

雇员离职后的竞业禁止

单海玲*

内容提要：在制定商业秘密保护法与劳动合同法时，我国对离职后竞业禁止协议的规制应当建立在正确的法益目标之上，即以保护商业秘密和维护正常竞争秩序为目的，通过合理适度的竞业限制，谋求雇主、雇员、社会三者之间的利益平衡。

关键词：竞业禁止 法益冲突 商业秘密保护

在现行商业秘密制度中，雇员离职后的竞业禁止已成为一个重要的组成部分，其作为一种积极的事先防范措施，不仅为众多企业所采纳，而且亦被实践证明是雇佣关系领域内少见的保护商业秘密的有效方式。然而，与契约自由、公平竞争及适度的知识产权保护诸原则的冲突，乃是该项制度本身存在的内在矛盾，对此类竞业禁止协议的使用及有效性的认定，一直是当今司法实践中颇具争议的难题。本文拟从保护商业秘密的视角，结合别国的相关理论及实践，就离职后竞业禁止制度在法益上的冲突与协调进行探讨，以期促进雇佣关系领域内商业秘密保护制度的法律研究。

一、竞业禁止的法益考量

竞业禁止又被界定为一种“贸易限制”，^{〔1〕}指企业对与其特定营业具有特定关系的特定人的竞争性行为予以限制的制度。^{〔2〕}依据不同的义务主体，竞业禁止义务通常可划分为三类：一是在商事交往中，企业或雇主的商业合作伙伴所担负的竞业限制义务；二是企业的股东、董事应负的竞业禁止义务，不少学者将其称为公司法上的竞业禁止义务；^{〔3〕}三是企业的雇员，包括管理人员、技术雇员及一般雇员对其雇主所承担的竞业禁止义务。从义务内容上看，尽管义务人未经许可不得从事与相对人的业务相竞争的行为都属于竞业禁止义务范畴，但不同的义务主体所承担的义务目标仍有所差异。例如，公司的董事或股东所担负的竞业禁止义务通常包括不得为自己或第三人从事属于公司经营范围内的业务或其他有损公司利益的行为。而雇佣关系领域内的竞业禁止义务，则适用于限制雇员在受雇期间或离职后从事与雇主相竞争的行为，包括未经雇主的许可为雇主的竞争者工作、接触雇主的客户并与其从事商事交易、创建自己的公司进而同雇主竞争、使用雇主的商业秘密

* 华东政法大学国际法学院副教授。

〔1〕 See Melvin F. Jager, *Trade Secrets Law*, West Group, St. Paul, Minn. (1999), pp. 7-13.

〔2〕 See Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West Group, St. Paul, Minn. (1999), p. 370. 深圳经济特区1995《企业技术秘密保护条例》第14条规定：竞业限制协议，是指企业与员工约定离开该企业后的一定期限内，不得在生产同类且有竞争关系的产品或其他企业内任职。这里的定义仅限于附随于雇佣关系的竞业禁止。

〔3〕 参见上引，Garner主编法律词典，第370页。

或其他秘密信息从事与雇主竞争的行为等。^[4]

虽然雇员离开企业时不得带走属于雇主的任何有形财产,这已是人所皆知的一个法律原则,但那些存在于雇员记忆中属于企业的秘密信息,却无法在雇员离开时与之分离,而只能被其带走。在这些秘密信息中最富价值的当数商业秘密。作为一种极具有经济价值的知识形态财产,商业秘密以知识形态存在于雇员的头脑之中,经常伴随着人才流动而流失。故此,了解商业秘密的职工本身就是重要的活化载体,商业秘密遭离职雇员带走的可能性随时存在。商业秘密所包含的特殊性与价值性集中体现在自身的秘密性之上,其不仅成为权利人获得财产权的先决条件,而且亦是权利人竞争优势及利益创造的必要条件。鉴于任何接触或了解商业秘密内容的雇员都有可能对信息的秘密性构成威胁,信息本身存在着潜在的灭失风险以及商业秘密具有的秘密性一旦丧失将不复存在的特性,竞业禁止协议作为一种对推定损害的事先防范制度,较之其他的事后补救措施,会更大程度地减少商业秘密灭失的潜在风险。

此外,商业秘密随着人才流动,通常也会使雇主对雇员的人力资本投资化为乌有。人力资本乃是蕴含于雇员人身中的各种生产知识、劳动与管理技能的存量总和,雇主对雇员进行的以增进其人力资本并提升企业生产力的种种行为,称之为人力资本投资,例如雇主对于雇员所提供的教育、培训、进修或出国观摩深造等。企业人力资本投资的根本目的在于提升产品品质、强化市场竞争力,同时也有助于强化劳动力自身的素质,提升其本人在劳动力市场的竞争力。倘若任由雇员在培训后跳槽至相竞争的公司,即使雇员并未带走任何商业秘密,这种行为亦会给雇主带来人力资本投资的损失,并导致雇主因担心雇员跳槽而不愿或减少对职业培训的投入。

离职后的竞业禁止义务通常是一种合同义务,而非法定义务,一般由雇主与雇员通过协议方式加以确定。此类协议在形式上亦表现为当事人双方合意的结果,然而与一般协议应具有公平性不同,该种协议的一方当事人——雇员是以牺牲择业自由为代价换取履约的。雇员可能因履行竞业禁止协议而无法从事其喜欢或擅长的职业,导致其荒疏业已掌握的专业技术及知识技能。此外,竞业禁止协议大多是在雇员受雇前或雇佣关系存续期间所订立,地位上的差异决定了雇主与雇员在签约时所处的实质状况并非完全平等。雇主作为就业职位的提供者,掌管着企业招聘及人事事务大权,在签订竞业禁止协议时处于强势地位,而雇员迫于失去现实或潜在就业机会的压力,往往违背真实意志迁就雇主,换言之,倘若不是出于雇主的强烈要求,没有雇员愿意缔结此类竞业禁止协议。故此,竞业禁止协议的缔结具有着事实上的不对等因素。2002年发生在河南开封市的高工挑战霸王协议案,^[5]便是此类不平等竞业禁止协议的典型案例。为了保护商业秘密,2002年12月,河南开封仪表厂要求所有从事生产、技术、经营工作的职工与企业签订“保密竞业限制协议”,却不愿依法给予职工一定经济补偿。这个厂原高级工程师王建伟对此提出异议,竟被以严重违反劳动纪律和用人单位规章制度为由,单方面解除劳动合同。为了维护自己的合法权益,王建伟先后到开封市劳动仲裁委、开封顺河区人民法院、开封市中级人民法院等部门申诉。2005年1月25日,开封市中级人民法院做出终审判决,准许王建伟与开封仪表厂解除劳动合同关系;开封仪表厂支付王建伟经济补偿金、经济赔偿金共计65911.5元。

二、竞业禁止的法益冲突

对离职后的雇员实施竞业禁止,不仅对雇员的利益直接产生负面影响,而且对现存的法律原则构成巨大挑战。这主要表现在对契约自由原则、公平竞争原则和适度的知识产权保护原则的冲击。

[4] See Bob Hepple, *Employee Loyalty in English Law*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Winter 1999, p. 215.

[5] 参见新华网 <http://www.ha.xinhuanet.com/xhfu/2005-12/07/content-5762651.htm>, 最后登陆时间 2006 年 11 月 25 日。

1. 单凭契约自由原则难以保障离职后竞业禁止协议的实质性公正

契约自由论一直是竞业禁止协议的重要理论支柱,^[6]在一些国家的立法及判例中被经常引用来认定竞业禁止协议的有效性。按照契约自由的原理,竞业禁止协议是否成立以及协议的权利义务内容,均由当事人的合意来决定。因此,只要协议是当事人双方的真实意思表示,就应当得到履行。

在大部分民商事领域,“契约就是法律”,^[7]契约自由是调整民事、经济关系的基本准则之一,体现了当事人在民事、经济活动中的意思自治。许多国家更是以坚持此原则为维护本国公共利益的标准,最大限度地满足缔约当事人缔结合同时的正当期望,因为这种期望的实现将有助于当事人获得预期的利益。倘若当事人缔约时的这种正当期望不能实现,一则人们将不再缔结此类协议,即便是已经缔结的协议也不会继续履行,最终将影响并损害国家正常的民商事活动。

当雇主与雇员缔结离职后竞业禁止协议时,就雇主而言,其寄希望此协议能保护其所拥有的具有经济价值的信息,防止此类信息未经其许可被使用或披露,对其造成不正当的竞争或其他经济损失;而对于雇员而言,其缔结此类协议的目的在于获得更多的技术培训机会,掌握雇主的商业秘密,藉此提升其自身的专业素质及技能。况且,在签订此类协议的多数情况下,雇主往往会给予雇员离职后竞业限制的补偿金。因此,法院支持履行此类协议似乎有其合理的依据。

然而,契约自由理论本是建立在人人平等基础之上,当雇员个体面对财力雄厚的公司、企业时,特别是雇主以有限的补偿金作为雇员履行离职后竞业禁止协议的对价时,单凭契约自由原则往往难以衡量此类协议的实质平等和公正,而充其量不过保证了契约关系中的形式平等。因此,如何在保证契约自由的同时,确保雇主与雇员缔结的竞业禁止协议的实质公正,一直是各国立法和法院面临的难题。

2. 借助限制竞争来实现公平竞争具有潜在危机

竞争不仅是人类及任何生命现象的生存法则,而且亦是市场经济发展的原动力,市场的自由化本质上就是竞争的自由化。有鉴于此,在早期的英美法判例中,法官便是以违反自由竞争原则为依据判定商人间的竞业禁止协议无效的。^[8]时至今日,不少国家的法律仍以此为理由,否定离职后雇员的竞业禁止协议的有效性。特别是当竞业禁止概念被逐步应用于雇佣关系之后,它不仅实际上剥夺了雇员离职后获得更高经济利益职位的机会选择,在一定程度上限制了劳动力市场的人才竞争,而且极有可能演变为雇主限制其他企业竞争及垄断市场的手段。不过在实际生活中,一些企业出于技术领先的需要,引诱竞争对手的技术雇员为其工作,或以获取技术信息为目的,从跳槽的雇员中获得并使用其他企业的商业秘密的现象在知识信息时代的今天的确也很常见,有悖于公平竞争的商业原则,如不制止也会把市场引入混乱无序的状态。

有鉴于此,从维护自由竞争及技术创新的公共利益角度考虑,不少国家法律允许企业与雇员订立以保护商业秘密为目的的竞业禁止协议。然而如何在立法层面上合理规制这一通过限制竞争来实现公平竞争的制度,还有待立法者们的深层次探索。

3. 过度竞业禁止对“适度的知识产权保护原则”造成危害

[6] See Christina L. Wu, *Non-Compete Agreements in California: Should California Courts Uphold Choice of Law Provisions Specifying another State's Law?* UCLA Law Review, December, 2003, p. 610.

[7] 法国民法典第 1134 条规定:“依法成立的契约,在当事人之间有相当于法律的效力”

[8] See Maureen B. Callahan, *Post-employment Restraint Agreements: A Reassessment*, University of Chicago Law Review, Summer, 1985, p. 707. Callahan 教授在他的文章中介绍的有关竞业禁止协议案例,最早的报道是在 1414 年英国法院审理的 Dyer's 案中。在报道中没有明确是对一般商人的竞业限制还是对雇员。但是,在 1602 年的 Colgate v. Bachelet 案中,法院明确指出,在地域、时间上对离职后雇员的工作进行限制,可能剥夺被告工作和生活的权利,是违反社会公共利益的,因此应当无效。

为了应对综合国力增长取决于科技进步速度的知识经济时代现状,各国纷纷确立了“知识产权立国”的发展战略,将知识产权作为市场竞争的核心内容,提升本国经济在一体化世界中的竞争力。出于对个人智力成果保护和鼓励企业加大科技研发投入的目的,许多国家允许雇主将对离职后雇员的竞业限制作为保护企业商业秘密的有效手段加以应用,这在一定程度上防止了雇员离职后泄露及非法使用原企业商业秘密的可能性,对保护知识产权起到了积极的作用。

然而离职后竞业限制的实现毕竟是要以牺牲雇员离职后择业自由及知识的流动性^[9]为代价的,前者直接侵害了各国宪法赋予公民的基本权利,而后者则可能导致知识资本价格水平的上升,不利于技术的传播和应用,极易造成一些公司的知识产权垄断。生存权是人的最基本的权利,而择业自由和合法竞争正是市场经济条件下劳动者生存权的主要表现形式,离职后的雇员有权自由使用其所掌握的技能 and 知识,对此类基本权利的侵犯,无疑有悖于公共利益。而商业秘密的过度保护,尤其是离职后竞业限制提高了信息应用的门槛,影响了知识的扩散,其被滥用后将形成的市场垄断格局,也会破坏企业间自由与公平竞争的环境。

为此,多数国家以谨慎的态度对待此项制度,视其为一种消极防御措施,纷纷通过立法将其使用限制在合理的范围内,谋求知识产权与劳动者人权等公共政策之间的平衡。

三、竞业禁止的法益目标

从竞业禁止协议适用于雇佣关系以来,法律便开始为平衡相关的各种利益而不懈努力。

在普通法上,二百多年来为法官引用最多的是英国法院审理的 *Mitchel v. Reynolds* 一案。^[10] 该案件的原告在出租其一烘烤店时要求承租人承诺,在租赁期间不在同一教区内从事烘烤业务,并将此限制写入租赁协议中,但是不久承租人违反了协议并被诉至法院。承租人辩称协议中的限制条款是违法的,因为它限制了其利用手艺从业的权利。在判决书中,法官从协议的自愿缔结和贸易限制对被限制人及社会的负面影响方面进行分析,指出该协议的危害性在于它会给被限制人造成生活困难,并导致社会失去更多的服务者。但同时他又强调该协议是在自愿基础上达成的,若不对承租人的商业行为加以限制,同样会因为承租人的竞争行为而影响出租人的生计。法官最终认定当事人之间签订的竞业禁止协议有效。而该案的主要影响也就在于其剖析了竞业禁止协议对当事人及社会的影响,指出了当事人缔结此类协议的合理性。^[11] 直到 19 世纪末,英国和美国的法院都视 *Michel* 案为重要的典据,依此审理有关雇员竞业禁止的案件。

到了 19 世纪末、20 世纪初,人们对这一制度的认识开始发生变化,法院的判决一般是在形式上认定此类协议无效,但若当事人能够证明该协议具有合理性,且又不侵犯公共利益,其就可以作为继续履约的合法依据。^[12] 1894 年,英国法院审理了 *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd* 一案,在其判决书中法官较为完整地阐述了合理使用竞业禁止协议的原则:人人均享有贸易自由的权利,这既体现着公共利益,也兼顾着个人利益,任何干涉个人自由和贸易以及对贸易毫无目的地横加限制,都是违反公共政策的,所订立的协议亦属无效,此乃审理这类案件的一条基本原则。当然,也的确存在着一些例外,在一些案件中所显现的限制贸易或干涉个人自由行为有其合理的一面,但这种限制的合理性尺度是不得危及公共利益。^[13] 这样,法官提出了法院可

[9] 知识的流动性,在具体实践中表现为技术扩散、信息化应用等。

[10] 据说这是以竞业禁止协议限制贸易而引起纠纷的最早案例之一, See 1 P. Wms. 181, 24 Eng. Rep. 347 (Q. B. 1711). From Harlan M. Blake, *Employer Agreement Not to Compete*, Harvard Law Review, February 1960, p. 629.

[11] 同上文,第 639 页。

[12][13] See Adrain Chandler, *Employment Law Library Information: Protection of Ownership and Rights*, Blackstone Press Limited, 1993, p. 63.

以有限地限制交易和干预个人行为自由，但是其前提是必须合理，即协议所保护的利益必须合理的原则。这一原则为以后许多判例所遵循。Bob Hepple 教授对此分析指出，法院之所以接受 *Nonderfelt* 案确立的原则，坚持合理使用竞业禁止协议，是出于以下政策性目的：^[14] 一是提高功效。因为从理论上讲，限制贸易的实现有助于阻止企业间的无序竞争；二是保护消费者、小企业及劳动者的利益，使其免遭来自拥有强大经济实力的企业的损害，尤其是大企业对公民自由的限制以及对小企业的吞噬威胁；三是符合促进人员、货物、服务及资本自由流动的目标。^[15]

在普通法系国家，竞业禁止协议是否合理是由法官根据案件的实际情况来判定的。审判中，法官会要求雇主证明限制条款对于保护他的某些合法利益的必要性，并考量该限制是否过于苛刻及对雇员生存的影响。除此之外，那些针对雇员及单纯用于限制竞争的协议，法院均认定为无效。^[16] 美国法学会编纂的第一次合同法重述也强调，限制贸易的协议所保护的利益应当大于给被限制人造成的利益损失，但即便是这种限制也不得给被限制人造成过度的损害。另外，不得借助人为了的限制以谋取市场、价格及产品的垄断地位。在雇佣关系中，这种贸易限制必须依附于雇佣合同或雇佣关系，而不得以限制竞争为目的。不符合上述要求的任何限制贸易的协议，将被视为违背法律或损害社会利益及重大经济利益。^[17]

大陆法系国家则从合理性角度出发，通过立法对竞业禁止协议的适用制定了一些限制性规范。如瑞士债法典第 340 条规定：“有合法资格的雇员可以与雇主订立书面契约，约定在雇佣关系终止以后不得从事与雇主竞争的行为，尤其不得从事为本人谋利益与雇主竞争的营业，或者参与该种营业，或者从该种营业中取得利益。竞业禁止仅适用于雇佣关系中雇员能够知悉的客户网络、雇主的制造或者商业上的秘密，该种知识的运用将会给雇主造成重大损害的情形。”^[18] 在德国，对涉及雇员的竞业禁止义务问题，德国商法典做出了框架式限定：竞业禁止协议必须采取书面形式、竞业限制的期限不得超过雇佣合同终止后的两年、雇主有义务在竞业禁止期间支付赔偿。此外，雇主还必须有合法的利益，竞业限制也不会给雇员生活造成过度的困难。^[19]

有鉴于此，离职后竞业禁止的法益目标应当是：基于保护商业秘密和维护竞争秩序的目的，通过合理适度的竞业限制，谋求雇主、雇员、社会三者间的利益平衡。

四、竞业禁止协议的合理性判断标准

虽然竞业禁止从本质上讲与市场经济体制奉行的自由贸易、自由竞争原则相对立，尤其是离职后的竞业禁止义务在客观上又限制了雇员的自由就业权与自由择业权，从而与各国宪法及劳动法中的一些根本原则相悖，但事实上，竞业禁止制度却仍为各国所接受并广泛适用。究其原因，是因为这一制度能有效地防止与避免企业秘密信息的泄露及非法使用，对保护商业秘密、维护市场公平竞争起到了积极的促进作用。为此，多数国家均以谨慎的态度对待这一制度，视其为一种被动的防范措施，并通过立法将其使用限制在合理的范围之内：

[14] 参见前引 [4]，Bob Hepple 文，第 210 页。

[15] 依照欧盟相关法令，在 1961 年的《欧洲社会宪章》以及 1989 年的《共同体劳动者基本权利宪章》中，个人择业自由权已得到了法律的认可与支持，并被欧洲法院认定为欧共同体成员国公民享有的基本人权。1998 年的《欧洲人权法案》进一步明令禁止任何针对个人工作自由的直接或间接的限制行为。See Article 4 (1) of the European Convention on Human Rights.

[16] See *Mason v. Provident Clothing & Supply Co. and Herbert Morris Ltd. v. Saxelby*, 转引自前引 [10]，Harlan M. Blake 文，第 643 页。

[17] See American Law Institute, *Restatement (First) of Contracts* § 515: When A Restraint of Trade Is Unreasonable.

[18] 参见《瑞士债法典》，吴兆祥、石佳友、孙淑妍译，法律出版社 2002 年版，第 100 页。

[19] 参见《德国商法典》，杜景林、卢湛译，中国政法大学出版社 2000 年版，第 74a、74b。

1. 必须存在合法保护的利益

雇主必须存在合法保护的利益,才可与雇员缔结竞业禁止协议,这是各国法律在判定竞业禁止协议是否有效时的首要标准。例如德国商法典第74条规定,竞业禁止协议限于保护雇主营业上的正当利益。如果没有可保护的合法利益,对雇员的择业权进行限制就失去了合理依据,这种竞业禁止协议将会因违反公共政策而归于无效。美国著名教授 Harlan M. Blake 强调,离职后竞业禁止的目的决不是为了阻碍雇员使用其所具有的独特的个人技能,而是阻止其使用在雇佣关系存续期间所获得的属于雇主的信息或商业关系,以避免其利用这些信息与前雇主进行竞争。^[20]

然而,竞业禁止协议所保护的合法利益范围究竟应当如何划定?对此,各国的立法及实践却大相径庭。多数国家将竞业禁止所保护的利益仅局限于雇主的商业秘密,而有些国家则规定除商业秘密外,其范围可以涉及雇主的客户联系渠道,^[21]甚至包括雇主对雇员的培训费用。保护利益范围上的差异,反映出各国对竞业禁止协议所持的不同态度。以美国加利福尼亚州为例,其判例就将竞业禁止协议的利益保护范围仅限于雇主的商业秘密,藉此限制雇主大量使用竞业禁止协议。因为在加州法官看来,雇员的流动业已构成加州的宝贵财富,硅谷的形成与快速发展正是得益于信息传播与人才流动对新兴企业的促进作用。^[22]近年来,中国一些法院的判决也逐渐强调有效的竞业禁止协议必须具有可保护的利益,并呈现出只保护雇主商业秘密的倾向,如北京市海淀区法院审理的北京合康科技发展有限公司诉李子民竞业禁止纠纷一案中,法院判决书就明确地将合康公司与中原油田以购销合同形成的商业关系排斥在应保护的利益之外。^[23]

2. 竞业禁止的时间及地域应当合理

各国立法大多对离职后竞业禁止的期限加以具体限制,例如瑞士债法典第340条规定其期限一般不得超过3年;德国商法典第74a条规定离职后2年以上的竞业禁止协议无效;意大利民法典第2125条规定高级职员离职后的竞业禁止不得超过5年,其他职员离职之后不得超过3年,否则无效。在美国的判例中,法院判决支持的竞业禁止期限则有1年、2年或3年的。中国国家科学技术委员会《关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见》第7条规定,“竞业限制的期限最长不得超过3年。”《深圳经济特区企业技术秘密保护规定》第16条也规定,“竞业限制的期限最长不得超过3年,竞业限制协议中没有约定期限的,竞业限制的期限为3年。”

虽然上述对离职后竞业禁止期限的规定存在着差异,但在处理具体案件时所遵循的基本原则却是相通的。首先,竞业禁止的合理期限应当是保护雇主利益所需要的时间。作为竞业限制所保护的主要利益,技术秘密和经营秘密的生命周期是不同的。有的技术秘密和经营秘密可能会终身维持一个企业的竞争优势,如可口可乐公司的饮料配方;有的技术秘密和经营秘密则只是昙花一现,如电脑的视窗操作系统几乎每年都在更新换代,因此技术秘密和经营秘密的时效性、信息更新周期是确定竞业禁止期限的重要依据。其次,竞业禁止的另一个目的在于淡化离职雇员记忆中的属于雇主的技术秘密,因此,协议的具体时间除考虑具体行业和商业秘密的状态外,还应考虑雇员掌握秘密的合理时间或者消除原雇员影响的时间。

鉴于各行业情形不同,对于竞业禁止的年限难有绝对标准。在具体确定时,各国法院通常会依据案件的实际情况,决定保护合法利益所需要的合理时间,考虑的因素包括雇主业务的性质及市场、披露给雇员信息的性质及范围、雇佣期限、雇员受雇前已掌握的知识等。从现有的发展趋势上看,竞业禁止的期限正在不断缩短,其主要原因在于高科技行业的技术更新极快,与之相应的商业

[20] 参见前引[10], Harlan M. Blake文,第643页。

[21] See John Hull, Commercial Secrecy Law and Practice, Sweet & Maxwell, 1998, p. 238. 该文脚注中列举了大量英国案例,认可客户渠道可列为被保护的利益。

[22] 参见前引[6], Christina L. Wu文;前引[10], Harlan M. Blake文。

[23] 参见北京市海淀区人民法院民事判决书(2005)海民初字第5598号。

秘密的生命周期也不断缩短，竞业期限的缩短有利于减少人才的浪费并发挥技术雇员的社会服务功能。1999年，在审理 Earth Web, Inc. v. Mark Schlack 违反雇佣合同和侵害企业商业秘密一案中，美国第二巡回法院提出了在网络产业发展迅速的情况下，相关竞业禁止条款的期间不宜超过6个月的观点。该案被告 Mark Schlack 曾担任前雇主 EarthWeb 公司的副董事长，负责公司的电子网络业务，在任职近一年后，Schlack 辞职跳槽至 Itworld. com 公司工作，为此，EarthWeb 公司将 Schlack 和 Itworld. com 公司一同诉至法院，要求法院颁布禁令阻止 Schlack 为 Itworld. com 公司工作，其理由之一是其与 Schlack 缔结了为期一年的竞业禁止协议，Schlack 的行为违反了该协议的相关条款。法院审理后认定，当事人并无盗用及泄露前雇主商业秘密的行为，并且强调，面向变化发展迅速且无地域限制的网络产业，一年的竞业禁止期间约定略显过长。^[24]

合理的地域限制，亦是传统上法院认定竞业禁止协议有效性所需参考的重要因素。对竞业地域的确定，实践中往往是出自雇主与雇员两个方面的考虑。从雇员方面看，竞业限制的合理地域应限定在雇佣期间雇员代表雇主从事业务活动的地区，这样可以限制雇员继续接触原雇主的客户。除此之外，雇主合法利益所及范围，也可视为竞业限制的合理区域。^[25] 中国法院在审判中也认为，竞业禁止协议的合理地域范围应当是被保护的雇主商业秘密优势所及区域，^[26] 即将地域范围限定在权利人的业务所涉区域，因为在这些区域内进行同业经营，可能会泄露或使用权利人的商业秘密，并构成不正当竞争，进而给权利人带来实质性的妨碍或侵害。

但是，判断地域限制合理性的这一传统原则受到了信息产业化和经济全球化的挑战，使其在合理性判断中的作用正在减退。例如许多跨国公司业务遍及全国乃至世界各地，若要对其雇员的竞业范围做出合理的地域限制是异常困难的，那些负责公司产品的设计、开发和销售的雇员，以及熟悉公司业务的管理人员，进入世界任何一家与其雇主竞争的企业，都有可能泄露或使用原雇主的商业秘密。有鉴于此，在一些国家出现了无地域限制的判例，^[27] 法国法院就允许约定竞业禁止无区域限制的判例，如约定竞业禁止的地区为全法国、全欧洲甚至世界。只要雇主能证明其确有保护的利益存在，如其营业范围遍及全球，竞业禁止协议纵无区域的限制仍属有效。^[28] 同样，中国法院在审判中也鲜有因限制地域过宽而认定限制无效的判决。

3. 对雇员从业范围的限制

鉴于商业秘密具有区别于一般性知识、经验和技能的特征，尤其是其内容大多涉及企业的核心竞争业务领域，故此，对掌握该秘密的雇员施加的就业限制应当仅定位于此秘密的应用领域，即与竞业禁止合同中保护的商业秘密相关的产品领域或服务领域。即竞业限制条款作为企业保守商业秘密及维持竞争优势的特殊手段，应有具体的适用对象与适用范围，不仅其义务主体应具有针对性，而且其限制内容也应具体化。

首先，从业范围的限制不可适用于所有的员工。竞业禁止仅针对那些知悉商业秘密的人而设置，而对于那些不具备特定身份的一般聘用人员，其从事的职务具有一般性，了解的知识有限，不存在对其限制的基础；同时其就业能力和就业地位相对较弱，加以限制就会妨碍其就业及生存。因此，竞业禁止所面对的人员大多为核心技术人员、关键技术工人、高层管理人员、财务人员和市场销售人员，他们因为工作和职务的关系可以接触到影响公司根本利益的商业秘密，离职后也往往会

[24] See EarthWeb, Inc. v. Schlack, 71 F. Supp. 2d 299, 361 (S. D. N. Y. 1999).

[25] See Emily J. Kuo, *The Enforceability Gap of Covenant's Not To Compete in Telecommuting Employment Relationships*, University of Chicago Legal Forum, 1996, p.570.

[26] 参见最高人民法院民事审判第三庭编：《知识产权审判指导与参考》第8卷，法律出版社2004年版，第184页。

[27] See MedX Inc. v. Ranger, 780 F Supp 398, 403 (E D La 1991), and Cad Cam, Inc. v. Underwood, 36 Ohio App 3d 90, 94, 521 NE 2d 498 (1987).

[28] 参见陈金泉：《论离职后竞业禁止契约》，http://www.kcchen.com.tw，最后登陆时间：2006年11月25日。

成为竞争企业的技术人员和管理人员,在与原企业竞争中不可避免地会利用到原商业秘密。^[29]其次,对于接触及了解商业秘密的雇员,其离职后的从业范围限制也应当具体化且有针对性,而不能泛泛地加以扩大。

2005年9月14日,美国华盛顿州金县高等法院就李开复案做出诉前禁令,其并未满足申请人微软公司关于限制李开复去Google公司工作的请求,而是裁决李开复可以立即为Google公司工作,但工作范围应予受限。法官冈萨雷斯表示,微软同李开复签署的竞业禁止协议真实有效,因此李开复在Google工作不能涉及他以前在微软参与开发的产品、服务和项目,其中包括与语音、自然语言和搜索技术有关的工作。李开复筹备成立Google中国研发中心并不违反该竞业禁止协议,但他只负责在中国招聘人才,而不能参与制定预算、薪酬标准或者确定Google在中国的研究方向。

同样,中国法院在审判中也开始关注竞业禁止的从业范围,不支持过度限制的协议的履行。2000年上海浦东新区法院受理的上海大和衡器有限公司诉前雇员陈穹劳动合同纠纷案,基于对从业范围限制的扩大性解释等原因,将其签订的竞业禁止协议判定为无效。^[30]

4. 合理的补偿费用

雇主向雇员支付竞业禁止补偿费的做法业已为众多国家所接受,但有些国家仅仅将补偿视为是竞业禁止协议的合理性证明,而未作为竞业禁止协议生效的要件。例如,在美国的判例中,如果企业给予雇员一定的补偿,这将增大竞业限制协议的合理性,证明竞业限制不会给离职雇员造成生活困难。瑞士债法典第340条(A)则指出,在可能的情况下,法官还有权要求雇主为雇员所遭受的竞业禁止限制提供一定合理补偿。在德国,则以对价给付作为竞业禁止契约的有效要件,其目的是保障生存权。按照德国商法典第74条的规定,竞业禁止期间,雇主应当给付职工最后一年报酬的一半以上,作为竞业禁止给职工造成损害的补偿,否则竞业禁止的协议就没有约束力。

与德国的规定相同,用人单位给予员工经济补偿,乃是竞业禁止协议在中国生效的基本要件。在中国的学者和立法者看来,雇员为遵守竞业限制协议,就会丧失最佳的就业机会,无法在自己最擅长的专业领域施展才能,有可能失去丰厚的报酬进而危及其生存。尤其是在以IT业为代表的高新技术领域,由于择业权受限制,雇员所掌握的高新技术将在短期内随着技术更新而贬值,甚至被彻底淘汰。因此从公平的角度出发,雇主应向雇员支付针对竞业禁止的补偿费,以弥补雇员因择业自由受限制所蒙受的损失。此外,参加2004年第七届中国部分省市知识产权审判研讨会的法官也大都认为,竞业禁止应予补偿,补偿的数额和支付方式可以由合同约定,但最低限额应为一年度报酬的1/2。合同如果未对此约定,当事人可以协商,如协商不成,补偿数额应按同类行业的情况处理。支付补偿费应是先于竞业禁止的义务,可以作为履行竞业禁止义务的抗辩。^[31]

关于补偿的具体数额,目前我国只是在行政法规中做了原则性规定,^[32]深圳市和珠海市相关

[29] 参见重庆市高级人民法院民事审判第三庭:《第七届全国部分省市知识产权审判研讨会综述》,载前引[26],最高人民法院民事审判第三庭编书,第175页。

[30] 参见上海市浦东新区人民法院民事判决书(2000)浦民初字第6776号。

[31] 参见前引[29],重庆市高级人民法院民事审判第三庭文,第175页。

[32] 劳动部《关于企业职工流动若干问题的通知》([1996]355号文件)第2条规定:“掌握商业秘密的职工在终止或解除劳动合同后的一定期限内(不超过3年),不得到生产同类产品或经营同类业务且有竞争关系的其他用人单位任职,也不得自己生产与原单位有竞争关系的同类产品或经营同类业务,但用人单位应当给予该职工一定数额的经济补偿。”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》(国科发政字[1997]1317号)第7条规定:“凡有竞业禁止约定的,单位应向有关人员支付一定数额的补偿费。不支付或者无正当理由拖欠补偿费的,竞业限制条款自行终止。”上海市《劳动合同条例》第16条规定:“对负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者,劳动合同当事人可以在劳动合同或者保密协议中约定竞业限制条款,并约定在终止或者解除劳动合同后,给予劳动者经济补偿。”

地方法规则制定了参照标准，即平均年补偿费不低于年工资总额的 2/3 或 1/2。^[33]

五、结 语

离职后的竞业禁止制度，在中国已经为人们所逐渐熟悉并得到了法律的认可。与此同时，由其引发的纠纷也呈现出上升趋势。究其原因，除了相关立法滞后、劳动用工制度转型的制约、企业强化商业秘密的保护力度等因素外，对商业秘密保护中的权益冲突、社会公共利益的平衡、保密义务及竞业禁止义务的依据等理论问题缺乏深入研究，以及竞业禁止条款的过度使用则是导致纠纷频发的原在动因。故此，在制定商业秘密保护法与劳动合同法时，我国对离职后竞业禁止协议的规制应当建立在正确的法益目标之上，即以保护商业秘密和维护正常竞争秩序为目的，通过合理适度的竞业限制，谋求雇主、雇员、社会三者之间的利益平衡。

鉴于我国所处的发展中国家现状，与发达国家在自主创新能力方面仍存在着颇大的差距，鼓励技术员工的合理流动、提升企业及雇员的自主创新能力、促进市场的合理竞争，乃是加速我国步入创新型国家的基本政策。藉此目标并结合我国经济发展的特点与需要，对于完善现行的雇员离职后竞业禁止制度，作者建议我国法律应做出如下规定：一是离职后的雇员履行竞业禁止义务须以自愿为原则，并以其与前雇主缔结的书面协议为履约凭证。如若雇主单方提前解聘雇员，该雇员可以不履行其与雇主缔结的离职后竞业禁止协议；二是离职后竞业禁止协议的订立仅以保护雇主现存的商业秘密为目的，即以雇主的商业秘密为受保护的合法利益；三是离职后雇员履行竞业禁止义务的期限应当限定在一年之内；四是对离职后雇员的竞业范围、竞业行为限制应当具体化，即仅局限于与被保护的商业秘密相关的产品或服务领域；五是应当在竞业禁止协议中约定一定的补偿费，其金额按年度计算不得少于该雇员离开企业前最后一年从该企业获得的报酬总额的 1/2。

Abstract: In the process of promulgating trade secret law and labor contract law, we must regulate the non-competition agreement following the termination of employment on the basis of proper legal interest object. We must confine non-competition agreement to reasonable application, with the aim to the protection of commercial secrets as well as maintenance of proper competition order, in order to keep the balance of the interests among employers, employees and society.

Keywords: non-competition agreement, conflict of legal interests, protection of commercial secrets

[33] 《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》第 17 条规定：竞业禁止协议约定的补偿费按年计算不得少于该员工离开企业前最后一个年度从该企业获得的报酬总额的 2/3。《珠海市企业技术秘密保护条例》第 22 条规定：“企业与员工约定竞业限制的，在竞业限制期间应当按照约定向员工支付补偿费；没有约定的，年补偿费不得低于该员工离职前一年从该企业获得的年报酬的 1/2。”