

竞业禁止的若干问题

李永明*

内容提要:竞业禁止的理论依据是“代理成本”理论、诚实信用和忠实义务原则、合理限制竞争原则。解决竞业禁止权利冲突应遵循限制权利负面外部效应原则、利益平衡原则、合理限制原则。法定竞业禁止属强制性规范,但可经法定程序免除,其义务主体应延及企业高级管理人员。竞业禁止协议是离职雇员竞业禁止义务的唯一依据,同时应根据雇员的离职原因,确定其竞业禁止义务的承担。

关键词:竞业禁止 法定竞业禁止 竞业禁止协议

竞业禁止是指对与权利人有特定关系之人的特定竞争行为的禁止,即权利人有权要求与其具有特定民事法律关系的特定人不为针对自己的竞争性行为。竞业禁止所禁止的客体是特定行为,即与权利人构成竞业的行为;所禁止的主体限于特定人,即与权利人具有特定民事法律关系的义务人。在竞业禁止法律关系中,权利人享有请求权,可请求义务人不为竞业行为;义务人承担的是一种不作为的义务。有学者认为,竞业禁止应包括广义的竞业禁止,即对与特定营业具有竞争性的特定行为的禁止。这种广义的竞业禁止,其禁止主体是不特定多数人,即对任何人都加以禁止,如商标权、专利权等禁止非权利人之外的任何人行使。作者认为,不特定人的这一义务是由商标权、专利权等权利的专有性质所决定的,并不是严格意义上的竞业禁止义务,因而不构成竞业禁止。竞业禁止不同于对不正当竞争的制止,前者是指在特定条件下禁止本来属合法的商业竞争行为,后者是指在任何情况下,禁止违法的商业竞争行为。竞业禁止也不同于兼业禁止,兼业禁止是指商事组织内部特定人不得从事其他营业行为,即所谓的“兼职”或“第二职业”,此处的“营业”并不特指与其所属商事组织构成竞争的同类营业,而泛指所有其他各类营业。

* 浙江大学法学院副教授。

参见桂菊平:《竞业禁止若干法律问题研究》,《法商研究》2001年第1期;张晓军:《论竞业禁止》,《中国人民大学学报》1997年第1期。

参见孔祥俊:《商业秘密保护法原理》,中国法制出版社1999年版,第180页。

参见江平、巫昌桢:《现代实用民法词典》,北京出版社1988年版,第197页。

一、竞业禁止的理论依据

(一) 竞业禁止的理论依据

竞业禁止按其法律效力的来源可以分为法定竞业禁止和约定竞业禁止。在前者,特定人的竞业禁止义务直接来自于法律的禁止性规定;后者则源于当事人之间的协议。根据契约自由原则,当事人可以自由作出竞业禁止的约定,使一方或者双方负或互负不竞业义务。竞业禁止按其义务主体可以分为在职雇员的竞业禁止和离职雇员的竞业禁止。在职雇员的竞业禁止主要为法定竞业禁止,雇主也可以与雇员通过协议的方式约定在职雇员的不竞业义务。离职雇员的竞业禁止则属约定的竞业禁止,即离职雇员承担的应是一种明示的不竞业义务,其产生依据应是合法有效的竞业禁止协议,雇主单方制定的不竞业规章不能作为离职职工竞业禁止明示或默示义务的产生依据。

从经济学的角度分析,“代理成本”理论是法定竞业禁止制度的经济学依据。经济学家在考察企业内部结构运作效率时,通常要考虑企业管理者的“代理成本”因素。代理成本来源于企业高级管理人员不是企业的完全所有者这一事实。企业高级管理人员具有管理者和企业的非完全所有者双重身份,一方面,当企业高级管理者对工作尽了努力,他们可能承担全部成本而仅获取一小部分利润;另一方面,当他们从事竞业等活动获得额外收益时,能得到全部利益而只承担一小部分成本。因此,企业的价值就小于他们是企业完全所有者时的价值,这两者之间的差异即为“代理成本”。公司的董事、经理人,合伙企业的合伙人等都是以企业管理人员的角色和非企业完全所有者的身份出现,因此都会存在代理成本。一旦他们从事与企业的同类营业,必然会在市场占有、利益分割上与企业构成竞争,这时要求他们对企业再尽忠实义务就不可能,这些人必然会直接或间接损害企业利益,以追求额外收益。另外,由于经营活动主导着企业收益的不确定性,且企业高级管理人员的行为难以监督,如果不对他们的竞业活动作禁止规定,而仅仅在他们对企业造成实际损害时再进行法律规制的做法,显然欠缺操作上的现实可能性。因此,为避免企业高级管理人员对企业利益的潜在损害,法律需规定其竞业禁止的义务。

诚实信用和忠实义务是竞业禁止的法学依据。诚信原则要求一切市场参加者在市场活动中讲究信用、恪守诺言、诚实不欺,在不损害他人利益和社会公共利益的前提下追求自己的利益,这正是竞业禁止的理论内涵。明确权利和义务和限制行使权利作为诚实信用原则的两大法律功能,正是竞业禁止义务的精髓。雇员忠实义务又称善意义务,是指雇员基于与雇主间的雇佣关系,而负有的善意行事、忠实于雇主,为雇主的事业尽心尽职的义务。对于公司董事等高级职员而言,其忠实义务源于与公司的特殊关系。在英美法系国家,公司和董事之间具有代理和信托的关系,董事兼有公司代理人与受托人双重身份,董事应承担忠实善意的主观义务和自身利益不得与公司利益相冲突的客观义务。在大陆法系国家,基于董事与公司之间

参见龚乐凡:《论商事组织中的竞业禁止》,《贵州大学学报》1997年第4期。

参见张维迎:《西方企业理论的演进及最新发展》,《经济研究》1994年第11期。

有学者认为,考虑中国现状,对善意义务和忠实义务可作区分,一般的企业职工对企业有善意义务,企业的管理人员、技术人员等对企业有忠实义务。参见张玉瑞:《商业秘密法学》,中国法制出版社1999版,第366页。

Geoffry E. Underwood, Company Law, P52 (LBC Nutshell)。

的代理关系或委任关系, 根据民法原理和规定, 董事对公司同样负有忠实义务。其他雇员忠实义务的产生理由, 是因为雇主为其提供了劳动就业的机会、场所, 支付劳动报酬, 并为其积累了知识、技能。在我国宪法、民法及劳动法的有关规定中, 也规定了在职职工对企业的善意、忠实义务。^⑩

雇员的忠实义务在理论上包括以下内容: 一是服从义务, 即雇员在劳动中应服从雇主的指挥、监督; 二是保密义务, 即雇员不得泄露雇主的商业秘密; 三是增进义务, 即雇员在劳动过程中应以谨慎注意义务对待劳动。^⑪ 很显然, 基于雇员忠实义务, 雇员不应从事与雇主竞业的活动, 以免损害雇主的利益, 如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、使用、许可他人使用企业的商业秘密等。在实践中, 由于地位、收入存在差异, 不同的雇员对雇主的忠实义务的内容也应有很大的差别。企业中从事管理、技术工作的高级雇员, 不但应善意行事, 忠实于雇主, 更应该为雇主的利益付出相当的努力。在许多国家, 企业高级雇员在职期间、离职以后都负有严格的竞业禁止义务。我国公司法中规定董事、经理等高级管理人员不得从事竞业行为, 就体现了这种要求。而对于企业的一般雇员, 其竞业禁止的义务较少, 一般由雇主与雇员签订竞业禁止协议来确定。

合理限制竞争原则是竞业禁止的重要理论依据。^⑫ 竞争是市场经济的基本特征和基本要素, 而自由和秩序又是市场竞争的基本要素, 即自由竞争必须是有秩序的竞争, 任何市场经济主体的竞争行为都应受到合理的限制。在市场经济条件下, 自由与秩序的统一是通过两种手段来实现的: 一是通过竞争法等法律来规范市场主体的竞争行为, 即法律对禁止的不正当竞争行为加以规定; 二是特定当事人之间通过明示或默示合同义务, 来约束各自的竞争行为。后者属于合理限制竞争原则的体现。英国麦克纳顿勋爵在一判例中曾对该原则作过经典性的表述: “各个个人所享有的交易自由使公众受益, 个人也是如此。对个人交易自由的所有干预以及所有的交易限制本身, 如果不存在其他情况的话, 都违反公共政策, 因而是无效的。这是一般原则。但是存在着例外情况: 限制交易和干预个人行为自由, 在特殊案件的特殊情况下可以证明是合理的。限制是合理的, 这是充分的也是唯一的合理依据。所谓合理, 是指对有关合同当事人的利益而言是合理的, 以及相对公共利益而言是合理的。之所以如此认定和保护, 是考虑既要享有利益的当事人进行充分的保护, 又不能损害公共利益”。^⑬

合理限制竞争的法律含义包括: (1) 合同当事人约定一方当事人不得从事某些商业活动。合理限制竞争表现为一种明示的合同义务。(2) 即使没有明示合同, 当事人之间根据社会有关商业行为的准则, 也应该承担默示的合同义务。(3) 如果某种默示的合同义务受到法律的明文

德国股份法第 78 条规定公司与董事之间是代理关系, 日本商法典第 254 条规定为委任关系, 我国台湾公司法第 192 条也规定为委任关系。

参见王保树:《股份有限公司的董事和董事会》,《外国法译评》1994 年第 1 期。

⑩ 我国宪法第 42 条第 2 款要求: 国有企业和城乡集体企业经济组织的劳动者都应以国家主人翁的态度对待自己的劳动; 全民所有制工业企业法第 50 条规定: 职工应当以国家主人翁的态度从事劳动, 遵守劳动纪律和规章制度, 完成生产任务和工作; 民法通则中规定了诚实信用原则, 该原则适用于企业与职工的关系; 劳动法第 3 条规定, 劳动者应当遵守劳动纪律和职工道德。

⑪ 参见史尚宽:《劳动法原论》, 台湾正大书馆 1987 年版, 第 24 页以下。

⑫ 合理限制竞争是不合理限制竞争的例外, 即限制竞争的行为一般属违法, 但特定情况下, 限制竞争行为为合法。

⑬ 前引〔2〕, 孔祥俊书, 第 183 页。

保护,那么有关合理限制竞争义务同时又是法律义务。^⑭合理限制竞争原则适用于市场经济中的各类竞争关系,竞业禁止问题同样适用该原则。雇主与离职雇员通过订立竞业禁止协议,实现了对竞争、就业自由的约束,通过法律的调整保证了对竞争的正当限制。

(二) 竞业禁止的权利冲突及其协调原则

竞业禁止作为合理限制竞争的产物,存在着诸多的权利冲突。首先,竞业禁止与劳动者的劳动权、择业自由权的冲突。生存权是人的最基本权利,而择业自由和合法竞争,是市场经济条件下劳动者生存权的主要表现形式。劳动者有权在法律允许的范围内自由选择其职业和就业场所,这些宪法赋予的权利,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。雇员正当离开原雇主企业,是行使自己宪法、劳动法上的劳动权、择业自由权。若强令雇员离职后不得到与原雇主有竞争关系的企业谋职,无疑将削弱他的谋生能力,减少其再就业机会。竞业禁止制度所限制的正是劳动者的基本权利。^⑮竞业禁止的这一特性,决定了在法律上必须慎重对待竞业禁止。

其次,竞业禁止与鼓励人才流动的社会利益的冲突。人才流动是社会进步的标志,是市场经济的必然规律,市场经济越是发达,人才流动就越为社会所接受。竞业禁止制度客观上妨碍了人才的流动,特别是高级技术人才的流动。正如英国考思(Cohen)法官在 Wexer 案中所说:“由于受取得所谓的商业秘密的潜在束缚,雇员讨价还价的地位就降低了;这样就产生了悖论,即由于技术水平越来越高,他又被限制进入生产效率更高的领域去发挥作用。”^⑯

再次,竞业禁止的权利冲突还表现为雇员使用一般知识、经验和技能上的权利冲突。雇员在雇佣期间学习、掌握的一般专业知识、经验、技能,是雇员赖以谋生的基础,已成为其人格的一部分,雇员享有使用这些知识、经验、技能的权利。如果将这些内容列入雇主的竞争利益或商业秘密的范畴,势必会侵害雇员的劳动权和基本人权。如何界定雇员的一般知识、经验、技能与竞争利益和商业秘密的范围,是理论研究和司法实践中的难题。一般知识、经验、技能是指一般雇员通过劳动就可能获得的普通技术和经营知识、经验和技能,这些内容处于或基本处于公知领域。英国关于违反保密义务的法律草案规定:该法有关商业秘密保护的任何规定,对下列信息不具法律效力:有关信息是在其工作中获得的,并且该信息属于这种性质,即其获得不过是为了增长个人知识、技能、经验以从事其职业。美国的判例确立了几种界定方法:(1)将信息区分为一般性的和特殊性的,商业秘密应该是特殊性的技术和经营信息。(2)根据权利人是否在雇佣关系中禁止雇员使用该信息来确定是否属商业秘密。(3)根据雇员的能力判断是否是商业秘密。很显然,专业能力越强的雇员,属于其拥有的一般知识、经验及技能的范围就越广。日本法院的判例中也确立了类似原则:劳动者在就职中获得的业务上的知识、经验和技能,如果已成为劳动者人格财产的一部分,劳动者事后如何利用是劳动者的自由,任何特别约定都不能拘束这种自由。世界知识产权组织对反不正当竞争示范法的注释中也指出:离职后的雇员为了谋生,一般享有使用和利用其在以前的受雇期间所掌握的任何技术、经验和知识。^⑰

^⑭ 参见前引[6],张玉瑞书,第270页。

^⑮ 我国宪法第42条第1款规定:中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。劳动法第3条规定:劳动者享有平等就业和选择职业的权利。

^⑯ 前引[2],孔祥俊书,第173页。

^⑰ 参见世界知识产权组织国际局:《反不正当竞争示范法条文和注释》,第6.08条。

法律源于生活习惯、风俗,中国古代政治家管仲称其有“定分止争”之功能,即指法是分配利益的社会工具。以权利为本位的法律在处理权利冲突时也应重视权利的价值。设立权利,又给予限制,法律应提出充足理由,否则将损害法律的权威性。另一方面,当权利发生冲突时,如果涉及的权利不受限制,那么与之冲突的权利就会受到破坏。此时政府的任务就要区别对待。保护比较重要的,牺牲比较次要的,这不是削弱或贬损权利。所以只要政府有理由相信对立的权利一方是更为重要的,它就有理由限制另一些权利。^⑮ 作者认为,协调竞业禁止权利冲突应遵循以下原则:

1. 限制权利负面外部效应原则

权利就其功能上看是一种法律手段,就其目的而言是为了维护利益。限制权利负面外部效应原则是从社会整体效益出发确立的原则,^⑯ 当权利冲突发生时,应综合社会成本与社会收益,以消除阻碍市场竞争的各种社会经济现象,维护完全竞争的社会经济环境为目的,确立权利效力范围,消除权利冲突状态。雇员的劳动权、择业自由权虽属于宪法意义上的权利,但其行使范围涉及雇主的同类营业时,即使主观上没有损害雇主利益的故意,客观上也不一定侵害了雇主商业秘密、商业信誉等权利,但势必构成对雇主竞争利益的损害以及对雇主商业秘密等权利的潜在侵害。在经济学上,把经济主体在自愿进行的生产、交易等经营活动或消费过程中强加给他人的损害或者利益称为外部效应。^⑰ 很显然,雇员的竞业行为产生的外部效应是一种负面效应,是一种外部成本。根据限制权利负面外部效应原则解决竞业禁止中的权利冲突时,应适当限制雇员的择业自由权,维护雇主的竞争利益以及商业秘密等权利。

2. 利益平衡原则

在处理竞业禁止的权利冲突中,应当充分权衡雇主与雇员的利益关系。根据利益平衡原则,首先在竞业禁止关系中必须存在合法的应保利益。所谓应保利益是指竞业禁止关系中存在法律确认和保护的权利和利益,或者存在尚未被法律确认,但被当前社会普遍承认的权益。一般而言,雇主合法的应保利益包括:商誉、业务关系、商业秘密、经营效率等。在竞业禁止关系中,法律确认的主要应保利益为雇主的竞争利益、商业秘密等,因此在司法实践中,确认涉及商业秘密竞业禁止协议的有效性时,应严格审查雇主的技术信息、经营信息是否具秘密性,是否采取严格的保密措施等商业秘密的法定要件。如果不存在商业秘密这种应保利益,则竞业禁止协议应视为无效。许多国家法律都将应保利益作为认定竞业禁止协议效力的要件。^⑱ 我国的有关规章及地方法规也将商业秘密等应保利益作为离职职工竞业禁止协议的必备要件。^⑲

除了存在应保利益以外,在处理竞业禁止权利冲突时,还应权衡合法的应保利益是否大于被牺牲的利益。在竞业禁止关系中,被牺牲的利益主要是雇员的生存权和择业权,以及公众利

^⑮ [美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 255 页。

^⑯ 参见拙作:《知识产权权利竞合研究》,《法学研究》2001 年第 2 期。

^⑰ 现实生活中这种例子很多,如工厂生产强加给附近居民的污染是负面外部效应,是一种损害,故又可称为外部成本;果园主带给邻近蜜蜂养殖户的利益是正面外部效应,是一种利益,故又可称为外部收入。

^⑱ 瑞士民法典第 340 条规定,雇主不能证明存在值得保护的利益的,该竞业禁止协议无效。德国商法第 74 条规定,竞业禁止协议限于保护雇主营业上的正当利益。美国的普通法判例及有关州立法也确立了“是否有合法的商业利益可保”的原则。英国的司法实践也确立了商誉、商业秘密、业务关系等为合法的应保利益。

^⑲ 劳动部《关于企业职工流动若干问题的通知》第 2 条、深圳特区和珠海特区《企业技术秘密保护规定》均将企业的商业秘密作为离职职工竞业禁止关系中的应保利益。

益。如果被牺牲的利益大于雇主应保的合法利益,竞业禁止协议应认定为无效。美国的有关立法认为,如竞业禁止超出了保护雇主合法利益的范围,或者雇员遭受的不利超过了雇主的需要,可能损害公众利益的,属于不合理的竞业禁止。^[23]我国台湾的判例也根据“商业秘密的保护与工作权的保障的利益比较,即权衡孰轻孰重或何者重要之问题”来确认离职后的竞业禁止协议的有效性。^[24]英国的法院在处理有关约定竞业禁止的案件中,多从公共利益是否受到了损害考虑问题,而不仅仅考虑雇主和雇员的利益。法院认为任何人均应信守承诺,同时任何人均有为自己或雇主的最佳利益,运用自己的知识、经验、技能的权利,即为公共利益。很显然法院将离职雇员的择业自由与雇主的合法利益的平衡视为公共利益。^[25]

3. 合理限制原则

在处理竞业禁止的权利冲突时,必须将竞业禁止置于合理的限制条件下,使之符合诚实信用、自愿平等、等价有偿的原则,这是竞业禁止法律关系成立的必备条件。判断竞业禁止的限制是否合理,应当综合限制的时间、限制的地域范围、限制的领域等因素作出判断。

时间的合理性。竞业禁止关系中,离职雇员的不竞业义务应是有时限的。各国理论、立法及司法实践对时限合理性的认定标准不尽相同。在理论上,美国学者认为,涉及商业秘密的竞业禁止关系应当以商业秘密存在的期间为限制的时间;也有学者认为,限制时间不得超过通过合法手段复制该商业秘密的时间;有的学者则认为,应根据雇员与商业秘密的关系,来确定不同雇员不同的限制时间。在立法上,瑞士认为离职后的竞业禁止协议在3年内有效;德国认为离职后2年以上的竞业禁止无效;意大利规定离职后竞业禁止协议的时间限制为高级职员不超过5年,其他职员不得超过3年,否则无效;^[26]英国在司法实践中根据不同行为,在时间限制上作出区别,如不掠夺客户的期限不超过5年,不设立竞争企业的期限为6个月(现在为1年);日本普遍认为离职后2年的竞业禁止协议合理;美国的判例中,在通常情况下,竞业禁止的最高年限为5年。鉴于资讯技术的发展,美国法院有缩短竞业禁止期限的趋势。美国联邦巡回法院1997年在“Double Click Inc. v. Henderson”案中,判决原告的离职雇员6个月内不得为竞争行为。而原告的诉讼请求为1年,法院认为,原告涉案的商业资讯将非常可能在1年的时间结束前即失去其价值。^[27]我国有关规章及地方法规规定的离职职工竞业禁止期限一般不得超过3年。^[28]从理论上讲,竞业禁止中限制竞争时间越长,雇员的利益损害就可能越大。在实践中,具体的限制时间应根据雇主的商业秘密等竞业利益在市场竞争中所具有的竞争优势、持续时间和雇员掌握该秘密的程度,以及国家对商业秘密的保护水平的高低等因素来确定一个合适的期限。如果时间限制超过合理的限度,法院可依法认定无效或确定合理的时间。

[23] 参见《美国合同法重述》第188条的规定。

[24] 参见徐玉玲:《营业秘密的保护》,台湾三民书局1993年版,第140页以下。

[25] 参见 Simon Mehigan and David Griffiths: *Restraint of Trade and Business Secrets: Law and Practice* (second edition), Longman, at 16. 转引自前引[6],张玉瑞书,第275页。

[26] 参见瑞士劳动契约法第340条a项;德国商法第74条a项;意大利民法第2125条。

[27] 参见吴登楼:《审理竞业禁止纠纷案件的若干问题》,《人民司法》2001年第10期。

[28] 科技部《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、劳动部《关于企业职工流动若干问题的通知》第2条规定,竞业禁止的期限最长不得超过3年;深圳特区《企业技术秘密保护规定》规定的竞业禁止的期限为最长不得超过3年,没有约定期限的,期限为3年;珠海特区则根据员工涉及的技术秘密的等级、所处的保密岗位或者受到特殊训练等情况而定,一般为2-5年,超过5年的应经市科技行政部门批准,没有约定的,期限为2年。

地域的合理性。地域限制是指竞业禁止协议约定的雇员不得进行竞业的地域范围。从理论上讲,竞业禁止的限制区域应当以雇员与雇主可能产生实质性竞争关系的经营区域为准,不能将限制扩大到雇主将来可能开展业务的地域。有的学者认为,地域的限制应当考虑雇员的生存权,因而应当以雇员能够自由进入市场的空间为必要。^{②9}也有学者认为,影响地域限制的因素,主要是雇主有着商业秘密等竞争利益的地域范围。在某些情况下,企业只在有限地域内存在有关商业秘密等的竞争利益,因此离职雇员在该地域范围之外从事竞争业务,不应加以限制。^{③0}在美国很多州,如果约定在全国范围内不得从事竞争业务,被认定为不合理。随着全球经济的一体化以及信息和物流的日趋便捷,企业经营的地域范围越来越大,因而竞业禁止地域限制的必要性已受到影响,许多学者认为,对于跨国公司而言,地域限制扩大至全国、全世界也属合理。司法实践中,地域限制的合理性由法院确定,对于超出合理范围的地域限制,法院可认定其无效或确定合理的范围。

领域的合理性。领域限制是指雇员不得与雇主形成竞争关系的职业种类和专业领域,它是竞业禁止的必备要件。竞业禁止关系中限制的领域不能是一个不确定的变量,如禁止雇员从事任何与本企业现在和将来的经营活动有竞争关系的活动。有观点认为,对雇员职业种类和领域的限制是最为严格的限制,因此应当限于雇员在雇佣期间从事的相同的工作,否则就剥夺了雇员的生存权,也有观点认为,限制雇员不得从事相同的工作,无异于强迫雇员离职后必须改行,在专业分工越来越细的今天,这无疑危及了雇员的生存权。在职雇员的不竞业领域一般为雇主的同类营业。而对于离职雇员的职业种类和领域的限制方式有:限制技术领域,即限定雇员离职后从事的技术领域;限制产品或服务范围,即明确离职雇员禁止竞争的具体产品或服务项目;限制行为,即对离职雇员禁止竞争的行为加以规定,如禁止招徕雇主的客户、禁止引诱雇员跳槽、禁止设立竞争企业等。由于雇员在竞业禁止法律关系中处于弱势地位,因此在司法实践中对竞业禁止限制范围的合理性问题一般应由法官根据个案作出判断,而不能由雇主确定,凡领域限制范围不清或限制范围不合理的竞业禁止协议无效。德国法律规定,雇员对时间、地域的限制以及雇主的应保利益有异议时,可以请求雇主提交书面理由。这实际是诉讼中举证责任的转移,使雇员处于有利的诉讼地位。^{③1}我国公司法规定的董事、经理的竞业禁止范围为“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”,有关规章及地方法规对于离职职工竞业禁止的范围多确定为“生产同类产品或经营同类业务”。^{③2}

(三) 竞业禁止与商业秘密的保护

1. 竞业禁止是保护商业秘密的一种有效手段

竞业禁止与商业秘密之间存在着紧密的关系,雇主商业秘密权益是竞业禁止关系中一种主要的应保利益。不过,将商业秘密作为竞业禁止关系中唯一的应保利益,把竞业禁止等同

^{②9} 前引[2],孔祥俊书,第205页以下。

^{③0} 前引[6],张玉瑞书,第436页以下。

^{③1} 前引[24],徐玉玲书,第148页。

^{③2} 参见公司法第61条、科技部《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、劳动部《关于企业职工流动若干问题的通知》第2条。

于“商业秘密竞业禁止”的观点是片面的。^{③③} 竞业禁止仅仅是保护商业秘密的一种手段。

从法律史上看,商业秘密的保护经历了三阶段:合同保护阶段、破坏保密关系之侵权行为阶段、产权保护阶段。^{③④} 从目前看,商业秘密的保护途径主要有两个:一是通过权利人与他人签订合同,一旦商业秘密受到侵犯,权利人可通过违约之诉获得法律救济;另一途径是将商业秘密视为一种无形财产权,一旦商业秘密受到与权利人无合同关系的第三人的侵犯,权利人可通过侵权之诉获得法律救济。合同的方式是保护商业秘密的一种主要途径,保护商业秘密的合同主要包括权利人(雇主)与雇员之间签订的商业秘密保密协议和竞业禁止协议。在司法实践中,商业秘密权利人无论依据侵权法追究非法获取、使用、披露商业秘密侵权者的侵权责任,还是依据合同法追究违反保密协议当事人的违约责任,权利人均需要证明一个基本的事实,即行为人有非法获取、使用或披露商业秘密的侵权或违约事实。由于商业秘密的无形性和非专有性特点,权利人对此类事实很难举证。因此利用这两种保护手段,权利人很难追究已经发生的商业秘密侵害行为,对潜在的侵害行为更无法得到法律上的救济或加以制止。商业秘密的这两种保护手段均属一种事后的补救手段,缺乏及时性和有效性。而竞业禁止是一种对推定损害事先防范的制度,克服了事后救济手段的不足,是保护商业秘密的一种有效手段。

2. 竞业禁止与商业秘密法律关系的竞合

竞业禁止与商业秘密两者涉及的法律关系、法律责任的基础不同。由于保护客体上的重合,在司法实践中,竞业禁止纠纷往往与商业秘密侵权纠纷交织在一起,出现竞业禁止违约行为与商业秘密侵权行为的竞合。如雇员违反竞业禁止义务,自营或参与他人经营同类营业,并使用或许可他人使用雇主的商业秘密时,即存在违约和侵权的竞合。对此雇主可以择一行使请求权。也有学者认为,如果违反竞业禁止协议的当事人同时实施了侵犯商业秘密的行为,应当同时承担两种责任。^{③⑤}

在理论上和司法实践中,还应界定竞业禁止的义务主体和违反该义务的违约责任承担主体。有观点认为,劳动者仅违反竞业禁止约定,新用人单位若应知或明知劳动者与原用人单位签有竞业禁止协议而仍然与劳动者建立劳动关系的,新用人单位应当承担竞业禁止的连带责任。^{③⑥} 作者认为,除法定竞业禁止义务外,竞业禁止义务都是根据竞业禁止协议产生的,该义务只能约束协议的当事人。当竞业禁止的义务人违反不竞业义务,自营或参与他人经营同类营业时,从事同类营业的企业不论其对义务人的违约行为是否明知,都不应承担或连带承担违反竞业禁止义务的法律后果。如果权利人提起的竞业禁止违约诉讼的结果与该企业存在利害关系,可将其作为第三人,但不能作为承担连带责任的共同被告。

二、法定竞业禁止

(一) 法定竞业禁止的适用主体

^{③③} 参见徐朝贤:《商业秘密竞业限制合同探论》,《法律科学》1999年第3期;方龙华:《商业秘密竞业禁止若干问题研讨》,《法商研究》1996年第6期。

^{③④} 唐昭红:《商业秘密研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第6卷,法律出版社1997年版,第726页以下。

^{③⑤} 前引[2],孔祥俊书,第213页。

^{③⑥} 前引[27],吴登楼文。

法定竞业禁止的适用主体可分为商事组织中的不竞业主体和商事活动中的不竞业主体。各国法律规定的商事组织中法定竞业禁止的义务主体主要有：

公司董事：在英美法系国家，董事具有公司代理人和财产受托人双重身份，对公司负有信义义务，其内容包括注意义务和忠实义务。注意义务是对董事“称职”的要求，而忠实义务是对董事的“道德”要求。^{③7} 董事的信义义务，要求董事在任职期间，不得为他人或自己从事与所在公司相竞争的业务。大陆法系国家法律多明文规定董事会成员的竞业禁止义务，如德国股份公司法第 88 条规定：未经监事会许可，董事会成员既不允许经商，也不允许在公司业务部门中为本人或他人的利益从事商业活动。未经许可，他们也不得担任其他商业公司的董事会成员或者无限责任股东。日本商法及我国台湾公司法亦有类似规定。^{③8} 我国公司法第 59 条、第 61 条规定：董事不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利，不得自营或者为他人经营与所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动。

公司经理人：经理作为负责公司日常经营业务，并行使经营管理职权的高级职员，许多国家的民法或公司法均规定了其不竞业义务。如日本商法第 41 条规定：经理人非经营业主人许诺，不得经营营业，不得为自己或第三人进行属于营业主人营业部类的交易，不得成为公司的无限责任股东、董事或其他商人的使用人。我国台湾民法第 562 条规定：经理人不得为自己或第三人经营与其所办理的同类事业，亦不得为同类事业公司之无限责任股东。我国公司法对经理规定了与董事相同的竞业禁止义务，中外合资经营企业法实施条例还规定了副经理的不竞业义务。^{③9}

公司股东、合伙人：负有法定竞业禁止义务的股东主要为无限公司和两合公司中无限责任的股东。如我国台湾公司法第 54 条、第 115 条规定：无限公司的股东与两合公司的无限责任股东，非经其他股东全体同意，不得为其他公司之无限责任股东或合伙事业之合伙人；执行业务的股东不得为自己或者他人与公司同类之行为。我国公司法中没有规定无限公司和两合公司，对有限公司和股份有限公司中的股东，除担任董事、经理职务外，没有规定其法定不竞业义务。合伙企业法第 30 条规定了合伙人的不竞业义务：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。

商事活动中负有竞业禁止义务的主体主要有代理商和营业转让人。代理商是为其他商事组织的经营活动和交易行为提供代理、媒介服务的商事组织。为避免代理商凭借优势地位进行针对本人的竞争行为，许多国家为其设定了不竞业义务。如日本商法第 48 条规定：代理商非经本人许诺，不得为自己或第三人进行属于本人营业部类的交易，不得成为以经营同种经营为目的的公司的无限责任股东或董事。我国有关专利、商标等方面的法规规章设定了有关代理人的竞业禁止义务。^{④0} 一些国家对营业转让人也设定了不竞业义务，如日本商法第 25 条规定：营业转让时，当事人如无另外意思表示，则转让人在 20 年内，不得于同一市、镇、乡或相邻市、镇、乡内经营同一营业。

^{③7} 参见张开平：《英美公司董事法律制度研究》，法律出版社 1998 年版，第 237 页。

^{③8} 参见日本商法第 254 条、第 264 条，有限公司法第 29 条的规定；我国台湾地区公司法第 180 条、第 209 条的规定。

^{③9} 中外合资经营企业法实施条例第 40 条规定：总经理或副总经理不得兼任其他经济组织的总经理或副总经理，不得参与其他经济组织对本公司的商业竞争。

^{④0} 《专利代理条例》第 20 条规定：专利代理人在从事专利代理业务期间和脱离专利代理业务后一年内，不得申请专利；《商标法实施细则》第 25 条、《经纪人管理办法》第 17 条也规定了商标代理人、经纪人的不竞业义务。

（二）一般雇员的法定竞业禁止义务

在公司等商事组织中，除董事、经理外其他雇员在职期间是否应承担法定竞业禁止义务，^{④1} 各国理论及司法实践存在差异，德国认为，雇员对于所受任之劳务，应向雇主报告，以求业务之进行，不得收受贿赂或其他情事有与业务以不利益情事之忠实义务，因此雇员非得雇主同意，不得参加可与雇主为竞业之营业。^{④2} 日本学者认为，依诚信原则，雇员解释上也应负有竞业禁止义务。美国实务上则倾向于不禁止一般雇员利用其工作闲暇时兼职，除非其兼职会损害雇主利益。意大利民法典规定：雇员不得为自己或者第三人的利益从事与雇主竞争，亦不得泄露涉及与雇主管理或者生产方法的信息，不得以使雇主蒙受损害的方式允许第三人利用上述信息。我国台湾学者认为，一般雇员在雇佣关系存续期间，依诚信原则负有促使契约目的圆满达成及不损害他方当事人之协力及保护等附随义务，因此雇员在职期间不得为竞业行为，否则即违反雇员之附随义务。^{④3}

作者认为，在雇佣关系存续期间，一般雇员与董事、经理一样对雇主负有忠实义务，其中包括保密义务及不竞业义务。此义务由雇佣关系本质所决定，无需由法律明文规定或契约特别约定。从民法原理分析，雇主的竞争利益及商业秘密等权益和雇员的自由劳动之利益均应保护，在两种利益冲突时法律应加以权衡，寻找平衡点。对在职雇员而言，因其已在雇主处就职，其工作权和生存权已有保障，因此法律不应该牺牲雇主的合法利益，而去成全雇员的自由劳动权的充分实现，否则有悖公平正义原则。在实践中，应区别对待一般雇员的法定竞业禁止义务，对于知悉雇主商业秘密的在职雇员，若允许其从事竞业行为，势必会在竞业活动中有意或无意地泄露或使用雇主的商业秘密，损害雇主的利益。因此，应将这些雇员在职期间纳入法定竞业禁止适用主体范围。对这些雇员在竞业范围以外的兼职活动，则不应禁止或限制。对于不知悉雇主商业秘密的在职雇员，则不应承担法定竞业禁止义务。有学者认为，根据我国劳动法第 22 条的规定，^{④4} 劳动法并未规定雇员的忠实义务，雇员的保密义务不是自动产生的。^{④5} 按此观点，一般雇员则不应承担法定的竞业禁止义务。

（三）法定竞业禁止义务的免除

关于法定竞业禁止义务的规范属性，国内学者有两种不同的观点。一种观点认为，法定竞业禁止义务应为任意性规定，而不应采用强制性规定，其主要理由是竞业禁止义务应属私法上的关系，完全可以通过当事人的约定予以排除。^{④6} 另一种观点认为，法定竞业禁止义务是一种强制性规定而非任意性规定，它依据法律的强制性规定而直接产生。强制性规定是立法上在处理私益间的相互冲突时为表明其态度而在私益主体间合理分配利益与不利益而采取的一项立法手段，当事人不能对该规范的适用作出选择。^{④7} 作者赞同后一种观点，如果对法定竞业禁止采用授权式的任意性规范，则雇员不竞业义务的产生将直接依据双方当事人的合意选择，如雇员一方不选择该规范，其不竞业的义务便无法产生。很显然，这种“法定竞业禁

④1 这里讨论的是法定竞业禁止。对约定的竞业禁止而言，法律允许雇主与其他雇员通过协议的方式确立在职期间的竞业禁业。

④2 前引〔24〕，徐玉玲书，第 143 页。

④3 参见谢铭洋：《营业秘密侵害之类型观察与责任分析》，《资讯法务透析》1992 年 8 月号，第 46 页。

④4 劳动法第 22 条规定：“劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位秘密的有关事项”。

④5 参见李在军：《竞业限制合同与保密合同辨析》，《中央政法管理干部学院学报》2000 年第 1 期。

④6 参见张立新：《论竞业禁止》，载《罗马法与现代民法》（2000 年号），中国法制出版社 2000 年版，第 359 页。

④7 参见前引〔1〕，桂菊平文；余玮：《论我国商业秘密保护中雇员的竞业禁止义务》，《当代法学》2001 年第 11 期。

止”与约定竞业禁止已无差别。

法定竞业禁止作为强制性规范,并不排斥当事人处分基于该规范所产生的权利义务,法定竞业禁止义务可经法定程序免除。许多国家的法律对此作了规定,如德国法规定,经监事会许可,董事会成员可以担任其他商业公司的董事会成员或业务领导人或无限责任股东。日本法规定,董事在为自己或为第三者经营属于公司营业部类的业务时,须在股东大会上公开该项业务的重要事实以取得其许可。我国台湾公司法第 32 条规定:经理人经董事会或执行业务股东过半数同意,可以免除不竞业义务。我国公司法中没有规定董事、经理法定竞业禁止义务的免除。作者认为,借鉴有关国家和地区的立法,应当允许经过适当的程序,免除董事、经理、合伙人的竞业禁止义务。如董事的不竞业义务可经股东会决议免除,经理的不竞业义务则可经董事会决议免除。

三、竞业禁止协议

(一) 竞业禁止协议:离职雇员竞业禁止义务产生的唯一依据

雇员离职后,与雇主间的雇佣关系即终止。雇员对原雇主不再承担忠实义务。雇主如再要保护其竞业利益,只能对其潜在的竞争者——离职雇员的就业自由予以相当的限制,而这种限制方式即为约定竞业禁止,其产生依据是雇员与原雇主间的竞业禁止协议。竞业禁止协议有两种形式,一是雇主与雇员专门约定离职后竞业禁止事项的协议,该协议独立于雇佣合同或劳动合同,可以在雇佣关系存续期内订立,也可以在雇员离职时或离职后签订。二是在雇佣合同、劳动合同及保密合同中订立竞业禁止条款。

离职雇员竞业禁止义务系明示的合同义务。许多国家的立法及判例都确立了这一原则,如德国商法第 74 条规定:雇员离职后,其竞业禁止义务必须订立书面协议,雇主应将签署的协议交付予雇员。意大利民法典第 2125 条规定:未采用书面形式的,竞业禁止协议无效。瑞士债法第 340 条详细规定了竞业禁止协议。日本、英国等国虽未明文规定,但在有关判例中,都确立了这一原则。有学者认为,依照诚实信用原则,在某些特定情形下,离职雇员的竞业禁止义务表现为一种默示的合同义务。^{④⑧}在美国,雇员的竞业禁止义务主要源于竞业禁止协议,但美国法院已经有雇员的竞业禁止源于默示义务的判例,其依据是“不可避免披露原则”。^{④⑨}该原则是法院为保护商业秘密潜在的披露而引入的禁令救济的原则之一,目前有继续扩大适用的趋势。如伊利诺斯州商业秘密法规定,可以禁止对商业秘密的“实际的或者潜在的侵占行为”。这一规定实际确立了“不可避免披露原则”,依据该原则,前雇主即使没有与雇员签订竞业禁止协议,也没有证据证明前雇员实际披露或使用了其商业秘密的情况下,可以要求前雇员承担竞业禁止义务。^{⑤⑩}

企业内部制订的规章、规则等规范性文件确立的雇员离职后的竞业禁止义务是否具有效力,这是一个有争议的问题。作者认为,企业单方面制定的规范性文件中对离职雇员竞业禁止义务的规定,不应为离职雇员产生法律拘束力。企业的规章一般系企业或雇主单方制订,

^{④⑧} 参见 [1], 张晓军文。

^{④⑨} 不可避免原则 (Inevitable Disclosure Doctrine) 是在 B. F. Goodrich v. Wohlgenuth 案创设和运用的。该案中,法院禁止前雇员出任竞争对手的“技术主任”,因为其为新雇主开展业务中会不可避免地披露前雇主的商业秘密。

^{⑤⑩} 前引 [2], 孔祥俊书, 第 191 页以下。

雇员只有服从、遵守的义务,而无选择的权利,更无法体现自己的意志。如确认企业规章能创设雇员离职后的竞业禁止义务,无疑使雇主拥有单方面课以雇员义务的权利,势必严重侵害雇员的自由择业权甚至生存权。

(二) 竞业禁止协议的有效条件

关于竞业禁止协议的效力,从来有肯定及否定两说。^{⑤1}多数学者认为,限制合理的竞业禁止协议应属有效。如王泽鉴先生认为,契约自由系私法自治的基本原则,是否违反公序良俗,应采比例原则,斟酌禁止的营业期间、限制的营业项目及保护的客体等,探求其目的与手段的平衡,审慎地加以认定。^{⑤2}日本学者认为,雇员离职后仍受到诚信原则的约束,但不得不正当地妨碍雇员的经济性和社会性的活动,因此就竞业禁止的合理范围应在协议中予以约定。^{⑤3}

竞业禁止协议限制了雇员的劳动权和择业自由权等基本权利,因此法律对竞业禁止协议的合法性和合理性应加以严格规制,以体现雇主与雇员的利益衡平。所谓合法性是指竞业禁止协议不得违反法律的具体规定;所谓合理性是指协议约定的内容对受限制的离职雇员和施加限制的雇主应平等互利、公平合理。只有满足合法性、合理性的竞业禁止协议,才属有效合同,而违反有关法律规定或违反合理性的竞业禁止协议应属无效合同,对离职雇员不具约束力。许多国家对竞业禁止协议给予肯定之时,都施加了严格的限制,在处理竞业禁止协议纠纷时更持慎重的态度。美国的立法及判例没有简单地认定雇佣关系终止后的竞业禁止协议的有效性,许多州根据限制是否超出了保护雇主合法利益的范围或者使雇员遭受的不利是否超过了保护雇主的需要,而可能损害公共利益等因素,来确定竞业禁止协议的效力。^{⑤4}早期英国判例法严格禁止签订竞业禁止协议,并一概视之为无效,由此造成雇主不愿再训练学徒的后果。后转变为除协议中禁止的条款确属合理且不违反公共利益,否则原则上均属无效。在日本,法院判例将竞业禁止协议的有效性建立在不损害雇员的生存权,不违反公序良俗的基础上,法院经常以剥夺了他人的生存权、限制了择业自由而违反公序良俗、限制离职雇员以正当手段与原雇主开展竞争等理由,认定竞业禁止协议无效。我国台湾法院对于竞业禁止的效力未形成完全一致的见解,一些判例对雇员离职后的竞业禁止协议的有效性,是衡量雇主的商业秘密的保护与雇员工作权的保障之间的利益轻重来确定的。^{⑤5}也有判例认为,“自由之限制,以不背于公序良俗为限”,离职后的竞业禁止是对自由的限制,不得超过一定的限度,如对雇员不竞业义务的时间、地域及种类三者一并加以限制,则因限制自由过甚而无效。^{⑤6}竞业禁止协议中,雇主未给付雇员补偿,则以损害劳工的生存权,违反公序良俗,而被认定为无效。^{⑤7}在墨

⑤1 前引[11],史尚宽书,第53页以下。

⑤2 参见王泽鉴:《契约上的不作为义务》,载《民法学说与判例研究》第8册,1996年版,第129页。

⑤3 参见[日]我妻荣:《债法分论》,岩波书店1963年版,第595页。转引自前引[2],孔祥俊书,第197页。

⑤4 关于竞业禁止协议,美国各州的规定并不一致,有些州认为这是一种限制竞争的行为,有违自由公平竞争原则,因此否认其效力。

⑤5 参见台北地方法院士林分院1991年诉字第421号判决,台湾最高法院1991年台上字第989号判决。转引自前引[24],徐玉玲书,第140页以下。

⑤6 参见台湾高等法院1991年203号判决。

⑤7 参见台北地方法院1991年劳诉字第30号判决。

西哥等少数国家,竞业禁止协议至今没有合法地位。^{⑤8}

竞业禁止协议除满足合理性条件外,还应具备合理补偿之要件。竞业禁止协议限制的是现代社会基本的竞争自由,雇员因承担竞业禁止义务,应该享有合理的对价补偿,这种补偿构成了雇员接受不竞业约束的对价,不进行补偿,有悖于公平与正义。各国对合理补偿在竞业禁止协议中的地位以及对协议效力的影响,做法不一。德国法律以补偿作为竞业禁止协议的必备条件,并规定竞业禁止期间,雇主应给予雇员离职前最后一年的年报酬的一半以上作为补偿,否则竞业禁止协议无效。^{⑤9} 法国法律规定,在竞业禁止期间雇主应当向雇员给付最后一年工资额的二分之一或者三分之一,但在两年内应当全额给付。而英国判例则认为,竞业禁止协议是否有效,只是根据其是否有合理性加薪判断,不涉及补偿问题。^{⑥0} 我国有关规章及地方法规也把合理补偿作为竞业禁止协议的必备要件。^{⑥1}

(三) 离职原因与竞业禁止义务的承担

竞业禁止协议一般多在雇员在职期间签订,作者认为,其效力不仅与协议的实体内容是否合法、限制是否合理有关,而且还应根据雇员的离职原因来确定其竞业禁止义务的承担。

1. 辞职:雇员的辞职可分为自愿辞职与被迫辞职。自愿辞职系雇员因个人因素而离职,是雇员真实意思的表示,这是最典型的离职原因。出现这种情况,既不归责于雇员也不归责于雇主,雇员应承担竞业禁止协议规定的不竞业义务。被迫辞职是雇员迫于雇主的压力而离职,雇佣关系的终止可归责于雇主,因此应认定竞业禁止条款对雇员失去效力。

2. 解雇:解雇可分经济解雇与惩戒解雇。经济解雇是因雇主经营上的原因而对雇员的辞退,雇员无离职的意愿,雇佣关系的终止不可归责于雇员,因此应认定竞业禁止条款失去效力。惩戒解雇是雇主因雇员违规等过错而对雇员的辞退,雇员虽无离职的意愿,但雇佣关系的终止应归责于雇员,因此对竞业禁止条款效力没有影响,雇员应承担不竞业的义务。

3. 合意终止:雇佣合同因当事人合意而成立,也可因当事人合意而终止。当雇员与雇主以协商一致的方式终止雇佣合同时,应协商确定雇员离职后是否承担竞业禁止义务。

4. 退休、调动、雇佣期届满、雇佣任务完成:这四种情况均属正常的离职,竞业禁止条款效力不受影响,雇员应按约承担不竞业的义务。

另外,竞业禁止协议的效力还与雇主企业的变更、终止有关。当企业的股权、股东发生变更时,由于竞业禁止保护的利益及必要性仍然存在,雇员的竞业禁止义务不受影响。当雇主

^{⑤8} 如墨西哥,竞业禁止协议均被认为不合法。墨西哥宪法规定:不得禁止任何人自由从事其选择的任何合法专业、职业或工商业经营。该自由权仅当第三方的权利受到侵害,或社会权利受到侵害时,方可由司法判决或行政机关依照法律规定予以限制。很显然,只有法院和行政机关可依法限制劳动自由和经营自由,当事人之间的竞业禁止协议缺乏法律依据。

^{⑤9} 参见德国商法第 74 条的规定。

^{⑥0} 前引 [24],徐玉玲书,第 150 页以下。

^{⑥1} 科技部《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:单位可与行政管理人员、科技人员和其他相关人员约定竞业禁止,凡有这种约定的,单位应向有关人员支付一定数额的补偿费。不支付或无正当理由拖欠补偿费的,竞业禁止条款自行终止。劳动部《关于企业职工流动若干问题的通知》第 2 条规定,竞业禁止协议中用人单位应给予职工一定数额的经济补偿。深圳特区《企业技术秘密保护规定》规定的补偿费为每年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三分之二,没有约定的,按最低标准计算;珠海特区《企业技术秘密保护规定》规定按双方的约定支付补偿费,没有约定的,年补偿费不得低于该员工离职前一年的报酬的二分之一。两条例还规定,当企业违反竞业禁止协议,不支付或无正当理由拖欠补偿费的,竞业禁止协议自行终止。

企业倒闭、停业或解散时，可视为原雇主保护的利益已不存在，雇员的竞业禁止义务可告免除。当雇主企业转行、变更原经营领域时，雇主原欲保护的竞业利益已不存在，因此竞业禁止协议失其效力。

(四) 违反竞业禁止协议的法律后果

负有竞业禁止合同义务的雇员，违反不作为义务，以积极的方式从事竞业行为，即构成违约。违反竞业禁止协议的民事责任方式有：

1. 停止侵害：离职雇员的竞业禁止义务是最典型的不作为义务。雇主可以将离职雇员立即停止竞业行为作为违约之诉的请求事项。

2. 违约金：在实践中，竞业禁止协议中几乎都有违约金的约定，因此当离职雇员违约时，雇主通常以给付违约金作为其诉讼请求。违约金约定过高的，法院依职权或依当事人申请，均可酌减至合理数额。

3. 损害赔偿：在许多国家，当事人如将违约金特别约定为惩罚性的，在雇员违约时，雇主除请求违约金外，还可请求损害赔偿。

4. 归入权：指雇员违反不竞业义务时，雇主有权请求将雇员因竞业活动所获利益收归己有。根据我国公司法第 61 条的规定，董事、经理违反法定竞业禁止义务时，公司享有归入权，可请求将义务人的违法所得，收归公司所有。在我国，对于约定竞业禁止，雇主不享有归入权。

对于雇员的违约行为，雇主可同时请求停止侵害和支付违约金（或损害赔偿），雇员给付违约金后，如尚在约定的竞业禁止期限内，仍应继续承担竞业禁止义务，该义务不因给付违约金而解除。从理论上讲，竞业禁止义务是竞业禁止期限内一个整体的不作为义务，雇员的违约行为只能视为一个违约的行为，因此雇主在竞业禁止中的违约金请求权应是一次性权利，雇主请求违约金仅以一次为限，雇员给付违约金后，如再违约，雇主仅能请求停止竞业以资救济，而不能再请求给付违约金。

Abstract : This paper discusses the relations between the prohibition of business strife and the protection of business secret. It analyzes the theoretical foundations of the prohibition of business strife, conflict of rights and the legal choice, business - strife - prohibition obligation, and business - strife - prohibition agreement for the protection of business secret. The paper also puts forward suggestions on the establishment of the system for prohibition of business strife and points out that the labor law should be modified as soon as possible to regulate the legal relations of the prohibition of business strife.
