论竞业禁止协议效力的判定

李本美

(安徽商贸职业技术学院 经济贸易系,安徽 芜湖 241000)

摘要:竞业禁止是保护雇主商业秘密的一种有效措施。但雇主与雇员签订竞业禁止协议,必然会限制雇员的自由择业权,甚至会影响其生存权这一宪法规定的基本权利。因此,我们应当依法慎重判断竞业禁止协议的效力。然而,我国有关竞业禁止协议的法律规定甚少,从而导致法院在确认协议的效力时缺乏统一的认识和明确的法律依据,因此有必要借鉴国外的立法和实践,对我国的相关制度进行完善。

关键词:权利冲突;商业秘密;竞业禁止协议;完善

中图分类号:D923.99 **文献标识码:**A **文章编号:**1671-5322(2012)01-0038-04

竞业禁止协议是指雇主与雇员约定的、禁止雇员在离职后的一定期间内,在生产同类产品且有竞争关系的其他企业任职或从事同一产品生产经营的契约^[1]。我国《劳动合同法》第23条和第24条规定了竞业禁止条款,其目的在于保护用人单位的商业秘密及相关保密事项不因职工的离职而受到侵害,但同时也对此进行了一定的限制,如将竞业禁止的时限限定为2年、用人单位必须给付经济补偿金、不得违背法律法规的禁止性规定等。然而竞业禁止协议将引发哪些权利冲突?它的效力又如何判定?这些问题有必要进一步深入探讨。

一、竞业禁止与相关权益的冲突

竞业禁止与劳动者自由择业权发生冲突。劳动者自由择业权主要表现为劳动者有权在法律允许的范围内自由择业并进行合法竞争,这种权利并不因为保护雇主的竞争利益、商业秘密等商业利益而丧失。然而在实践中,劳动者与用人单位在签订竞业禁止协议时所处的地位并非完全平等。双方订立的合同经常受到一方的操纵,有违意思自治原则。限制信息的自由流动,对雇员或者前雇员使用、披露商业秘密的权利严格控制,会损害雇佣市场,使一些人不可能到各处就业或自

行营业。更为严重的后果是,在一些劳资双方严重失衡的产业或部门,有时甚至连一般知识、经验和技能都无法自由使用,这必然会影响到雇员的生活乃至其生存。

竞业禁止与雇员人格财产权冲突。作为知识和技能承载者的雇员是具有学习能力的劳动者,在企业中必然会积累与其所从事的工作有关的知识、经验和技能。雇员在工作中掌握的一般知识、经验和技能构成其人格的组成部分,是其生存能力和劳动能力的基础,我们称之为人格财产,而非商业秘密。如果将这些内容视为企业的竞争利益或商业秘密范畴,势必会侵害雇员的人格财产权利,造成双方的矛盾和冲突。

此外,竞业禁止与人才流动带来的社会利益发生冲突。在人才体系中,人才流动是一个重要环节。但是,人才流动和商业秘密是一对矛盾,人才流动的过程往往伴随着商业秘密的丧失。因此,为了防止跳槽雇员利用自己掌握的商业秘密从事同业竞争行为,维护企业的合法权益,立法者规定了竞业禁止义务,但这在客观上妨碍了人才流动,尤其是高级技术人才的流动。因此,在保护商业秘密和鼓励人才流动之间形成了一种两难选择,如何在这两者之间的矛盾中找到一个平衡点,使公共利益趋于平衡,是竞业禁止协议研究中需

收稿日期:2011-12-15

基金项目:安徽省高校优秀青年人才基金项目(2011SQRW201)

作者简介:李本美(1978-),女,安徽芜湖人,讲师,硕士,研究方向:企业经营与管理。

要解决的问题之一。

二、国外竞业禁止协议效力判断标准的立法与司法实践

正是在实践中,竞业禁止协议与诸多权益发生冲突,国外的立法和司法实践中对竞业禁止协议的法律效力有着严格的判断标准。

1. 被限制人员需要具有特定性

从国外司法实践的情况看,被限制竞业的雇员一般是由于业务关系或者其他关系有机会接触商业秘密的人员,否则竞业禁止协议无效。在日本原田商店雇员竞争转职案^[2]中,原告(原田妇女服装面料店)与被告(一群女售货员)约定被告离职后不得在同一百货店中其他面料店谋职业。在双方解除雇佣合同后,女售货员们又集体受雇于百货店同层的“中田店”。原告认为被告抢夺其顾客,造成巨大损失。法院判决认为“雇员被解职后不得在同一百货店中的其他面料店谋职业”这一竞业禁止规定无效。其原因在于:第一,这些普通雇员没有机会接触企业的重要商业秘密;第二,这些一般雇员离职后在就业市场上处于弱势地位,限制其就业将影响其生存权,违反择业自由原则。因此,国外的竞业禁止限制条款严格限制了竞业禁止义务人的范围。

2. 对业务范围进行必要的限制

一般而言,业务范围的限制是竞业禁止协议的必备条款。在国外的法律实践中,一般采用以下方式对业务范围进行限制:(1)通过对技术的规定进行限制,规定雇员不得为采用同种或相似技术的企业工作;(2)通过对产品的规定进行限制,规定雇员不得在生产同类或同级别的产品的企业中工作;(3)通过对服务的规定,禁止雇员从事相同或相似的服务;(4)通过对雇员行为的规定,禁止雇员引诱其他雇员跳槽,禁止与现在的雇员进行业内交易,禁止建立与雇主相竞争的企业等^[3]。

3. 对期限进行合理的限制

期限限制是竞业禁止协议中的必备条款。然而各国却规定了不同的期限。德国《商法》第74条a项规定,离职后两年以上的竞业禁止协议无效;意大利《民法典》第2125条规定,经理级人员离职后竞业禁止的时间限制是5年,其他人员的限制不得超过3年;在约定期限超过上述限制性规定的情况下,应当相应削减。虽然各国的竞业

禁止期限有所不同,但从近期国外的判例看,在高新技术领域的竞业禁止期限有缩短的趋势。例如美国第二巡回法院在 Earth Web, Inc. 诉 Schlack 违反竞业禁止协议和侵害其商业秘密一案中^[4],援引 1997 年的 Double Click, Inc. 诉 Henderson 一案认为,网络产业发展迅速,双方约定的竞业禁止期限不宜超过 4 个月,最后法院拒绝支持为期 1 年的竞业禁止期限。美国联邦巡回法院也认为面对发展变化迅速且无地域限制的网络产业,1 年期间的约定过长。从美国目前的实践看,一般认为竞业禁止的期限在 4 个月到 2 年之间,是合理的。

4. 进行合理对价的补偿

履行竞业禁止义务是否以经济补偿为对价,这在各国的立法和实践中也不一致。一些国家认为,在竞业禁止协议中必须规定给予雇员的适当补偿,例如德国《商法》第74条规定,竞业禁止期间,雇主应给予雇员离职前最后 1 年的年报酬的一半以上作为补偿,否则竞业禁止协议无效。意大利《民法典》将雇主给付雇员合理的对价作为合理性的判断标准之一。另一些国家则认为,雇主是否给予雇员补偿应当依个案判断,例如英国判例认为,竞业禁止协议是否有效,应根据其是否有合理性的加薪来判断,不涉及补偿问题^[5]。在阿波罗化学公司案中,日本法院认为虽然协议没有规定对离职后竞业禁止进行补偿,但雇员在任职时的工资很高,可以认为其中包含了竞业禁止的补偿费用^[6]。

5. 区域限制应具有合理性

竞业禁止协议应当明确规定,雇员在什么样的区域内不得开展与前雇主相竞争的业务或受雇于竞争单位,如果离职雇员在这一区域之外就业,与前雇主就没有竞争关系,前雇主就不能限制。例如,比利时《雇佣合同法》第65条规定,竞业禁止协议对雇员限制的区域范围在任何情况下,都不得扩大到比利时境外。瑞士《债务法》第340条也规定,对竞业禁止的区域范围应当进行合理的限制,以免导致竞业禁止协议不正当地妨碍雇员的生计。意大利《民法典》第2125条也有类似于瑞士法律的规定。在美国,如果竞业禁止协议限制的区域范围过宽,那么法官不会强制雇员履行该协议,因为这种协议会导致雇员谋生过于困难。在美国很多州,如果约定禁止雇员在全国范围内从事与前雇主相竞争的业务,那么竞业禁止

条款将被认为是不合理的。但是,美国联邦巡回法院法官在1998年的National Business Service v. Wright案的判决中,就认为“当雇主从事的是与互联网有关的业务的时候,一项全国范围的竞业禁止协议可以是合理的,因为互联网是不受州与州界限约束的”^[7]。

6. 受保护的利益要大于被牺牲的利益

竞业禁止制度是雇主利益、雇员利益和社会利益平衡的结果,在这种平衡的过程中,必然会涉及到受保护的利益和被牺牲利益之间的利益权衡。一般地说,在竞业禁止关系中,被牺牲的利益主要是雇员的自由择业权、生存权以及公共利益。如果被牺牲的利益大于雇主受保护的合法利益,那么竞业禁止协议将被认定无效。例如美国《合同法重述(第2次)》第188条的规定表明,如果被牺牲的利益大于受保护的合法利益,限制竞争就违反了法律。日本法院在实务中,如果发现竞业禁止会对雇员所造成的不利益比起雇主应予以保护的利益显得不合理,就很可能认定竞业禁止协议无效^[8]。

三、我国竞业禁止协议效力判断标准的制度完善

我国在完善竞业禁止协议效力的判断标准时,可以考虑制定一部统一的商业秘密法对此进行规范。在设计判断标准的内容方面可以在借鉴国外立法与实践的基础上,结合我国的实际情况,从以下几个方面合理限定竞业禁止的范围。

1. 合理限定竞业禁止的义务主体范围

《劳动合同法》第24条将竞业禁止的义务主体限定为高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员,然而对于高级管理人员、高级技术人员的范围却没有进行明确的界定。这在实践中可能会导致法官对行为人是否属于负有保密义务的人员进行认定时发生困难。笔者认为,在未来的《商业秘密法》中可以将竞业禁止的义务人员详细地规定为:(1)高级管理人员,是指公司的经理、副经理、财务负责人,上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员(参见《公司法》第217条第一款的规定)。(2)高级技术人员,是指具有专业技术并且有高级职称的人员。如:高级工程师、教授级高工、高级经济师、高级会计师。不含中级职称人员,如工程师、会计师、经济师等。(3)其他负有保密义务的人员。如市场计划和销

售人员、高级研发人员、秘书人员等。

2. 对雇员离职后不能从事的业务范围应有所界定

《劳动合同法》24条规定,竞业限制的范围由用人单位与劳动者约定。笔者认为,对于用人单位与劳动者约定的效力应该进行规范,如果雇主限制雇员从事的业务范围过宽,将导致雇员的择业自由和生存权受到威胁,是不公平的。因此,在规规定雇员不能从事的业务范围时,可以从以下几个角度考虑:(1)雇员在雇佣关系存续期间知悉或可能知悉的前雇主商业秘密的范围;(2)雇员在前后两个单位承担工作的相似性程度;(3)雇员在新单位所承担的工作与前职务是否有不可避免的联系;(4)雇员的新雇主是否与前雇主在相关市场上具有竞争关系。

同时,应该对竞业禁止协议无效的情形进行规定。雇主限制雇员从事的业务范围超出原业务范围、且与原业务关联性不大的应该被认为无效。此外,如果雇主对雇员的限制是恶意的,意图阻止雇员离开企业,或者离开企业后将导致雇员无处谋生,也应被认为是无效的。再者,对于损害社会公共利益的约定也应该是无效的。

3. 竞业禁止的区域范围也应当进行规定

应当明确约定离职者在什么区域内不得开展与原企业竞争的业务或受雇于竞争对手,且应考虑雇员的就业权,为其留有足够的自由进入劳动力市场的空间。区域大小的确定,一般应以原企业的业务已有的影响范围 and 市场份额等因素为依据,不能随意扩大到用人单位将来可能扩展的地域。对行业领域的限制可采用规定技术领域、产品项目、服务项目、经营行为等限制领域的方式,不得采取开放式定义扩大范围,不得将企业将来可能开展的业务也纳入竞业禁止的范围^[9]。否则竞业禁止将被认定无效。对于与互联网有关的业务,应该被认为竞业禁止的范围为全国,因为互联网是不受地域的限制的。对于地域性较强的行业,如律师行业,就不能限制职员到原地域以外的地方求职。

4. 竞业禁止期限的规定应当区分行业标准

《劳动合同法》将竞业禁止的期限规定在2年以下,由用工单位与劳动者自行约定。竞业禁止时间应当取决于该商业秘密在市场竞争中所具有的竞争优势持续的时间、雇员掌握该商业秘密的程度以及市场上通过合法手段复制该商业秘密

的时间^[9]。笔者认为,对于一些特殊行业,比如网络行业、医药行业应当规定小于两年的竞业禁止期限,因为这些行业更新换代极快,若是规定2年的竞业禁止期限,将不利于技术的进步和社会的发展。此外,对于具有公益性质的行业也应当规定小于两年的竞业禁止期限,这对于推动社会福利事业的发展是有益的。

5. 建立对价的补偿标准

竞业禁止合同应是有偿合同,离职职工承担保守原用人单位商业秘密、不与原用人单位竞争的义务,同时应享有获取一定经济补偿的权利。受到竞业禁止的劳动者往往是技术骨干或管理人员,其再就业的定向性很强,如果得不到相应的经济补偿,择业自主权又受到竞业禁止合同的限制,对离职职工来说显然是不公平、不合理的。因此,我国法律应当明确规定,竞业禁止协议必须明确

约定给予雇员合理的补偿数额,否则协议无效。在确定补偿标准方面,笔者认为,离职雇员履行竞业禁止义务,很大程度上意味着雇员将被迫转行甚至不能再就业,因此我国法律规定这种经济利益的补偿标准不能过低,具体地说,这种补偿标准应当使雇员的实际收入与其择业不受限制时的可能收入基本持平或更多,这样的补偿标准才是合理的。在立法上,可参考深圳经济特区《企业技术秘密保护条例》第17条关于补偿费的规定,可具体表述为:竞业禁止协议约定的补偿费按年计算不得少于该雇员离开雇主前最后一个年度从该雇主获得的报酬总额的2/3;竞业禁止协议中没有约定补偿费的,补偿费按照前款规定的最低标准计算。如果由于履行竞业禁止义务而导致离职雇员的实际收入降低的,前雇主还应当补足其差额。

参考文献:

- [1] 王泽鉴.民法学说与判例研究(8)[M].北京:中国政法大学出版社,1998:113.
- [2] 张玉瑞.商业秘密的法律保护[M].北京:专利文献出版社,1994:124.
- [3] 张玉瑞.商业秘密法学[M].北京:中国法制出版社,1999:434-435.
- [4] 吴晶.对离职竞业禁止的法律思考[J].荆州师范学院学报,2003(3):39-41.
- [5] 徐玉玲.营业秘密的保护[M].台湾:三民书局,1993:150-151.
- [6] 陶鑫良.商业秘密保护中的合理竞业禁止[J].知识产权,1996(3):101-102.
- [7] Erica B Garay. Courts Rule on Restrictive Covenants[J]. The New York Law Journal. 2000,14:65-66.
- [8] 谢铭洋,古清华.营业秘密法解读[M].台湾:月旦出版社股份有限公司,1996:91.
- [9] 王旭丹.竞业禁止的权利冲突与协调[J].工会理论研究,2009(3):23-25.

On the Determination of Legal Effect of Prohibition of Business Strife Agreement

LI Ben-mei

(Economic and Commercial Department, Anhui Business College of Vocational Technology, Wuhu Anhui 241000, China)

Abstract: The prohibition of business strife agreement is an effective measure to protect the business secret. But it will limit the employee's right of free choice, even affects his survival, which is a basic constitutional right. Therefore, we shall be very careful in judging the effectiveness of prohibition of business strife agreement. However, there are no specific regulations on these criteria in our legislature, which make it difficult to decide in legal practices. So it is necessary for us to draw lessons from foreign legislations and practices, and improve our country's relevant system.

Keywords: right conflict; business secrecy; prohibition of business strife agreement; improvement

(责任编辑:李开玲)