

# 冲突与协调：人力资源的有序流动 与商业秘密的充分保护

——以强化劳动权保障和优化竞业禁止制度为视角

胡良荣 易小辉

**内容提要：**人力资源的流动，尤其是向竞争企业的流动，引发泄密等侵犯商业秘密的事件时有发生。究其原因，劳动关系的形成为劳动者接触、知悉用人单位的商业秘密创造了条件，加之商业秘密的价值性、秘密性和人格化特征，伴随人力资源的流动使用人单位防范泄密行为有相当的难度；面对用人单位商业秘密权与劳动者执业自由权之间的矛盾冲突，明智举措是：着力强化劳动权保障和优化竞业禁止制度；劳动者与用人单位既有利益矛盾，又为利益依存的共同体，劳动权与商业秘密权保护始终围绕着利益而展开博弈，应充分认识到商业秘密权与劳动权保护存在的冲突，妥善协调好这两种权利保护中的矛盾，充分兼顾、平衡劳动者与用人单位双方的利益；为实现商业秘密权充分保护和促进人力资源有序流动的理想目标，必须运用竞业禁止合同合理规制劳动者与用人单位的行为。

**关键词：**冲突与协调 人力资源 流动 商业秘密 保护

**Abstract:** The trade secrets infringement often appear because of the flow of human resources , especially the flow to the competitive enterprise. The formation of labor relations have become the condition for the employee to contact with and know the employer's trade secrets and it become rather difficult for the employer to prevent trade secrets leakage along with the flow of human resources combined with the trade secrets' characteristics of value, personification and secrecy. Facing the conflict between the employer's trade secrets and worker's freedom of job selection, the sensible approaches include: First, strengthening the protection of labor rights and optimize the non-competition system. Second, we should fully recognize that the existence of the conflict of trade secrets rights and labor rights protection, coordinate properly the contradict in the protection of these two kinds of rights, take into account and keep in balance fully the interests of two parties based on the interests contradict and game. Third, it is necessary to use the non-competition contract to regulate reasonably the behavior of the employer and the employee to realize protection of trade secrets rights and promotion of flow of human resources in order.

**Key Words:** conflict and coordination; human resources; flow; trade secrets; protection

在数字化、信息化时代的今天，商业秘密被更多的人掌握和知晓以及遭受侵害的可能性大大增加，用法律手段对其保护显得更为困难。通常情况是，商业秘密的产生、保护、流失与劳动关系有着密切的关联，人力资源的流动对用人单位商业秘密的流失构成了极大的威胁。为之，必须着力协调好劳动者择业自由权与用人单位商业秘密权保护之间的矛盾和冲突，平衡好劳动者与用人单位双方的利益。

## 一、严峻现实：人力资源流动引发泄密等侵犯商业秘密的事件屡见不鲜

### （一）商业秘密流失与人力资源流动密切相关

目前，人们普遍认为，商业秘密流失与人力资源流动的关系十分密切，其主要表现为：劳动者“跳槽”带走原单位有价值的科技成果和经营

作者简介：胡良荣，江苏大学法学院教授，江苏省知识产权研究中心教授

易小辉，江苏省镇江市中级人民法院知识产权庭庭长

本文系2012年度江苏省社科基金项目“产业转型升级视角下商业秘密保护制度研究”（批准号12FXD015）的阶段性研究成果。

信息到与原单位生产同类产品或者经营同类业务的其他单位任职并索取高额报酬;在职职工利用掌握的商业秘密从事兼职,与从事同类业务或者制造同类产品的其他单位发生关系为自身牟利;知悉原单位商业秘密的技术或管理人员辞职、离职后另立门户,利用其掌握的商业秘密独自生产与原单位有竞争关系的同类产品或者经营同类业务。与此同时,想方设法“挖他人墙角”也成为一些单位的惯用伎俩。他们可以不惜一切手段从其他单位中挖走知悉商业秘密的人员,包括许以优厚的待遇与原单位争夺享有资源的管理人员和掌握商业秘密的科研人员为自己工作;为争夺掌握着购销渠道和客户资源的市场营销人员,更是许诺给予高额的提成诱惑他们为自己拓展业务。实践中,人力资源的流动常常使用人单位遭遇商业秘密的泄露,给用人单位造成难以估量的损失,这样的例子屡见不鲜。因此从一定意义上说,用人单位最大的敌人是其内部知悉、掌握着商业秘密的劳动者而并不是其他竞争者。

## (二) 侵犯商业秘密事件的发生与人力资源流动有一定的关联

### 1. 劳动者有机会接触、知悉甚至泄露或者非法使用用人单位的商业秘密

劳动者与用人单位结合形成劳动关系,而劳动者在劳动关系中,不仅具有人格从属性和经济从属性,还具有财产性兼容人身性的特征。正如我国台湾地区学者黄越钦所言:“依照法理,劳动关系……含有一般债的关系中所没有的特殊地身份因素在内,同时除个人要素外,亦含有高度的社会要素,……受雇人对雇主既有从属关系,其劳动力之提供,事实上即成为人格本身的从属。”<sup>①</sup>正是这种从属关系,为劳动者有机会接触、并在大脑中形成商业秘密的记忆,也就为劳动者泄露或者非法使用商业秘密留下了隐患。

### 2. 商业秘密的价值性、秘密性和人格化特征,伴随人力资源的流动使用用人单位防范泄密行为有相当的难度

作为商业秘密的技术信息和经营信息,它的价值性不仅体现在能为权利人带来现实的经济利益,它还具有很大的潜在价值。它会随着效用的

发挥,逐步释放其潜在价值,同时不断创造新的效用领域<sup>②</sup>。商业秘密的秘密性特征在于,一旦泄露,秘密性将就此灭失,价值性也随之丧失。商业秘密又是由劳动者创造、掌握和应用的,基于劳动关系的特殊性,商业秘密在保护和使用时呈现出人格化特征,因为它必须以人为载体并内化于人。某种意义上说,正是基于这一特征,才引发了商业秘密保护与人力资源流动之间的矛盾。虽然人力资源流动并不必然引发商业秘密流失,但向竞争企业流动或者“另起炉灶”、“另设门户”、“分庭抗礼”的是知悉、掌握商业秘密的劳动者时,就将产生不可避免的联系。作为商业秘密的创造者、使用者,或者是直接掌握着技术工艺或经营信息的相关人员,他们在接触商业秘密的过程中,会逐渐在大脑中形成对商业秘密的认知和印记,不管这种意识活动的过程有无目的性,伴随着他们的自由流动用人单位防范其泄密等行为就有相当的难度。

## 二、明智举措:着力强化劳动权保障和优化竞业禁止制度

实践已经证明,掌握商业秘密的劳动者向竞争企业的流动,确实会构成对商业秘密保护的严重威胁。为确保自己的利益不受损失,用人单位在限制人力资源流动方面总会试图采取包括竞业禁止制度在内的各种保护方式,以避免商业秘密侵权行为发生后补救的无奈。从经济学的角度分析,劳动者在使用商业秘密的过程中,付出体力和脑力劳动的结果是获得相应的劳动技能。竞业禁止制度的实施,将导致劳动者在此前工作中形成的智力成果、专业技能闲置,也将使劳动者在一定时期内无法从事自己最擅长的的工作。这既是一种资源的极大浪费,也会使劳动者劳动技能重置的成本大大增加。面对商业秘密权与劳动者执业自由权保护的矛盾和冲突,明智举措是:着力强化劳动权保障和优化竞业禁止制度。

### (一) 强化劳动权保障

#### 1. 从权利位阶和价值看,劳动权、择业权在世界各国均属宪法性权利

以人为本是法理上价值评判的基本要求,它强调的基本前提是人的存在,追求的终极目标是保障人的生存尊严和发展自由。“由于劳动权

① 黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第6页。

② 转引刘春霖:《知识产权价值构成基本范畴的制度诠释》,载《河北经贸大学学报》2013年第6期。

关涉劳动者这一弱势群体的生存利益和社会生活的安定局面,体现的是一种最具代表性的社会公共利益,故当劳动权与其他权利(力)产生冲突时,体现社会正义、实质平等、分配公平等价值目标便成为法律应承担的重要职能。”<sup>③</sup>因此,劳动权较其他财产权包括商业秘密权而言,其位阶更高价值更大,必须对其优先确认并强化保障。

## 2. 为确保强化劳动权保障目标的实现,必须贯彻倾斜保护与平衡协调原则

强调对劳动权的倾斜保护,意在协调、化解择业自由权、生存发展权等劳动权与商业秘密权的冲突时,即使造成资本权利受损害的结果,也应当首先促进和保障劳动权的实现。平衡协调原则强调,应当通过有效途径,平衡具体劳动法律关系中主体间权利分配,协调利益矛盾、冲突或纠纷,尽可能保持稳定的利益体系和均衡的利益格局,助推劳资合作与促进劳动关系和谐。竞业禁止方式的运用,有利于保护用人单位的商业秘密权,但在一定程度上对知悉商业秘密的劳动者的利益又造成了侵害和限制。因此,在运用竞业禁止这种方式时,有效确认和充分保护劳动权显得尤为重要。市场经济条件下的劳动关系,已定格为劳资分离、劳动力商品化,资本的“强势”决定了劳动者的“弱势”。从根本上看,必须运用公权利对用人单位的权利进行限制并对劳动者的权利进行保护,以使个别劳动关系中的“资强劳弱”状况得到部分矫正<sup>④</sup>,进而关注整个弱势群体社会地位、经济力量实质不平等的现实,实现与维护劳动者的生存权利和发展自由,实现社会实质意义上的公平、公正。

### (二) 优化竞业禁止制度

#### 1. 我国竞业禁止制度的现状

(1) 相关规定过于原则,可操作性不强。如:关于竞业禁止补偿的问题,我国《劳动合同法》第23条规定“在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿”,这一规定因没有给出一个额度作为补偿金的参照而显得笼统,不具可操作性。关于竞业禁止保护的主体,侧重于技术信息的保

护,对经营信息如货源情报、工艺、诀窍、经营模式的保护则相对薄弱。有关涉及竞业禁止的义务主体、对象、时间、地域范围、业务领域等,也因规定过于简单而显得笼统。现行法律没有明确区分侵犯商业秘密的行为与违反保密协议、竞业禁止协议的行为,也未就违反竞业禁止义务的民事责任作细致、统一的规定。

(2) 没有明确的司法禁令救济制度。我国《反不正当竞争法》和《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》虽有过于原则性的行政禁令的规定,但没有司法禁令救济的相关规定。<sup>⑤</sup>在司法救济方面,我国《民法通则》关于停止侵害、民诉法关于财产保全、先予执行的规定,并不能等同于适用商业秘密特点的、针对动态侵权行为的事前禁令救济。

(3) 不可避免披露原则的缺失。关于不可避免披露原则的适用,我国立法和司法实践尚未涉及。当前,我国在涉及调整劳动关系中商业秘密保护时的立法及实践是,除了对可能出现的危及商业秘密的行为运用竞业禁止协议的方式规制外,还没有就有效地制止商业秘密的潜在侵占而运用不可避免披露原则的规定。

#### 2. 我国竞业禁止制度的优化

从劳动权保障的视角看,有效地防止劳动者滥用劳动权造成用人单位商业秘密流失和社会公共利益的损害,维护市场经济条件下劳动关系的和谐和人力资源的健康有序流动,是竞业禁止制度的目标追求。鉴于此,面对我国竞业禁止制度尚存诸多缺陷和不足的现状,进一步优化这一制度就显得尤为迫切和重要。只有这样,才会发挥应然的制度支持和规范作用。

(1) 完善“合理化”认定。商业秘密的法律保护,就是要调整好用人单位的经济利益、劳动者的劳动权利和其他市场主体参与自由竞争的权利。实施竞业禁止制度贵在合理。所谓“合理”,是指对有关合同当事人的利益和公共利益而言都是合理的。<sup>⑥</sup>理论上和法律实践中关于竞业禁止合理化认定问题,主要应围绕竞业禁止协议是否应以书面形式订立、是否有可保护利益、

③ 许建宁:《劳动权的位阶与权利(权力)冲突》,载《浙江大学学报》2005年第1期。

④ 常凯:《劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善》,载《中国社会科学》2013年第6期。

⑤ 胡良荣:《全球化背景下我国商业秘密保护的审视》,载《江苏大学学报》2005年第2期。

⑥ 孔祥俊:《商业秘密保护法原理》,中国法制出版社1999年版,第183页。

竞业禁止义务主体、期限和区域、业务领域、补偿金、是否存在违反诚信的竞业行为等方面展开。

(2) 增加可操作性规定。如可就竞业禁止补偿金的标准和支付方式作出具有可操作性的规定。关于补偿金标准,我国深圳、珠海等经济特区的有关规定以及国外立法例可为我们提供借鉴。此外,对由于履行竞业禁止义务而导致实际收入减少的离职劳动者,原用人单位必须补足其差额。

(3) 设置禁令制度和增加对商业秘密潜在侵占救济的规定。禁令制度的设置,目的在于当侵权人尚未使用或泄露商业秘密时、正在使用或泄露商业秘密时,迅速制止侵权人的侵权行为,以避免由于迟缓的保护给权利人造成更大的损失。禁令的作用在于及时将对侵害行为的有效制止提前至实体争议获得解决之前,使侵权人措手不及,避免侵权人转移、隐匿、销毁证据等情况的发生,以更主动而有效地增强保护商业秘密权的力度。

还有,在我国市场经济条件下,人力资源流动的频率越来越高,要使人力资源流动与商业秘密流失之间的矛盾从根本上得以化解,优化竞业禁止制度固然重要,增加对商业秘密潜在侵占救济的法律规定同样不可或缺。

### 三、博弈策略:平衡好劳动关系双方当事人的利益,实现商业秘密的充分保护

#### (一)劳动者与用人单位既有利益矛盾,又为利益依存共同体

在市场经济条件下,劳动者与用人单位之间的利益分化和冲突,既使劳资矛盾成为市场经济中的一种常态,又使劳资双方成为相互依存的利益共同体。从产权视角观察,所谓劳资矛盾和冲突,是指人力资本产权所有者(劳动者)与物质资本产权所有者(用人单位)之间的权利义务之争。<sup>⑦</sup>从这个意义上说,保护用人单位就必须保护劳动者,这是由用人单位与劳动者利益的一致性所决定的。因为作为劳动力资源载体的劳动者是利润的源泉,其利益贡献率将随着科学技术的进步而不断提高。

#### (二)劳动权与商业秘密权保护始终围绕着利益而展开博弈

追求工资福利的最大化和追求利润的最大化,是劳动者与用人单位在利益目标上存在的根本冲突。因此,在确定商业秘密权利边界时,既要为商业秘密提供充分的保护,又不能妨碍劳动者择业自由权的行使。面对用人单位与劳动者的利益“博弈”,从保护用人单位享有的商业秘密产权考虑,劳动者应遵守忠诚、合理注意、保守秘密、“竞业禁止”等道德和法律义务。但人力资源的流动有效地促进了技术信息和经营信息的传播和传递,这对推动竞争,促进社会进步产生的积极影响是显而易见的。

面对劳动关系中商业秘密法律保护上出现的上述两种对立理念的冲突,对用人单位和劳动者任何一方利益的侧重都是不可取的。如果侧重于前者,带来的后果将会在一定程度上侵害到劳动者的生存权与择业自由权;反之,受到一定程度损害的将是用人单位的经济利益。法律是人们探讨解决社会矛盾和冲突的产物,法律实践活动就是一个蕴含着种种矛盾和冲突的张力结构<sup>⑧</sup>。对商业秘密权实施弱保护或强保护,都是不可取的。这是因为,实施弱保护,不仅有损商业秘密权人的利益,而且影响其继续投入技术信息和经营信息不断创新的积极性;实施强保护,可能会使劳资双方的权利冲突进一步激化,也与法律对商业秘密权实施保护的初衷相悖。因此,问题的关键是应当为商业秘密权提供适度的法律保护。事实上,用人单位的利益与劳动者的利益在某些时候也是一致的,保护用人单位的商业秘密在客观上也会刺激其加大技术投资,有利于社会总的商业秘密存量得到可持续的增加,有助于商业秘密对经济增长的促进作用得到更充分的发挥,<sup>⑨</sup>劳动者也会从中受益。

#### (三)应充分兼顾、平衡劳动者与用人单位的利益

劳动关系中,有关用人单位与劳动者商业秘密权利问题处理的关键在于明确知识的归属。劳动者在离开单位时带走什么是可以的,哪些是

⑦ 年志远等:《企业劳资关系冲突的形成过程及政策意义》,载《吉林大学社会科学学报》2013年第1期。

⑧ 陈东升:《冲突与平衡:法律价值选择的方法论思索》,载《法制与社会发展》2003年第1期。

⑨ 胡良荣、易小辉:《激励与规制:商业秘密保护的经济学分析》,载《知识产权》2013年第11期。

必须留下的。两者的确定虽并不简单,但通常可考虑的因素有:<sup>⑩</sup>一是劳动者知识产生的方式,谁是真正的知识创造者,该信息能否与劳动者可以自由使用的其他信息区分开来;二是劳动者以外的人对该信息的知悉程度,该信息开发时的投入、劳动者的“跳槽”是否导致该信息的竞争优势丧失;三是用人单位采取了哪些合理保密措施等。因此,在劳动关系中涉及商业秘密的法律保护时,应充分认识并妥善处理好它与劳动权保护存在的冲突、矛盾,充分兼顾、平衡劳动者与用人单位双方的利益。

#### 四、路径安排:运用竞业禁止合同进行合理规制,实现商业秘密权的充分保护和促进人力资源的有序流动

运用竞业禁止合同,合理规制劳动者与用人单位的行为,有利于商业秘密的充分保护,均衡用人单位与劳动者之间的利益关系,促进人力资源的有序流动。

##### (一) 在职职工应自觉履行竞业禁止的义务

作为一项不容置疑的义务,在职职工应使用用人单位的商业秘密免受损害,不能兼职于有竞争关系的企业。这种义务,世界上有许多国家如瑞士、英国都在劳动法、劳动合同法中作了明确的规定。我国《劳动合同法》尚未对在职职工的竞业禁止作出规定,导致实践中在职职工利用自己知悉、掌握的商业秘密,到有竞争关系的企业兼职牟利,损害用人单位利益的事件时有发生。

##### (二) 离职职工应受竞业禁止合同的合理规制

职工离职即面临再次进入劳动力市场,重新寻找工作以维持生计的压力。因此,在权衡用人单位商业秘密权与离职职工劳动权保护时,世界上大多国家的劳动法、劳动合同法的天平倾向于对离职职工劳动权的保护。通常情况下,对离职职工适用竞业禁止合同时,尤应谨慎注意下列事项:

##### 1. 适用对象

企业只能同特定接触、知悉、掌握商业秘密的员工签订竞业禁止合同。根据我国《劳动合同法》第24条的规定,只有下列人员有义务根据用人单位的要求与之签订竞业禁止合同:(1)高级研发人员、技术人员;(2)高级经营、管理和财会人员;(3)其他特殊职位的人员,包括知悉、了解商业秘密的一般技术人员和关键岗位的技术工人,以及有可能经常接触到商业秘密的其他人员等。

##### 2. 应保护商业秘密的利益范围

明确可保护的商业秘密的范围,是签订竞业禁止合同的基本前提。根据美国有关立法的规定,凡超出保护雇主合法利益的,或雇员遭受的不利超过了雇主的需要,或可能损害公众利益的均不属于商业秘密的利益范围。我国台湾地区的判例也根据“商业秘密的保护与工作权保障的利益比较,……”来确定离职后的竞业禁止协议的有效性。<sup>⑪</sup>因此,只有用人单位独自承担了开发风险,投入了人力、物力而形成的,且其使用不影响劳动者和社会公共利益的,能为其带来经济利益或竞争优势的技术信息和经营信息,才属于应保护商业秘密的利益范围。

##### 3. 竞业禁止的区域、行业领域、时间和补偿措施

竞业禁止合同应当明确约定:(1)关于区域、领域,主要应明确离职者不得开展与原用人单位竞争的业务范围和不得接受哪些竞争对手的雇佣,当然应为他们留有足够的自由进入劳动力市场的空间。(2)确定竞业禁止时间的长短,应考虑的因素为:某商业秘密在市场竞争中优势持续的时间、该商业秘密为他人通过反向工程等合法手段获得所需的时间、该商业秘密为劳动者掌握的程度等。(3)应对经济补偿金作出明确约定。

##### 4. 其他因素

其他因素包括对违约责任和免责事由的约定。用人单位与签订禁止合同的劳动者,可事先在竞业禁止合同中约定违约金的数额幅度或计算方法。还可约定在特殊情况下离职劳动者的免责条款等。

<sup>⑩</sup> 特德·哈罗德等:《秘密信息和技术“诀窍”——加拿大法院审理商业秘密案件中的司法实践》,载《外国法译评》1999年第3期。

<sup>⑪</sup> 徐香玲:《营业秘密的保护》,台北三民书局1993年版,第140页。

调整利益关系并分配利益是法律应具有的社会功能。“每个社会秩序都面临着分配权利、限定权利范围、使一些权利与其他（可能相抵触的）权利相协调的任务。”<sup>⑫</sup>实践已经证明，竞业禁止制度，对于有效保护用人单位商业秘密和维护市场竞争秩序，对于推动人力资源健康有序流动可以发挥其特有的不可替代的作用。同时，我国市场经济体系尚处在发展完善阶段，相应的劳动法律制度还不健全，劳动者权利意识较弱，

竞业禁止制度对劳动权利的侵蚀也是不容回避的问题，如果处理不好，将对劳动权乃至生存权造成威胁，其后果也会非常严重。因此，对劳动权与商业秘密权保护中客观存在的矛盾、冲突，需要协调是不容置疑的；协调也是可能的。如何才能解决好我国在市场转型时期劳动关系政策的两大核心问题之一——“劳工权益保护问题”<sup>⑬</sup>，在承认冲突的前提下协调好劳动权与商业秘密权保护的关系，进而实现劳资双赢的理想目标，还需要我们为之不断探索。■

⑫ 博登海默E：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第298页。

⑬ 吴清军、刘宇：《劳动关系市场化与劳工权益保护》，载《中国人民大学学报》2013年第1期。

（上接第46页）

若是将“电子租赁”纳入“租赁权”的范畴，作者自然有权基于“租赁权”向电子书运营商主张报酬；即便是未将“电子租赁”纳入“租赁权”的范畴，作者同样也可以基于“互联网络传播权”向电子书运营商主张报酬。我国著作权法所规定的“出租权”不适用于图书作品，作者只能基于“互联网络传播权”向电子书运营商主张报酬。至于未来社会是否专门针对图书的“电子租赁”设立专门的“出租权”，还取决于产业发展的需要。

## 结 语

我国著作权法正在进行第三次修订，电子书产业升级势必会对法律修订产生重要影响，与此相伴随的是作者、出版商、读者之间利益格局的重大变化。电子书产业升级对信息网络传播权、发行权、出租权等制度带来了严峻挑战，其实还

远不止这些。亚马逊的kindle阅读器采用了版权保护技术，以保证电子书不会被拷贝到其他设备上。以色列著名的黑客论坛Hacking.org最近举办了一项破解Kindle版权保护技术的比赛，一名叫拉巴（Labba）的黑客注册参加比赛，并成功破解。拉巴（Labba）更是放言，亚马逊日后发布补丁文件，他还将继续破解。如果电子书的DRM被破解，将意味着电子书可以被转换为开放的PDF，并且可以被拷贝到其他电子设备上。<sup>⑭</sup>有关电子书的技术保护与技术破解所带来的著作权等问题同样值得认真思考。在电子书引发的版权制度变革中，首要的仍然是要关注作者的利益，科技的发展会加快作品的传播，但优秀作品的形成还主要是依靠人的创造性劳动，版权法总是要通过对作者权益的保障来激发作者的创作积极性。如何能够在电子书产业升级的过程中设计出符合各方利益的版权制度值得我们认真思考。■

⑭ 参见《Kindle版权保护技术遭破解、图书面临PDF转出》，载搜狐IT（2009年12月23日），<http://it.sohu.com/20091223/n269165024.shtml>。