的工作。

2. 与商业秘密侵权密切相关的举证问题

(1) 商业秘密侵权行为的鲜明特点是被告侵权行为的隐蔽性。被告获取商业秘密不一定只凭盗窃有形的文件资料才可达目的,原告雇员的泄密会使被告人不知不觉地掌握原告的秘密,在诉讼中原告商业秘密的秘密性、新颖性等又需要原告来说明,这一切都与证据有关。所以,证据问题十分重要。

(2) 关于举证责任。根据我国民事诉讼法“谁主张、谁举证”的原则,这种责任一般是由原告承担的,要证明自己拥有商业秘密,被告没有合法使用权并实施了侵权行为等,但是要注意

(下转第 65 页)

五、国际融资担保中有哪些法律问题？

根据各国的法律规定,担保有人的担保和物的担保两类。人的担保是指担保人向债权人开立担保书或备用信用证等;而物的担保是指担保人或借款人向贷款人设定担保物权,如抵押权、质押权、留置权等。在国际融资中,人的担保是较为广泛采用的一种方式。

需要注意的是,目前担保书越来越趋向于采用独立担保书的形式。即担保人必须负第一性付款责任,因为按以前传统的法律规定,担保都是从属性的法律责任,担保人只负第二性责任。这种独立的担保有以下几个特点:(1)担保书一经开立,担保关系独立于基础合同而存在;(2)担保人承担的是无条件的担保责任;(3)担保人的受益人可以直接向担保人提出索赔要求,也即解除了担保人的先诉抗辩权。目前,联合国国际贸易法委员会已组织起草了《独立担保和备用信用证公约草案》。一般说来,备用信用证属人的担保形式的一种,起到和独立担保书相似的作用。

国际融资的物权担保,主要有不动产物权担保和动产物权担保。不动产物权的担保的设立需要登记,才能达到对抗第三人的效力。动产物权的担保的设立随各国国内法的不同而有差异。实际上,不动产物权担保和动产物权担保均因各国法律的差异而有不同的规定。如在担保的物权的优先顺序、担保物权的执行等法律问题上均有不同规定。



(上接第 61 页)

的是,在不少情况下商业秘密侵权诉讼中的举证责任可以减轻和发生转移。如果法庭认为原告的商业秘密具有明显的新颖性,那么原告的举证责任可以减轻。所谓举证责任的转移,是指被告承担起举证责任,即被告必须证明自己是独立完成,或由反向工程或合法渠道获得的商业秘密。在原告明显存在高度新颖性的商业秘密的侵权诉讼中,举证责任向被告转移是经常发生的。

(3) 直接证据和间接证据。直接证据是指能够直接证明被证事实的证据,如当事人之间订立保密合同,被告以不正当手段获取商业秘密被当场抓住,被告事后在法庭上承认盗用商业秘密等。间接证据是指不能单独证明被证事实,而必须与其他证据相联系才能共同证明侵权事实的证据,如被告产品与原告产生有相似性,被告雇用了原告的雇员,被告没有独立开发能力等。在商业秘密侵权诉讼中,间接证据往往是大量存在的,通过间接证据的综合、分析判断侵权存在的案例绝非少数,而存在直接证据的案例倒不如人们想象的那样多。这是因为商业秘密具有无形财产的性质,要求抓住他人盗用的“有形”把柄才能判定侵权,在很多情况下是不现实的。所以,要十分注意间接证据问题。