

论劳动法视域下的离职竞业限制制度

杨显滨 侯立伟

内容提要 离职竞业限制作为衡平用人单位和劳动者之间利益的一种机制,既要保护用人单位的商业秘密,又要保障劳动者的劳动权和自主择业权。由于我国《劳动合同法》的相关规定过于笼统,处于弱势地位的劳动者的劳动权和自由择业权屡屡受到非法侵害,理想的平衡状态经常被打破,偏离了立法者的初衷。因此,应当对离职竞业限制的主体、地域、期限、补偿标准、违约责任、合法商业利益范围等进行重构,使其在保护用人单位商业秘密的同时,切实维护劳动者的劳动权和自由择业权。

关键词 离职竞业限制 剖析 重构

杨显滨,上海大学法学院讲师 200444

侯立伟,浙江桐乡市人民法院刑庭副庭长 314500

一、离职竞业限制概述

1. 竞业限制阐释

竞业限制,是指“民事法律关系中的当事人,根据合同或法律规定,一方享有权利而另一方负有义务,权利人可以要求义务人在一定期限内不得从事与自己的营业相同、类似或相关之营业,即有权限制义务人进行针对自己的竞争行为。”^[1]反映到劳动合同中,用人单位依据相关法律规定或与劳动者签订协议与劳动者约定,要求劳动者在一定期限内不得从事与自己的营业相同、类似或相关之营业,即有权限制劳动者进行针对自己的竞争行为。

竞业限制可作不同分类。依据竞业限制是否由法律直接作出明确规定,可分为约定竞业限制和法定竞业限制。约定竞业限制是指基于劳动者和用人单位的约定而产生的竞业限制;法定竞业限制是指从立法层面对竞业限制的范围、地域、经济补偿金标准、违约金最高数额等做出明确规定,与法定竞业限制不同的是,约定竞业限制将上述事项交由雇主及雇员自由协定^[2]。此外,根据负有竞业限

本文为范进学教授主持的2011年国家社会科学基金项目“法律原意主义解释方法论”(项目编号:11BFX004)阶段性成果之一。

[1] 龚振坤:《竞业禁止初探》,〔武汉〕《法商研究》1995年第5期。

[2] 马蓉蓉:《离职竞业禁止的合理性研究》,〔兰州〕《甘肃政法学院学报》2007年第5期。

制义务人所处的时期不同,可以分为在职竞业限制和离职竞业限制。所谓在职竞业限制,是指劳动者于在职期间,不得到与本单位生产或经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位,或自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。离职竞业限制则是指劳动者根据法律规定或与用人单位的约定,在离职后一定期限内,不得从事上述行为。限于篇幅,本文仅讨论离职竞业限制。

2. 离职竞业限制法益考量

竞业限制制度自产生以来,虽然理论界和实务界的批评不绝于耳,但其作为一种利益衡平机制,最终在许多国家得以保留。其最大的目的在于衡平用人单位和劳动者之间的利益,这种衡平既要体现对用人单位商业秘密的保护,又要严守契约自由,保护公平竞争,提倡适度知识产权保护,通过对劳动者在一定期间的竞业限制,使二者在一定程度上能够实现利益的最大化^[1]。

有学者认为,法律在平衡两种利益时,用人单位的商业秘密的保护应该受到限制,保护商业秘密不能事实上剥夺弱势地位劳动者的生计,危及到劳动者的生存,限制了择业自由^[2]。上述观点价值衡量上倾向于优先保护劳动者的择业自由权,当发生冲突时,法律应当限制甚至牺牲用人单位的商业秘密。而英美等西方国家立法与司法趋向是,在承认离职竞业限制协议效力的同时,对其进行谨慎而严格的合理性审查,以便在保护用人单位商业秘密权的同时,强化对劳动者这一弱势群体生存权和就业权的保护^[3]。笔者认为,在离职竞业限制价值判断上,应该对劳动者境遇及利益的考量适度倾斜,因为只有适度倾斜,才能弥补劳动者与用人单位协商时地位的不对等,进而达到适度倾斜下的平衡与公平。当然,也要警惕单方思维在劳动法学研究中的蔓延,如单方保护、单方自由、对单方要求诚信、防止单方欺诈等,因为当社会放弃对劳动者的诚信要求时,我们的社会必然陷入某种混乱^[4]。

二、离职竞业限制的法理依据

1. 后合同义务。我国《合同法》第92条规定:“合同的权利义务终止后,当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”该条是关于后合同义务的规定,其所依据的是诚实信用的民法基本原则,目的是为了处理合同善后终了事务,巩固合同效果,实现双方利益的最大化。据此,崔建远老师有过比较精炼的阐述,所谓后合同义务是指“合同关系消灭后,当事人依诚实信用原则应负有某种作为或不作为义务,以维持给付效果,或协助对方处理合同终了的善后事务。”^[5]离职竞业限制协议或劳动合同附带离职竞业限制条款都应当受到《合同法》的调整和拘束,因为其本质上都是合同的一种表现形式,那么,合同当事人必然负有后合同义务。假如违反后合同义务,合同当事人应当像违反其他合同义务一样,“产生债不履行责任,赔偿相对人的实际损失。”^[6]因此,劳动者虽然与用人单位终止或解除了劳动合同,但作为劳动合同的当事人应当有条件(用人单位给予其合理的经济补偿)地负有后合同义务,依照诚实信用原则协助用人单位处理善后终了事务,以巩固劳动合同效果。这里提及的“善后终了事务”就是在一定期间内保守用人单位的商业秘密,防止因其不当泄露而给用人单位带来不必要的经济损失,也就是我国《合同法》第92条规定的后合同义务。由此可见,离职竞业限制作为用人单位对离职劳动者的一种法律拘束,是以后合同义务为依据的,有其存在的法理基础和必然性,应当给予充分肯定。

[1]单海玲:《雇员离职后的竞业禁止》,〔北京〕《法学研究》2007年第3期。

[2]陈松:《浅析雇佣关系中的商业秘密保护与竞业限制制度》,〔合肥〕《安徽农业大学学报》(社会科学版)2003年第3期。

[3]祝磊:《竞业禁止协议法律规制的国际比较与借鉴》,〔济南〕《山东社会科学》2008年第1期。

[4]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》,〔上海〕《法学》2010年第10期。

[5]王利明:《民法》,〔北京〕人民出版社2006年版,第427页。

[6]崔建元:《合同法》,〔北京〕法律出版社2010年版,第90页。

2. 忠实义务。忠实义务源于英国法上的主仆关系之理论,简而言之,雇主应当善待雇员,对雇员的使用应当合乎情理,不得侵犯雇员的合法权益,并在一定程度上保护雇员的人身健康和安。与此相对应,雇员应当忠实于雇主,提供一定质量的服务,以适当的态度对待雇主,积极维护雇主的利益,不得非法侵害雇主的正当权益^[1]。有学者认为,这些忠实义务是“诚实信用原则及其衍生的雇员对雇主忠实义务在法律上的要求”^[2]。也有学者认为,“忠实义务在英国法上不被看作为法定义务,它被法院视为劳动合同的默示义务,因此无论劳动合同是否做出明确约定,忠实义务是劳动者必然负担的合同义务。”^[3]但无论是把忠实义务看成是“法律上的要求”还是“默示义务”,雇员都应当保守其所获知的雇主的商业秘密,防止因商业秘密泄露给雇主合法权益造损害是可以肯定的,且这种忠实义务不仅仅体现在在职期间,“有时即使在劳动关系结束后亦应基于诚信,尽一定之保密与竞业禁止义务。”^[4]由此,不难看出,不管我们把“忠实义务”看作是“法律上的要求”还是“默示义务”,其内涵都不可避免地包含了劳动者应当保守用人单位商业秘密的义务,反映在离职状况下就是离职竞业限制协议或条款对劳动者的约束,但前提条件是双方自愿,且用人单位向劳动者给予合理的经济补偿。据此,要求劳动者履行其自愿签署的离职竞业限制协议或条款是诚实信用的民法基本原则所延伸出来的忠实义务的基本要求,为离职竞业限制制度提供了强有力的法理支撑。

3. 公平原则。公平观念是自然法的主旨和精髓,它起源于古希腊,那时人们认为自然法就是公平正义,公平正义就是自然法,如果一项法律体现了公平正义就是“良法”,反之,则为“恶法”,就应当进行改造或废除。对此,罗尔斯有过精辟的阐述,他认为:“正义是社会制度的首要德性,正像真理是思想体系的首要德性一样。一种理论,无论它多么精致和简洁,只要它不真实,就必须加以拒绝或修正;同样,某些法律和制度,不管它们如何有效率和安排有序,只要它们不正义,就必须加以改造或废除。”^[5]时至今日,世界各国法律仍然或多或少地受到自然法公平正义观的影响,我国也不例外,《民法通则》第4条作了关于“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”的规定。《合同法》第5条作了关于:“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务”的规定。就离职竞业限制制度而言,如果法律允许劳动者在与单位解除或终止劳动合同后可以不履行其自愿签署的离职竞业限制协议或条款,任意泄露其掌握的用人单位的商业秘密,毫无疑问,这将给用人单位造成巨大的经济损失,助长“恶意跳槽”之风,严重扰乱社会经济秩序。很显然,劳动者不遵守离职竞业限制协议或条款的行为与自然法语境下的我国《民法通则》和《合同法》所确立的公平原则相违背,如果法律对此给予肯定,那么这样的法就是“恶法”,人民没有必要遵守和执行这样的法律。因此,我国《劳动合同法》确立了离职竞业限制制度是合理的,符合自然法公平正义的基本原则,反映了我国《民法通则》和《合同法》的基本宗旨,也是维护社会主义市场经济秩序的基本要求。在劳动者自愿签署离职竞业限制协议或条款并获得合理经济补偿的基础上,必须严格履行离职竞业限制协议或条款,保护用人单位的商业秘密,不得非法侵害其合法权益,否则需对用人单位承担违约责任,也是自然法及我国《民法通则》和《合同法》的基本要求。

4. 公序良俗。公序良俗由公序和良俗两部分构成,前者是指社会存在及其发展所需要的一般秩序;后者是指善良风俗,即维持社会存在及发展的一般道德。由于公序良俗关系到社会的存在及发展,所以其在大多数国家的法律中得到认可,并确定为指导原则。我国《民法通则》第7条规定:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,扰乱社会经济秩序。”《民法通则》第58条第5款规

[1]郑尚元:《员工竞业禁止研究》,〔北京〕《现代法学》2007年第4期。

[2]许明全、袁文全:《离职竞业禁止的理论基础与制度设计》,〔上海〕《法学》2007年第4期。

[3]黎建飞、丁广宇:《竞业禁止义务规范研究——以英国法为比较视角》,〔北京〕《法学杂志》2006年第4期。

[4]黄越钦:《劳动法新论》,〔北京〕中国政法大学出版社2003年版,第175页。

[5][美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀钢、廖申白译,〔北京〕中国社会科学出版社2009年版,第3页。

定：“违反法律或者社会公共利益的”行为无效。我国《合同法》第7条规定：“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。”从我国《民法通则》和《合同法》的相关规定不难看出，我国同大多数国家一样，都把公序良俗作为其指导原则之一，这反映了公序良俗对社会存在及发展的重要性，如果一项民事行为违反了公序良俗原则就应当认定为无效。因此，劳动者在与用人单位解除或终止劳动合同后，应当按照其与用人单位所签署的离职竞业限制协议或条款，严守其所掌握的用人单位的商业秘密。否则，在给用人单位造成巨大经济损失的同时，也扰乱了正常的社会经济秩序，违反社会公德和社会公共利益，应当按照《劳动合同法》的相关规定承担违约责任。

三、现行离职竞业限制制度解读

我国《劳动法》第22条关于保护商业秘密条款的规定及《劳动合同法》第23条、第24条对竞业限制协议的签署、经济补偿、人员范围、限制范围、地域、期限等规定，为竞业限制制度在劳动合同中的应用提供了法律依据，但属于原则性规定，总体上过于笼统，没有予以细化，可操作性不强。

1. 约定竞业限制立法模式的辩证考量

我国《劳动合同法》第23条第2款规定：“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。”用人单位和劳动者可以根据契约自由原则来决定是否订立竞业限制协议或在劳动合同中附带竞业限制条款，但竞业限制协议或条款一旦订立或签署，用人单位和劳动者都要受到拘束，用人单位应当按照竞业限制协议或条款的规定，每月给予劳动者一定的经济补偿，而劳动者则在解除或终止劳动合同后不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或自己开业生产或经营同类产品、从事同类业务，以保护用人单位的商业秘密，维护其商业利益。否则，劳动者应当向用人单位支付一定数额的违约金。从法律规范本身而言，我国《劳动合同法》第23条第2款在保护用人单位商业秘密以维护其经济利益并对宪法所赋予的劳动者生存权语境下的就业权和劳动择业权进行限制的同时，通过合理的经济补偿对劳动者进行有效的保护。遗憾的是，由于该条款仅规定应当对劳动者给予补偿，却没有对经济补偿的具体标准进行定位，从而导致在现实生活中劳动者所得到的经济补偿不足以弥补其因受到竞业限制协议或条款限制所造成的损失。

我国《劳动合同法》(公开征求意见稿)选择了法定竞业限制立法模式，而《劳动合同法》(二审稿)改为约定竞业限制立法模式，最终《二审稿》基本上得到了立法认同。但是，约定竞业限制立法模式弊端很快凸显出来，《劳动合同法》对经济补偿金的标准、支付方式及经济补偿金与竞业限制关系等，采取回避的态度，导致了各地各自出台指导性意见、实施办法和内部规定，以统一审判和仲裁口径，但各地的这些规定、办法互不统一，各自为政，甚至与法律意旨不同或相反。在该类案件的处理中，各地法院判决尺度、标准不一，当事人对判决难以信服，从而导致司法权威受损，司法公信力受挫^[1]。

2. 私权恣意扩张下的竞业限制适用主体泛化

我国《劳动合同法》第24条第1款规定：“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。”由此可以看出，《劳动合同法》将竞业限制适用主体限制为用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员，因此，竞业限制的适用主体具有特

[1]如上海高院《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》(沪高法[2009]73号)、《江苏省劳动合同条例》《浙江技术秘密保护条例》、《天津市劳动和社会保障局关于保守商业秘密协议、支付违约金和就业补助金等有关劳动合同问题的通知》、《珠海市企业技术秘密保护条例》、《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》等。

定性,适用主体的特征是掌握或接触了用人单位商业秘密的人员,并非每位员工都需与用人单位签订竞业限制协议。但是在实践中,“其他负有保密义务的人员”的范围如何界定,其标准是什么?由于缺乏法律的明确规定,用人单位往往不作区分,一些企业在招聘员工时,签订劳动合同的同时,附带签订一份竞业限制与保密协议,而签订协议的部分员工根本不接触商业秘密,属于“无密可守”的人员。笔者认为,用人单位保密意识的增强固然是好事,但是,若出现理解和适用的偏差,最终会违背该项制度设立的初衷。

3. 地位失衡语境下的竞业限制协商主体

我国《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商业秘密的有关事项。”该条表明商业秘密保护条款的订立没有硬性要求,完全基于用人单位和劳动者的自愿,以充分体现了民法意思自治原则。此外,《劳动合同法》第23条第2款、第24条将竞业限制的范围、地域、期限以及竞业限制经济补偿金支付时间、标准交由用人单位和劳动者自由协商,法律层面并未作明确规定,赋予了用人单位和员工较高自由度,似乎也遵循了私法自治的民法基本原则。但是,对于处于相对弱势地位的劳动者来说,在社会竞争激烈、就业难的情况下,其在和用人单位签署劳动合同时,对劳动合同所包含的竞业限制条款或另外签署的竞业限制协议毫无讨价还价的余地,契约自由无从谈起。用人单位往往提供的是事先拟定好的格式条款,劳动者没有选择的空间,私法自治原则名存则实亡。如何对竞业限制的人员范围、限制的范围、地域和期限进行了合理的规制,是立法者应当思考的关键性问题。

四、劳动法视域下离职竞业限制制度的重构

综上所述,相关法律关于离职竞业的限制性规定已在一定程度上偏离了立法者的本意,其真正的制度优势没有得到充分的发挥。基于此,应当从离职竞业限制的主体、商业利益范围、协议或条款的存在、地域、期限、补偿和违约责任入手,对我国离职竞业限制制度进行重构,以使离职竞业限制制度能够发挥其应有的作用,有效解决司法难题,引导司法实践走出困境,争取实现用人单位和劳动者利益的最大化,促进社会的和谐与稳定。具体阐述如下:

1. 义务主体的严格限定

离职竞业限制主要用来约束与用人单位有劳动合同关系的劳动者,但不能理解为所有的劳动者。用人单位应当尽可能缩小可能知悉其商业秘密的人员范围,以使劳动者与用人单位解除或终止劳动合同后,仅有个别劳动者负有竞业限制义务。如果用人单位为了维护其利益而非法地对每一个劳动者施加竞业限制义务,将严重侵犯劳动者的劳动权和自由择业权。我国《劳动合同法》第24条第1款作出了关于:“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员”的规定,虽然对负有竞业限制义务的人员范围进行了限定,但其范围仍然过大,从而会使不应当负担竞业限制义务的劳动者可能受到离职竞业限制协议或条款的拘束。该条所宣称的“用人单位的高级管理人员、高级技术人员”与普通劳动者相比更容易接近或获知用人单位的商业秘密,但并不是每一个高级管理人员和高级技术人员都能在客观上接触到或获知用人单位的商业秘密。在这种情况下,作为弱势群体的劳动者如果一旦被用人单位定义为高级管理人员或高级技术人员,在与用人单位签署劳动合同时,用人单位就会依据该条要求劳动者另外签署离职竞业限制协议或在劳动合同中附带竞业限制条款,劳动者者毫无还手之力,因为毕竟《劳动合同法》第24条第1款赋予了用人单位这种权利,当然劳动者可以拒绝,然而即使其再去其他用人单位,仍然面临同样的困境,最终劳动者只能接受竞业限制条款的约束,这时宪法所赋予的其生存权语境下的劳动权和自由择业权将受到严重的侵犯。因此,我国《劳动合同法》第24条第1款把离职竞业限制主体的范围限定在“用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员”是不妥当的,应当把离职竞业限

制的主体限制在“特定的接触、知悉商业秘密的雇员”^[1],以防止用人单位应用离职竞业限制协议或条款侵犯劳动者的劳动权和自由择业权。

2. 商业利益的合理限制

离职竞业限制制度在某种程度上是为了保护用人单位的商业利益,但商业利益的保护应当限制在合法的范围内,不宜无限扩大。《德国商法典》第74a条第1款规定:“以禁止竞业不用于保护业主的正当营业利益为限,禁止竞业不具有拘束力。”该条认为离职竞业限制协议以保护用人单位的“正当营业利益为限”,即所保护的商业利益必须合法。那么,哪些商业利益是合法的,对此,不同国家和地区有不同的认知。美国加利福尼亚州的判例表明,合法的商业利益仅限于用人单位的商业秘密。近年来,我国司法实践也逐步缩小合法商业利益的范围,将其仅仅限制在商业秘密领域范围内。应当说,关于合法商业利益的界定问题是一个价值取向问题,不同的国家和地区有不同的考量。由于我国正处于并将长期处于社会主义初级阶段,面临人口众多,劳动力丰富,但整体素质不高,流动性大的问题,且这种状况在短时间内将无法改变。如果把用人单位的合法商业利益范围设置过宽,将严重阻碍劳动力在市场上的流动和合理配置,同时,对整体素质不高的劳动者来说,要求其在短时间内了解繁琐而复杂的外延积极广泛的合法商业利益是一种奢望,即使我国设置了范围较广的合法商业利益范围,也不会得到有效地贯彻和实施,这样的法律将变成一纸空文,形同虚设。此外,更令人担忧的是,合法商业利益的宽泛化设置将不可避免地侵害宪法所保护的生存权语境下的劳动权和自由择业权,这是不恰当的。因此,根据我国现有国情,应当对合法商业利益进行限缩解释,限制在商业秘密范围内,使其在保护用人单位合法商业利益的同时,切实维护好劳动者的劳动权和择业自由权^[2]。

4. 竞业限制的约定产生

我国《劳动合同法》第23条第2款规定:“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。”该条表明劳动者解除或者终止劳动合同后,如果想要从用人单位那里按月获得经济补偿,就必须与用人单位签订离职竞业限制协议或在劳动合同中约定离职竞业限制条款,也就是说,劳动者获得经济补偿的前提条件是离职竞业限制协议或条款的存在。同理,用人单位如果主张劳动者承担违约责任,其前提也必须是用人单位和劳动者已经签署了离职竞业限制协议或在劳动合同中附带有离职竞业限制条款,否则违约责任也将无从谈起。由此可见,离职竞业限制协议或条款的存在尤为重要,不但是劳动者要求用人单位按月支付因其负担竞业限制义务而获得经济补偿的依据,而且是用人单位在劳动者违反离职竞业限制义务时主张劳动承担违约责任的依据。那么,在这种情况下,离职竞业限制协议或条款的存在成为用人单位主张劳动者承担竞业限制义务的前提条件,否则,劳动者与用人单位解除或终止劳动合同后,无需承担竞业限制义务,可以根据自己的意志自由地行使劳动权和择业权,用人单位无权干涉。

4. 地域、期限的合理跨度

(1)地域。关于离职竞业限制的地域问题,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《债法典》第340条规定:“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。”上述两国都对离职竞业限制的区域范围进行了合理限制,比利时主要限制在其国内;而瑞士作了原则性的规定,即“应当进行合理的限制”,以不妨碍雇员生计为底线。在美国,离职竞业限制制度经历了一个

[1]李佳勋:《浅析劳动合同中的竞业禁止条款》,〔长春〕《当代法学》2007年第3期。

[2]盛建:《约定竞业禁止的比较法分析》,〔北京〕《司法论坛》2005年第2期。

由否定到有条件肯定的过程,如果离职竞业限制协议限定的地域范围过宽,往往被认定为无效。我国《劳动合同法》未吸收《劳动合同法》(草案)中关于地域限制的规定,完全交由用人单位和劳动者自行约定,但对于面临强大就业压力的弱势劳动者来说,在与用人单位签署劳动合同时,没有太多的选择余地,只能在用人单位所提供的附有宽泛地域限制的劳动合同上签字,严重侵犯劳动者的劳动权和自由择业权,不但违反民法公平原则,也不利于公平正义的社会主义法治理念的贯彻和实施。故而,应对离职竞业限制的地域范围作出较为明确的界定,可以考量以下几个方面的因素:工商登记行政级别、交易对象、竞争者的地域范围。在地域限制合理性审查时,应一般按照登记行政级别地域为限,如果用人单位提出异议,应举证证明其交易对象、竞争者跨越所登记的行政区域,否则,承担举证不能的法律后果^[1]。

(2)期限。离职竞业限制期限是竞业限制制度所要解决的关键性问题,它关乎劳动者权益的保护,涉及宪法保障生存权语境下的劳动权和择业自由权保护。如果离职竞业限制期限过短,用人单位的商业秘密将得不到有效保护,容易给用人单位造成巨大经济损失。但如果只保护用人单位的商业秘密,而设置过长的离职竞业限制期限,劳动者在与用人单位解除或终止劳动合同后,在相当长的时间内不能自主择业,不仅会造成社会人力资源的浪费,而且影响劳动者乃至其家人的生计。对此,域外国家大多对离职竞业限制的期限作出了相应的规定,如瑞士《劳动合同法》规定不超过3年,德国《商法典》规定不超过2年,意大利《民法典》规定,高级职员不超过5年,一般职员不超过3年^[2]。我国《劳动合同法》第24条第2款规定:“在解除或者终止劳动合同后,前款规定的人员到与本单位生产或经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位,或者自己开业生产或经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限,不得超过二年。”虽然各国对离职竞业限制的期间有不同的规定,但离职竞业限制期间应当考虑影响其长短的因素,根据不同的情况,具体问题具体分析。具体而言,离职竞业限制时间跨度合理性应从以下三个因素考量:一是员工在用人单位所处的岗位;二是员工接触的商业秘密的等级;三是该商业秘密在同行业中所具有的竞争力生命周期。上述是离职竞业限制的最高期限限制,还要结合不同行业、商业秘密等级、员工所处岗位等,对离职竞业限制的期限进一步作区分,这样,可以将氯离子竞业限制所产生的限制竞争、束缚劳动者自由择业的负面效应降至最低。

5. 经济补偿的兜底保障

《劳动合同法》(草案)曾规定,离职竞业限制经济补偿金不得少于劳动者在该用人单位的年工资收入,但正式出台时,没有采纳草案关于该条的规定,而是赋予当事人自主协商的自由。各地出台的指导性意见、实施办法和内部规定所确定的标准也不统一。《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》第24规定:“竞业限制协议约定的补偿费,按月计算不得少于该员工离开企业前最后十二个月月平均工资的二分之一,约定补偿费少于上述标准或未约定的,按上述标准计算。”《江苏省劳动合同条例》规定:“经济补偿额不得低于该劳动者离开用人单位前十二个月从该用人单位获得报酬的三分之一。”而《浙江省技术秘密保护办法》第15条规定:“该标准由双方协商确定,没有确定的,年度补偿费按合同终止前最后一个年度劳动者从权利人处所获得报酬总额的三分之二计算。”尽管当前立法虽未统一规定经济补偿的底限,一些地方也是双方未明确约定情况下兜底性规定,立法者可以结合劳动者的生活水平、在用人单位的技术能力水平以及当地物价水平等确定合理的补偿标准,建议劳动合同法修订时应确定补偿数额以上一年度劳动者工资总额的二分之一为底限。理由是,我国《劳动合同法》第24条第2款仅规定在解除或者终止劳动合同后,负有竞业限制义务的劳动者不得到与本单位生产或经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位,或者自己开业生产或经营同类

[1]郑瑞琨、王芳:《竞业禁止协议若干问题研究》,《北京科技大学学报》(社会科学版)2007年第1期。

[2]徐国栋:《罗马法与现代民法》,〔北京〕中国法制出版社2000年版,第336页。

产品、从事同类业务,并没有限制劳动者到与本单位没有竞争关系的其他单位或从事与本单位没有竞争关系的其他业务,劳动者虽然在就业范围上受到一定限制,但其就业空间还是很大的,只是不能很好地发挥其在前用人单位所施展的相关才能,所以确定用人单位对负有竞业限制义务的劳动者补偿限定在上一年度劳动者工资总额的二分之一是合理的^[1]。

6. 违约金的适度控制

我国《劳动合同法》第23条第2款规定:“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。”与经济赔偿金一样,《劳动合同法》也没有规定违反竞业限制义务的违约金标准,而交由用人单位与劳动者协商确定。在笔者审理的离职竞业限制纠纷案件中,协议约定用人单位每月给付劳动者经济赔偿金500元,劳动者违反离职竞业限制约定的,则应向用人单位支付违约金600000元,那么该约定是否有效,是否公平合理呢?契约自由是合同法的基本原则,但契约自由不是无限制的自由,应当遵循公平合理、平等自愿的基本原则,上述约定从形式上似乎并不违反法律规定,但是实质上违反了劳动合同法的公平原则。对违约金标准合理性审查时,法院应结合商业秘密的级别、潜在商业价值、经济赔偿金标准等,违约金应适度“消肿”,而不应不作审查直接根据违约金的约定作出裁判。如果劳动者与用人单位约定的违约金明显超出了合理范围,劳动者可以依据我国《合同法》第54条关于“下列合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销:(一)因重大误解订立的;(二)在订立合同时显失公平的”的规定,请求人民法院或者仲裁机构变更或撤销离职竞业限制协议或条款。因此,关于违反离职竞业限制协议或条款的违约金数额问题,一方面建议立法者应当根据商业秘密的级别、潜在商业价值、经济赔偿金标准等来确定离职竞业限制违约金的数额。另一方面建议劳动者在与用人单位解除或终止劳动合同后,如果发现离职竞业限制协议或劳动合同中的离职竞业限制条款显失公平,可以按照我国《合同法》第54条的规定,请求人民法院或仲裁机构变更或撤销离职竞业限制协议或劳动合同中的离职竞业限制条款,保障其离职后的劳动权和自由择业权,维护自身合法权益^[2]。

[责任编辑:钱继秋]

Discussing On Non-competition After Demission System In China Under The View Of Labour Law

Yang Xianbin Hou Liwei

Abstract: Non-competition after demission is regard as a kind of mechanism which balances the interests between employers and employees, not only does it protect employer's business secret, but also it ensures the labor rights and the right of choosing a career freely in the context of right of existence that the constitution endows. But because the relevant provisions in Labor Contract Law of China are too general, so that the labor rights and the right of choosing a career freely employees who are in a weak situation owns are infringing frequently, the ideal balance often is broken, which deviates from the original intention of the legislators. We should reconstruct towards the subjects, the sign of contract or agreement, the fied, the term, the standard of compensation, the liability for breach of contract, the scope of the legitimate commercial interests of non-competition after demission, which makes it can maintain the labor rights and the right of choosing a career freely when it protects the employers' commercial secret.

Keywords: non-competition after demission; analysis; reconstruction

[1]姜颖:《劳动合同法》,〔北京〕法律出版社2006年版,第146页。

[2]袁绍义:《劳动合同法理论与实务研究》,〔北京〕光明日报出版社2010年版,第82页。