

# 论我国竞业禁止制度的完善

## ——商业秘密权与劳动权的冲突和平衡

黄锡生, 林玉成

(重庆大学 法学院, 重庆 400030)

**摘要:** 竞业禁止制度作为市场经济中一种保护商业秘密和维护公平竞争的重要手段, 其自身具有重要的价值功能; 而每个公民都享有劳动的自由和择业的自由, 这是宪法赋予公民的一项基本权利。因此, 在我国竞业禁止制度完善过程中, 应着力解决用人单位商业秘密权与劳动者择业自由权之间的矛盾和冲突, 平衡二者的利益, 以实现竞业禁止制度的价值目标。

**关键词:** 竞业禁止; 商业秘密权; 劳动权

**中图分类号:** D913      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1008-5831(2006)01-0076-05

### 一、竞业禁止制度及其价值

#### (一) 竞业禁止概述

竞业禁止, 又称为竞业避止、竞业避让、竞业限制或不竞争条款。按照郑玉波先生的看法, 竞业之禁止, 有广狭二义。广义的竞业禁止, 乃指对于特定营业具有竞争性之特定行为, 加以禁止者而言。其禁止之客体为特定行为; 其被禁止之主体, 则不以特定人为限, 即不特定人也包括在内。如商标专用权、专利权、公司名称权等权利, 均禁止权利人以外之任何人行使。狭义的竞业禁止, 乃对于与特定营业具有特定关系之特定人之特定行为, 加以禁止者之谓。其禁止之客体虽也为特定行为; 其被禁止之主体, 则限为特定人。不惟如此, 该特定人尚须与该特定营业具有特定之法律关系者始可。所谓特定之法律关系, 如委任关系、雇佣关系等<sup>[1]</sup>。郑先生所言广义的竞业禁止, 已由《商标法》、《专利法》、《公司法》等专门调整, 已无特别强调之价值; 至于狭义之竞业禁止, 就“特定之法律关系”而言, 有学者指出: “义务主体为特定的且往往与权利主体有法律上的权利义务关系, 如委托、雇佣、隶属、转让等”<sup>[2]</sup>, 笔者认为这些权利义务关系显得过于宽泛而使竞业禁止的内涵变得模糊; 有学者认为竞业限制的主要内容是指公司的职员(尤指高级职员)在其任职期间不得兼职于竞

争公司或兼营竞争性业务, 在其离职后的特定时期和地区内不得兼职于竞争公司或进行竞争性营业活动<sup>[3]</sup>, 还有学者指出“现在, 竞业禁止合同成为用人单位保护商业秘密, 尤其防止因雇员脱离企业而导致商业秘密泄露的最有效手段”<sup>[4]</sup>, 笔者赞同上述两种观点。

从我国现行立法看, 狭义竞业禁止的义务主体主要是公司的董事、经理等高级管理人员、合伙企业的合伙人和用人单位中接触商业秘密的员工。笔者认为, 员工与用人单位形成了劳动法律关系, 自不待言; 《公司法》规定的董事、经理竞业禁止义务, 是特别法上的具体规定, 董事、经理与公司之间本质上仍是一种劳动法律关系; 《合伙企业法》规定的合伙人竞业禁止义务, 是民事活动中的诚信原则和保护合伙人的共同利益而使每一位合伙人承担的法定义务, 从合伙人之间“合伙经营”的最根本特征看, 合伙人与合伙企业之间也建立起某种特殊的劳动关系。从司法实践看, 杭州一通航空货运有限公司诉高凤顺竞业损害赔偿案<sup>[5]</sup>、上海大和衡器有限公司诉陈穹竞业禁止纠纷案<sup>[6]</sup>、大连沙河口盖伦启蒙教育培训中心诉英语教师马某案<sup>[7]</sup>、北京金海群岛广告公司诉原副总经理赵某案<sup>[8]</sup>, 都是典型的用人单位与劳动者在劳动合同履行过程中发生的竞业禁止纠

收稿日期: 2005-10-22

作者简介: 黄锡生(1964-), 男, 江西石城人, 重庆大学法学院副院长, 教授, 博士, 主要从事经济法研究。

纷。可以认为,竞业禁止制度主要存在于劳动法律关系中,是调整用人单位与劳动者之间利益关系的产物。综上所述,笔者认为狭义的竞业禁止是指在劳动关系存续期间及解除后一定时期内,劳动者负有保守用人单位商业秘密,不得从事与用人单位相同或类似业务的竞争性行为。这正是我们目前在调整劳动法律关系中迫切需要建立和完善的一项重要制度。

就狭义的竞业禁止而言,笔者以为以下分类有利于研究:一是按其法律效力的来源可分为法定竞业禁止和约定竞业禁止,前者由法律明确规定,如《公司法》第61条的规定;后者由当事人自由约定,对约定竞业禁止的规定在一些地方性法规中有所涉及,如《上海市劳动合同条例》但在《劳动法》中没有规定。二是按义务主体在用人单位的身份来分,可分为董事、经理竞业禁止和其他接触商业秘密的员工竞业禁止,董事、经理竞业禁止义务的内容当然更严格于其他普通员工;对其他接触商业秘密的员工的竞业禁止义务主体的范围、内容及法律责任,目前立法上有待健全。三是按义务主体与用人单位的关系来分,可分为在职职工的竞业禁止和离职职工的竞业禁止,目前对离职职工的竞业禁止规定亟需完善。

## (二)竞业禁止的主要价值

竞业禁止制度的价值何在?一般认为,其主要功能是保护用人单位的商业秘密<sup>[9]</sup>。我国《反不正当竞争法》规定,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营信息。其首要特点是商业性,即商业秘密具有实用性并能为权利人带来经济利益;其次是具有秘密性,即不为公众尤其是竞争对手所知悉并经权利人采取保密措施。显然,商业秘密能使权利人在竞争中处于优势地位,也必然成为觊觎已久的竞争对手侵犯的客体。在商业社会中,侵犯商业秘密的行为有许多,如盗窃、利诱、胁迫、披露或违法使用等,但令商业秘密所有人最担心且难以防范的是在工作中必然知悉秘密的员工对其利益可能的肆意侵犯。现实生活中大量的商业秘密随着职工离职、兼职而泄露流失,使用人单位陷于一种十分被动的竞争态势之中。原方正集团助理总裁周险峰率十余旧部出任海信数码CEO、上海南极人20多名高层职业经理人集体跳槽事件、“TCL移动高

层集体跳槽”事件使TCL移动严重亏损后再遭打击。从上述产业界内引起轰动的跳槽事件中,我们看到由于竞业禁止制度的缺失,理应负有竞业禁止义务的高级管理人员在无序流动,造成社会资源的巨大浪费和行业竞争环境的混乱无序,给相关企业尤其是还未采取相应对策的国有大中型企业造成了巨大损失。

有学者认为,合理限制竞争原则是竞业禁止的另外一个重要依据,竞业禁止就是要保护雇主的应保利益——竞争利益和商业秘密<sup>[10]</sup>,也有国家利用“合理限制竞争”来保护商业秘密。至于竞争利益在成熟的市场经济社会中是否应该通过国家干预来得到保护?这在理论上和实践上都是充满争议的,但从其最终目的看,还是为了保护商业秘密。

综上所述,竞业禁止是以限制商业秘密知情者劳动权的方式来实现保护商业秘密的目的,即通过对劳动者自由择业权进行一定程度上的限制来保护用人单位的商业秘密。

## 二、竞业禁止:挑战公民劳动权

那么,劳动者承担竞业禁止义务的理由何在?形成共识的观点认为:对在职职工而言,劳动合同的签订,意味着用人单位为劳动者提供了就业岗位、薪酬、发展机会等资源,劳动者增进了知识、经验和技能,于是劳动者负有善意行事、忠实于用人单位、为用人单位的事业尽心尽力的善意义务;对离职职工而言,劳动关系解除后,劳动者对原用人单位商业秘密的保密义务是一种后合同义务,这也是民事活动中诚实信用原则的要求。

在职职工源于劳动法上的善意义务主要有:不得为竞争企业工作、不得以不正当手段劝诱同事脱离企业、不得诱使企业的客户转向他人、不得泄露企业的商业秘密和保密信息、及时报告职务发明,不得隐瞒、在职时不得为离职后进行竞争进行有损于企业利益的准备活动或系统地故意记忆图纸、说明书或客户名单,等等<sup>[11]</sup>。在员工履行上述义务的同时,尽管某些用人单位会给接触商业秘密的员工一些额外的收入,如保密费,但用人单位并无支付相应义务,员工的劳动权利及相关的权利可能受到侵害:在本用人单位得到的工资不能维持生活需要的情形下,而不能到最可能获得额外收入的竞争企业工作;保守企业的商业秘密和保密信息需要自己谨慎行事而多有不便或增加工作量;报告职务发

明后不会获得企业给予的相应合理报酬和权利;在企业获得的收入或地位远远低于自己的贡献和作用,而由于处于劣势地位不能变更合同,不能到有更好工资收入和发展机会的企业工作等等。现实生活中在职职工履行竞业禁止义务,合法的劳动权利受到损害,这的确是个问题。

在离职职工竞业禁止的情形下,基于日常生活经验,我们清楚地知道:隔行如隔山,要让一位在某个行业里积累了丰富经验的劳动者离开这个行业到一个全新行业中就业,必然会削弱他的就业能力,减少其再就业的机会,从而导致其劳动收入减少,影响其人格及心理发展,影响其生活质量甚至危及其基本生存保障——这当然是一件令人十分痛苦的事情。此时竞业禁止对公民的劳动权、择业自由权构成了强烈挑战,而且对整个社会而言阻碍了经济的发展,因为人才被闲置不用。在现代社会,劳动权是公民的基本权利之一,是公民权利的基石,是人权保护的基本内容。正如有学者所指出的:在市场经济体制下,经济结构决定了一部分社会成员必须依靠向社会提供劳动而获得的劳动报酬来维持自己的生存和发展,因此,要保障基本人权的实现,就应首先使劳动权的实现能获得一定程度的保障。如果劳动权不能获得基本的保障,也就必然意味着有一部分人会丧失生活来源而缺乏生存保障<sup>[12]</sup>。应该说,竞业禁止对劳动者的基本权利构成了事实上的威胁和侵害。因此,劳动者在承担竞业禁止义务时,用人单位必须进行合理的补偿,以实现双方权利与义务的对等。

从世界各国立法实践来看,由于涉及到劳动者最基本的生存权、就业权,劳动法在权衡保护用人单位商业秘密和离职职工劳动权之间,法律的天平大多倾向于后者,因此,对离职后竞业禁止合同的态度一般是在多种限制条件之下的谨慎承认。以德国为例,其商法第74条对离职后竞业禁止做出了明文限制:雇主与受雇人之间必须有书面协议;雇主于竞业禁止期间,每年至少应支付受雇人离职前一年年收入之1/2作为补偿,否则该竞业禁止条款不生效力;与未成年人或低薪之受雇人所订之竞业禁止条款无效。此外,一些相关判决也指出,竞业禁止条款限于保护雇佣人营业上之正当利益,且不可违反公序良俗(具体指禁止的年限、地域、期间等),否则该条款也被视为无效<sup>[9]</sup>。在美国、日本,都有类似的规定或

判例,即竞业禁止结果对员工造成的不利益,比起企业主应予保护的利益显得不合理时,竞业禁止条款即可能被认定为违反公序良俗而无效。

### 三、完善我国竞业禁止制度的设想

#### (一)完善我国竞业禁止制度的路径

如前文述,我国现行立法已有关于竞业禁止的规定。《公司法》61条第1款:“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。”第215条:“董事、经理违反本法规定自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业的,除将其所得收入归公司所有外,并可由公司给予处分。”《刑法》第165条规定:“国有公司、企业的董事、经理利用职务便利,自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业,获取非法利益,数额巨大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;数额特别巨大的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”《合伙企业法》第30条:“合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。”第71条:“合伙人违反本法第三十条的规定,从事与本合伙企业相竞争的业务或者与本合伙企业进行交易,给合伙企业或者其他合伙人造成损失的,依法承担赔偿责任。”此外,在地方性法规与部门规章如《上海市劳动合同条例》、《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》、《珠海市企业技术秘密保护条例》、《浙江省技术秘密保护条例》、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》和原劳动部《关于企业职工流动若干问题的通知》中均有相关规定。但是,我国现行竞业禁止制度尚存缺漏,立法层级较低,在《劳动法》中未有体现;内容粗疏,操作性差,在实践中处于尴尬境地:一方面对商业秘密的保护力度不够,用人单位商业秘密受到原单位劳动者侵犯的案例屡屡见诸报端;另一方面对竞业禁止义务人的范围规定不清,补偿标准较低且未法定化,不利于保护劳动者的合法权益。

因此,笔者认为,完善我国竞业禁止制度可从以下路径进行:一是完善《公司法》的相关规定,健全董事、经理竞业禁止制度;二是完善《合伙企业法》和《民法通则》中对合伙人的竞业禁止规定;三是迫切需要在《劳动法》中增加规定其他接触商业秘密员工的竞业禁止,明确区分在职职工的竞业禁止和离职

职工的竞业禁止,并规定可约定竞业禁止;在保护用人单位的商业秘密权与保护劳动者劳动权之间寻求平衡,优先保护离职职工的劳动权。

## (二)完善我国竞业禁止制度的具体构想

进一步完善对董事、经理竞业禁止制度的规定。首先,对《公司法》第61条第1款规定应通过司法解释明确其含义:对在职竞业禁止义务而言,包括所有的董事(含名誉董事、独立董事)、经理(含副经理、分公司经理、部门经理),而公司无薪酬之外的其它补偿义务;在离职后的竞业禁止情形下,应当通过书面协议约定竞业禁止的年限、地域、范围、补偿数额及违约责任,对不参与公司的经营决策和不知晓公司商业秘密的一般董事和经理,双方可不约定离职后的竞业禁止。其次,明确离职后董事、经理竞业禁止的年限及补偿标准。根据他国的立法惯例和学者的共识,立法规定离职后的竞业禁止的时间一般不超过三年;补偿标准应不低于正常工作收入的1/2。双方在此基础上可以协商具体约定。第三,完善违约责任规定。公司不支付补偿金而导致违约时,离职后董事、经理竞业禁止义务则自动消失,此时是否加重公司的负担?但本着权利与义务对等的原则,公司为保护自己具有巨大市场价值的商业秘密,此等支出是为必要。董事、经理违反竞业禁止义务后,《公司法》第215条规定了公司的处分权及“将其所得收入归公司所有”(一般称为介入权),最重要的是《公司法》应当规定公司有权请求董事、经理停止竞业行为,因为其竞业行为本身也是一种侵权行为。在杭州一通航空货运有限公司诉高凤顺竞业损害赔偿一案中,原告未请求法院判令高凤顺停止竞业行为,实为遗憾。至于介入权如何行使、“所得收入”如何界定、损害赔偿的标准、其他公司是否承担董事、经理竞业行为的连带责任等,《公司法》都应当明确规定。此外,如何有效地预防离职后董事、经理的违约行为和制止其竞业行为,可以发挥行业协会的作用。董事、经理们多为行业之精英,在行业中的一举一动引人注目,行业协会应当制定有关竞业禁止的行为规范及行使行业的监督权,同时及时调停发生的纠纷,减少公司维权的成本和建立行业健康的竞争秩序。

规范个人合伙中的竞业行为。根据《合伙企业法》第30条和70条规定“从事与本合伙企业相竞争的业务,给合伙企业或者其他合伙人造成损失的,依法承担赔偿责任”。该规定有两点值得商榷:一是规定

没给合伙企业或者其他合伙人造成损失就意味着不承担赔偿责任,而忽视了合伙人从事与本合伙企业相竞争的业务应该是合伙协议所禁止的行为,同时也是一种违约行为,应当承担违约责任;二是如何承担赔偿责任在实践中无法操作,导致合伙人之间“同床异梦,貌合神离”,合伙企业的利益受到严重损害。其实,合伙人之于合伙企业之作用犹如董事、经理之于公司之地位,可以参照《公司法》之规定进行完善。至于合伙人离职后的竞业禁止,由合伙协议来约定,其补偿应当有别于董事、经理。此外,《民法通则》第二章第二节个人合伙中并未规定竞业禁止制度,这无疑是个缺憾,这使现实生活中不少合伙人缺乏诚信“脚踏两只船”而最后不得不“劳燕纷飞”。所以,在《民法典》的制定时,必须规定合伙人的竞业禁止义务。同时,对违反竞业禁止导致合伙企业或个人合伙解散的,应当承担相应的民事法律责任。

在《劳动法》中建立竞业禁止制度。有学者从保护商业秘密的角度指出《劳动法》第22条的立法缺失,使劳动者保护商业秘密的义务失之粗略,因此劳动法要设立竞业禁止制度<sup>[2]</sup>,笔者完全赞同。基于平衡商业秘密权与劳动者择业自由权之间的利益冲突的考虑,笔者强调在具体制度构建时要注意以下几点:第一,根据用人单位是否有无可保之商业秘密来确定竞业禁止义务主体的范围。竞业禁止义务的主体应当是确实或有条件知悉、掌握商业秘密的职工,而非所有职工,用人单位不能用竞业禁止的格式条款与那些根本无法知晓商业秘密的职工签订合同,否则将侵犯他们的劳动权利和自由择业的权利。此外,要有效区分劳动者的一般知识、经验、技能和商业秘密,不能把从事劳动所必然掌握的技能视为商业秘密,在实践中应以优先保护劳动者的权利为原则。在商业秘密的保护过程中,应当支付员工合理的报酬。第二,劳动法及其配套法规中,一定要确立离职后竞业禁止补偿制度,同时允许对补偿金额及支付方式等进行协商。离职职工竞业禁止的时间以两年为限,且补偿不应低于离职前收入的1/2。因为竞业禁止对普通接触商业秘密的职工而言,所受的影响更大,而且他们所知晓的商业秘密与董事、经理相比更少,所以两年更为适宜。在大连沙河口盖伦启蒙教育培训中心诉英语教师马某一案中,盖伦启蒙教育培训中心只是在平时的工资中象征性地支付了一些“保密费”,而对马某离职后没有补偿,应该

说马某有权不承担竞业禁止的义务,遗憾的是法院支持了用人单位的主张。第三,立法要严格限制用人单位凭借强势地位与劳动者签订权利义务不对等的竞业禁止合同。鉴于我国劳动力市场的实际情况与日益加剧的就业压力,为了防止用人单位滥用优势地位、利用格式条款等方式侵犯相对处于弱势地位的劳动者的基本权益,应当明确规定竞业禁止应当由用人单位和劳动者在平等自愿的基础上签订书面合同,且不可违反公序良俗原则,即约定的竞业禁止的年限、地域、期间等不得违背常理与行业惯例。第四,立法上明确法律责任及具体的承担方式。对用人单位不支付补偿费的,劳动者的竞业禁止义务理应消失;为保证离职职工在获得补偿后遵守竞争禁止义务,可采取年初支付补偿的60%的款项,年终对不履行义务的就不再补偿。还可以采取授权行业协会监督、劳动管理部门吊销违反竞业禁止者的劳动资质证书等方式来约束。此外,明确竞业禁止引起的纠纷属于劳动争议。因竞业禁止引起纠纷后,当事人可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解,也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的,可以向人民法院提起诉讼。

#### 参考文献:

- [1]郑玉波. 民商法问题研究(二)[A]. 梁慧星. 民商法论丛(第19卷)[C]. 香港: 金桥文化出版社有限公司, 2001. 389-390
- [2]冯彦君, 王佳慧. 我国劳动法中应设立竞业禁止条款——兼谈弥补我国《劳动法》第22条的立法缺失[J]. 吉林大学社会科学学报, 2002(6): 105
- [3]孔祥俊. 商业秘密保护法原理[M]. 北京: 中国法制出版社, 1999
- [4]苏彦超, 王建领. 商业秘密保护案例分析[M]. 山西: 山西经济出版社, 1999
- [5]梁慧星. 民商法论丛(第19卷)[C]. 香港: 金桥文化出版社有限公司, 2001. 387-389
- [6]国家法官学院, 中国人民大学法学院. 中国审判案例要览(2001年民事审判案例卷)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002. 488
- [7]黄俊. 大连“竞业禁止”案引人思索[N]. 经济参考报, 2003-06-23
- [8]鲍云帆. 北京首例竞业禁止案, 跳槽副总判赔6.5万[EB/OL]. <http://business.sohu.com/>, 2002-06-13
- [9]谢铭洋, 古清华, 等. 商业秘密法解读[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003. 85-86
- [10]李晓秋, 王静玲. 论竞业禁止在商业秘密中的作用[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2003, 13(6): 111-112
- [11]张玉瑞. 商业秘密法学[M]. 北京: 中国法制出版社, 1999. 368
- [12]许明月. 劳动法学[M]. 重庆: 重庆大学出版社, 2003. 56

## Perfecting the System of Non-competition in China

HUANG Xi-sheng, LI Yu-cheng

(College of Law, Chongqing University, Chongqing 400030, China)

**Abstract** System of non-competition is one of important means of protecting right of commercial secret and vindicating fair competition in the market economy, it has its important value. However, each citizen has the right of work and choosing profession, this is a basic right of constitution. So in the process of perfecting the system of non-competition in China, to achieve the value of non-competition, we should solve the conflict between the right of commercial secret and right of work and balance the behalf.

**Key words** non-competition; right of commercial secret; right of work