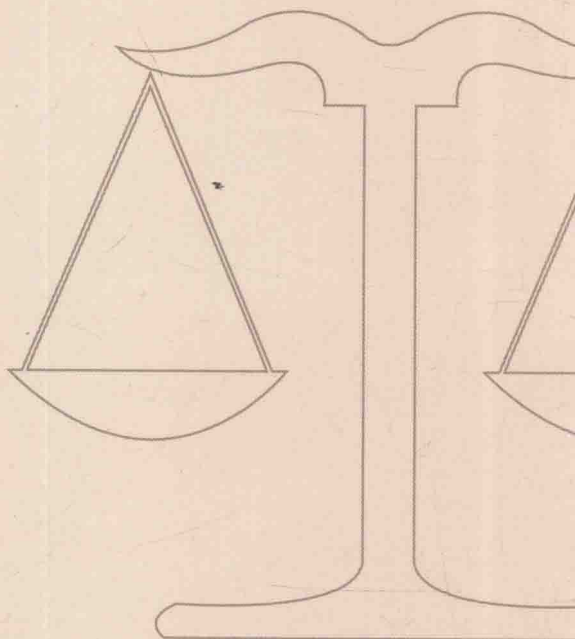


竞业限制制度研究

——以权利冲突及其化解为视角

王博 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

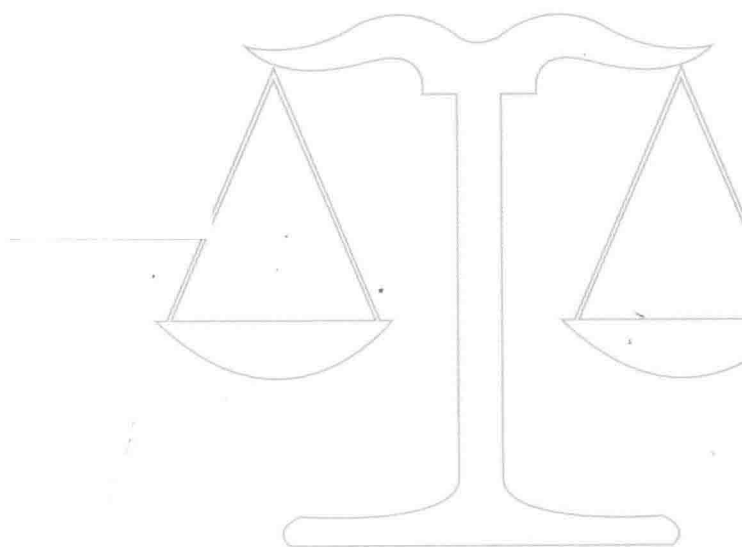
武汉大学出版社

湖北省法学会2015年度省级法学重点课题研究资助项目成果

竞业限制制度研究

——以权利冲突及其化解为视角

王博 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

竞业限制制度研究:以权利冲突及其化解为视角/王博著. —武汉:武汉大学出版社,2016.12

ISBN 978-7-307-18806-8

I. 竞… II. 王… III. 劳动合同—合同法—研究—中国
IV. D922.524

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 274934 号

责任编辑:黄金涛

责任校对:汪欣怡

版式设计:马 佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:湖北省荆州市今印印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 16.5 字数: 238 千字 插页: 3

版次: 2016 年 12 月第 1 版 2016 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-18806-8 定价: 62.00 元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。



作者简介

王博

男，1974年10月生，安徽淮北人。教育部人文社科重点研究基地中南财经政法大学知识产权研究中心博士后研究人员，武汉大学法学博士，系民革党员。1995年取得律师资格后，长期从事专职律师工作，现为广东广和律师事务所律师、高级合伙人。独著《商业秘密法律风险与防范手册》，合著《合同时代的生存》、《完美的商业秘密管理》等著作，在《法学》、《中国人力资源开发》、《甘肃社会科学》、《社会科学家》等中文核心期刊独立发表学术论文十余篇，文章被《中国社会科学文摘》等杂志转载，主持或参与湖北省法学会、国家知识产权局等省部级科研项目若干项。

谨以此书怀念我的母亲卢存英女士



前 言

自由竞争是市场经济的精髓及基本特征。公平、合理、有序的良好竞争秩序更是市场经济的内在价值诉求。在全球经济日趋一体化的当今世界，国内外市场竞争日趋激烈，作为合理规制市场竞争的竞业限制法律制度，已被世界各国普遍接受，并被广泛应用到劳动关系、公司治理及营业转让等社会实践当中去。

竞业限制主要是为了保护雇主的商业秘密及其他竞争利益而对雇员的特定竞业行为进行的合理限制，是为行为人（如雇员等特定的竞业限制义务人）的自由竞争划定的相对清晰的权利边界，令行为人在该合理的界限内与权利人（如雇主等竞业限制权利人）展开公平合理的自由竞争。就此而言，竞业限制这一合理限制竞争的法律制度，实质上也是对行为人的合法权益予以保护的法律制度。可见，竞业限制制度在保护雇主等权利人的商业秘密及其他竞争利益的同时，也在保护行为人在合理限度内运用自身的知识、经验和技能与其他市场竞争主体展开自由竞争。

诚然，竞业限制的初衷的确是保护被代理人、雇主等权利人的商业秘密及其他竞争利益，合理规制市场竞争，最终为保护社会公共利益而创设。但在实践中，竞业限制制度在保护一部分权利人合法权益的同时也限制了其他权利人的合法权利，尤其是限制了雇员的择业自由权这一劳动权乃至生存权。该不合理限制，就构成了对社会公共利益的危害，违背了竞业限制的初衷。

竞业限制制度作为规制市场经济运行的重要法律制度之一，其主要功能就在于对市场竞争主体的自由竞争行为予以适当限制，也称合理限制。竞业限制对于自由竞争的合理限制，具有鲜明的正当性。然而，该合理限制的标准何在，其界限如何划分？理论研究上

往往难以把握，实践操作中通常也难以界定。由此可见，竞业限制对于自由竞争的不合理限制，实属难以避免，此乃竞业限制之局限。该局限性，主要表现在竞业限制对人才流动的不合理限制以及对劳动权的不合理限制两个方面。对人才流动的不合理限制，会导致人才市场的僵化及人力资源的浪费；对劳动权的不合理限制，会侵害宪法所保障的雇员的择业自由权乃至生存权，构成对雇员基本人权的侵犯及对社会公共利益的危害。

此外，我国当前的市场经济欠发达，市场竞争还不够充分，同时，劳动就业形式也依然严峻。因此，鼓励人才流动与自由竞争，大力提倡投资及自主创新既是目前面临的中心任务，也关涉我国建设创新型国家的重大战略决策。然而，市场经济的培育、发展和完善非在朝夕，必须经历长期、健康和稳定的可持续发展过程。因此，构建公平、合理、有序的良好市场竞争环境也是我国当下亟待解决的时代课题。

可见，在悉心呵护自由竞争的同时着力实现经济的可持续发展，并在可持续发展中实现资本、劳动及社会公共利益等多方利益的动态均衡，也是我国市场经济的任务和目标之一。

通过对竞业限制制度相关理论的研究，比较、借鉴有关竞业限制的域外立法成例，结合我国国情及相关社会实践，在竞业限制的立法理念（如“平等保护”）、遵循原则（如契约自由原则及其限制）及制度设计等层面提出构想与意见，为我国竞业限制制度的法律规制与实施寻求出路，是本书将要探讨的主要内容。对该类问题的研究与探讨，对完善竞业限制制度的基本理论，指导并规范我国有关竞业限制的司法实践等方面，均具有重要意义。

竞业限制是对特定竞业行为的限制，该制度除调整公司董事、经理等高管人员及代理人等竞业行为之外，主要规制劳动者作为劳动权的择业自由权及经营者的经营权，协调劳资冲突，维护社会公共利益。如何化解劳资冲突，合理规制劳动者的竞业行为，妥善处理保护商业秘密与自由择业、涉密者竞业限制与人才合理流动的关系，维护职工合法权益，是竞业限制制度所面临的重点及难点。因此，诸如权利冲突及其化解理论、指导竞业限制制度设计的相关理

论（如契约自由原则及其限制制度），应成为竞业限制基础理论研究的核心与关键。对于权利冲突及其化解问题，国内外学者都给出了诸多学说及理论观点，这些观点莫衷一是，难以为我国竞业限制的理论与实践提供有力的支撑或指引，尚待继续研究、探讨。

首先，就劳动法倾斜保护论而言，权利位阶理论、优先权理论，尤其是我国劳动法领域之倾斜保护原则，这些理论是否有待于进一步完善或尚存缺陷？权利位阶理论及优先权理论的实施，是否需要特定的程序及条件？对劳动者的倾斜保护，是作为倾斜保护原则予以普遍适用，还是作为一定时期内的立法政策予以提出？倾斜保护原则是否可以作为竞业限制契约自由之限制制度的内在构成等，对于诸如此类问题的回答，将是本书深入研究、讨论的内容。

其次，从劳动法平等保护论角度看，权利限制理论、权利平等理论以及合理限制原则等，这些理论是否业已相对成熟、完善？如果如此，是否可将其作为竞业限制契约自由原则之限制制度的内在构成，实现对竞业限制之契约自由的有效限制？又如何将此类理论恰当地联系到竞业限制之制度设计层面，令竞业限制制度更具可操作性？除此之外，合理限制竞争原则是竞业限制的重要理论依据，但如何确定竞业限制的合理性标准，或称对于竞业限制之合理性标准的判定，向来是个难以破解的理论及实践难题，也将是本书的研究重点和难点。

我国围绕竞业限制制度的立法可谓全方位、多角度。实践中，无论是对于公司等经营者的经营权维护，还是对于劳动者的劳动权保障，在各自的规范领域内都发挥了极其重要的作用。但综合来看，竞业限制相关立法，依然不能满足当前实践的迫切需求。我国对于竞业限制的法律规制，虽坚持契约自由原则，但对竞业限制契约自由及其限制的边界划分标准的拿捏与把握，仍存游移与徘徊。

实务中，因员工跳槽而带来的商业秘密泄露、“挖角”及非法招揽竞争对手的客户等不正当竞争行为，依然严重侵害着经营者的商业秘密权益及其他竞争利益。司法实践中，对于劳动者合法权益

保护的程度或强度依然不足。无论对于经营权维护,抑或对于劳动权保障,竞业限制制度在实践中所发挥的作用,与其立法本意及目的相比尚存较大距离,这些均亟待立法进一步完善、学理深入研究。

目 录

第一章 竞业限制制度概说	1
第一节 竞业限制的基本理论	1
一、竞业限制的概念及特征	1
二、竞业限制的理论依据	9
三、竞业限制的类型化分析	16
第二节 竞业限制之正当性分析	18
一、劳动权保障及经营权维护	18
二、依法规制市场竞争秩序	26
三、小结	29
第三节 竞业限制之局限性分析	30
一、对人才流动的不合理限制	30
二、对劳动权的不合理限制	34
三、小结	39
第二章 竞业困局之根由：经营权与劳动权的冲突	40
第一节 竞业抵牾之生发机理：经营权与劳动权的冲突	40
一、经营权与劳动权的冲突	40
二、经营权、劳动权冲突与一般权利冲突	42
第二节 权利相互性理论及利益冲突论检讨	45
一、权利相互性理论检讨	46
二、利益冲突论检视	50
三、对权利冲突相关成因理论的反思	56
四、经营权、劳动权冲突与权利相互性理论	58

第三节 利益有限性与权利多样性的矛盾	60
一、利益的有限性与权利的多样性	60
二、权利主体的多样性	62
三、权利内容的多样性	65
第四节 权利平等性与其内容多样性的冲突	71
一、权利平等性与其内容多样性的矛盾	71
二、同类型权利之间的冲突	72
三、不同类型权利之间的冲突	73
第五节 权利界限的模糊性与交叉性共存	76
一、规则精确制定的相对性	76
二、权利界限的模糊性	78
三、权利界限的交叉性	81
 第三章 经营权与劳动权冲突化解的理论进路	83
第一节 权利位阶及优先权理论检讨	84
一、“权利位阶”、“优先权”理论及其辨析	84
二、权利平等性理论及其评析	95
第二节 倾斜保护原则检视	100
一、“倾斜保护”之正当性辨析	100
二、“倾斜保护”之局限性分析	102
第三节 权利平等性理论证成	104
一、法律面前一律平等即为权利平等	105
二、权利平等是平等权的核心内容	108
三、平等原则就是权利平等原则	110
第四节 权利界定及权利限制理论的经济分析	112
一、交易成本理论关于权利界定的经济分析	112
二、交易成本理论关于权利限制的经济分析	118
三、租值消散理论对权利界定的经济分析	121
第五节 权利冲突化解的理想路径分析	123
一、“利益增进”解决模式检视	123

二、权利清晰界定的可行性与必要性分析·····	124
三、权利限制的可行性与必要性分析·····	126
第四章 竞业限制契约自由原则及其限制·····	128
第一节 竞业限制契约自由原则·····	128
一、竞业限制契约自由原则的意义及其流弊·····	128
二、在职竞业限制契约自由与法定竞业限制·····	134
三、离职竞业限制契约自由与约定竞业限制·····	139
第二节 竞业限制契约自由原则之限制·····	142
一、竞业限制契约自由原则之限制的目的及功能·····	142
二、竞业限制契约自由原则之立法限制·····	146
三、竞业限制契约自由原则之司法限制·····	149
第三节 竞业限制契约的效力及违约救济·····	152
一、竞业限制契约的效力·····	152
二、竞业限制契约的救济：集体劳动合同及其他 违约救济·····	160
第五章 我国竞业限制制度的困境与出路·····	170
第一节 我国竞业限制制度的困境·····	173
一、竞业限制立法本意、目的与其实践中作用的差距·····	173
二、竞业限制契约自由及其限制之边界划分上的游移 与徘徊·····	177
第二节 我国竞业限制制度的立法出路·····	179
一、平等保护理念下适度扩大对竞业限制契约自由的 立法限制·····	180
二、适度强化对竞业限制经济补偿金的立法规制·····	183
三、适度强化对竞业限制违约金的立法规制·····	206
四、完善对第三方侵权行为的立法规制·····	210
第三节 我国竞业限制制度的司法出路·····	212
一、对倾斜保护原则泛化及失度的反思与检讨·····	212

二、竞业限制相关规则的借鉴及司法规制.....	216
三、竞业限制纠纷案件的程序性规制.....	228
结语.....	234
参考文献.....	237

第一章 竞业限制制度概说

第一节 竞业限制的基本理论

一、竞业限制的概念及特征

(一) 竞业限制的概念厘定

在我国,竞业限制有竞业禁止、禁止竞业、竞业回避、竞业避让等各种不同称谓。其中,谓之竞业限制与竞业禁止者居多。^①在德国,竞业限制被称之为“Wettbewerbsverbote”;^②于英美国家,竞业限制的英文称谓多为“restraint of trade”、“prohibition of business strife”、“Non-Competition”、“not to compete”等。^③对于竞业限制这一概念的遣词,理论界一直没有形成统一的称谓,为了便于准确地理解和把握这一法律制度的基本含义,统一概念、厘清称

① 单海玲.雇员离职后的竞业禁止[J].法学研究,2007(3):71;黄来纪.董事禁止竞业义务论[J].上海社会科学院学术辑刊,1999(3):69;刘俊海.股份有限公司股东权的保护[M].北京:法律出版社,1997:242.;杨国民.竞业避让人才流动的“紧箍咒”[J].中国质量万里行,1999(10):54;董保华.由竞业限制经济补偿争鸣引发的思考——兼与叶静漪教授商榷[J].法学,2010(10):17.

② Volker Büterwe, Aufsatz Wettbewerbsverbote vor und während der Insolvenz-ein Kurzüberblick, GWR 2009, 288-291.

③ Pascale Lagesse & Mariann Norrbom. Restrictive covenants in employment contracts and other mechanisms for protection of corporate confidential information [M]. Kluwer Law International and International Bar Association, 2006, p. 1-247.

谓十分必要。虽然目前国内使用较多的称谓不仅有竞业限制也有竞业禁止,但从竞业限制这一制度本身的功能和特征来看,竞业限制一词更能体现该法律制度本身的应有含义,侧重“限制”而非“禁止”。

《法学辞源》将竞业限制界定为“竞业禁止”。竞业禁止是指,无限公司章程中对组成公司的股东所加的限制。^①该界定虽然使用的是竞业禁止这一称谓,但其具体内容却是对组成公司的股东所加的“限制”而非“禁止”。《辞海》则直接给出了竞业限制这一概念,即竞业限制是指劳动者按照与用人单位之间的约定,在在职期间或者离职后不从事与用人单位有竞争关系的工作的行为。^②《辞海》给竞业限制所下的定义,基本反映了竞业限制的含义和特征。只是,将竞业限制仅单纯局限于劳动关系领域则稍显片面。

我国台湾学者史尚宽先生则借鉴德国劳动法的概念,将竞业限制称之为“竞争营业禁止特约”(Wettbewerbsverbot)。史先生在论述劳动关系双方当事人之义务时指出,受雇人负有“不为营业竞争之义务”,即受雇人于劳动关系存续中,有忠实义务,不得经营同种之企业。然而,在劳动关系终止以后,受雇人则不再负担该义务。雇佣人如欲继续保全其利益,除非令受雇人继续担负该不为竞争之义务。令受雇人继续担负“不为营业竞争之义务”的特别约定,则称之为“竞争营业禁止特约”。^③

黄月钦先生指出,劳动契约终止后的一定期间内,受雇人于相当程度内,仍有守密义务。该守密义务,实为受雇人之忠实义务的一部分。除此之外,当事人还可约定不为竞业行为,即受雇人不自己实施该类营业行为,也不受雇于此类营业。但是,必须以受雇人在劳动契约中曾参与对顾客或货物来源,制造或销售过程等机密为限,同时,此类机密的运用又可能造成对原雇主的重大损害。否

① 法学辞源 [Z], 北京:中国工人出版社,1994:970.

② 辞海 [Z], 上海:上海辞书出版社,2009:1161.

③ 史尚宽. 劳动法原论 [M], 台北:台湾正大印书馆,1978:53.

则，不得令受雇人承担该竞业禁止义务。^①

郑玉波先生认为，竞业禁止，有广义与狭义两种含义。广义的竞业禁止，是指对于与特定营业具有竞争性的特定行为，加以禁止而言。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。易而言之，竞业禁止对于一般任何人均加以禁止。如商标法上的商标专用权，禁止他人使用其商标；专利法上的专利权，禁止他人侵害其专利；又如在公司法中，禁止使用相同或类似的公司名称。至于在外国法上，如日本的不正当竞争防止法所规定的对不正当竞争行为的制止，也属于这里所指的广义的竞业禁止。所谓狭义的竞业禁止，是指对于与特定营业具有特定关系的特定人的特定行为，加以禁止。其禁止的客体虽也为特定行为，但其被禁止的主体，则限于特定人。不仅如此，该特定人尚须与该特定营业具有特定的法律关系方可。所谓特定的法律关系，例如委任关系、雇佣关系等。狭义的竞业禁止，如民法上经理人及代办商的竞业禁止、公司法上的经理人、执行业务的股东、董事的竞业禁止等，均属于此类；至于外国法上，如瑞士债务法 464 条对于经理人之竞业禁止；德国商法上对于商业辅助人之竞业禁止，均属此类。^②

广义竞业禁止所禁止的主体是不特定的多数人，如商标权、专利权人，有权禁止任何未经许可使用其商标或专利的人。事实上，该不特定人的前述义务是由商标权、专利权的对世性所决定的，属于这些权利的当然内容，与严格意义上的竞业禁止已相去甚远。^③因此，通常所称的竞业禁止，仅指狭义竞业禁止。

对于竞业禁止这一概念，我国台湾地区的“民法”第 562 条、第 563 条、“公司法”第 32 条、第 54 条、第 120 条、第 209 条、

① 黄月钦，劳动契约 [J]，政大法律评论，1979（19）：63.

② 郑玉波，论竞业之禁止 [A]，郑玉波，民商法问题研究（二）[C]，台北：台湾三民书局，1980：171-172.

③ 彭学龙，竞业禁止与利益平衡 [J]，武汉大学学报（哲学社会科学版），2006（1）：138.

“银行法”第35条、“证券交易法”第51条、“金融控股公司投资管理办法”第2条、第4条、第5条、“不动产经纪业管理条例”第16条、“台湾地区人民法人团体或其他机构担任大陆地区法人团体或其他机构职务或为其成员许可管理办法”第6条、第12条等，都有类似的规定。可见，我国台湾地区关于竞业限制，无论理论还是立法，主要使用“竞业禁止”这一称谓。

我国大陆在立法中使用竞业限制这一概念时间较晚。在部门规章中，如1997年国家科学技术委员会颁布的《关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见》（已失效），是我国较早使用竞业限制这一概念的法律文件。该部门规章的第7条规定，单位可以在劳动聘用合同、知识产权权利归属协议或者技术保密协议中，与对本单位技术权益和经济利益有重要影响的有关行政管理人员、科技人员和其他相关人员协商，约定“竞业限制”条款，约定有关人员在离开单位后的一定期限内不得在生产同类产品或经营同类业务且有竞争关系或者其他利害关系的其他单位内任职，或者自己生产、经营与原单位有竞争关系的同类产品或业务。该条款同时规定，“竞业限制”的期限最长不得超过三年。“竞业限制”条款一般应当包括“竞业限制”的具体范围、“竞业限制”的期限、补偿费的数额及支付方法、违约责任等内容。

在地方法规中，《广东省技术秘密保护条例》、《上海市劳动合同条例》、《浙江省技术秘密保护办法》、《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》、《珠海市经济特区企业技术秘密保护条例》、《宁波市经济特区企业技术秘密保护条例》等各地方法规也都先后使用了“竞业限制”这一称谓。

在2007年6月颁布的《中华人民共和国劳动合同法》中，我国首次以国家基本法律的形式统一使用了“竞业限制”这一概念。如该法第23条规定，对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定“竞业限制”条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在“竞业限制”期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反“竞业限制”约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金等。