www.shfzb.com.ci

【摘要】

随着经济的不断发展,各类市场主体间的竞争日渐激烈,越来越多的用人单位要求签订竞业限制协议,以保护商业秘密不受侵犯。但竞业限制对劳动者进行再就业造成的障碍也切实存在,从而也引发了一系列该类性质的劳动合同纠纷案件。本文以腾讯诉徐振华案为视角,研究竞业限制的特点及要件,结合外国立法对竞业限制的规定,分析我国竞业限制制度的弊端并提出合理性对策。

论商业秘密保护中的竞业限制制度

□钟美英

近日,上海一中院二审判决,腾讯前员工徐振华因违反竞业限制条款,赔偿腾讯公司 1940 万元,创下了竞业限制类案件的最高赔偿纪录。徐振华曾任腾讯游戏高级研发员,负责网游开发运营,于 2009 年 4 月加入腾讯公司,并多次签订《保密与不竞争承诺协议书》。徐振华在职期间,在同行领域内成立公司,离职后又成立了两家公司,前后研发出多款与腾讯研发的游戏相似的游戏产品。腾讯随即以徐振华违反《协议书》为由,将其告上法庭,索赔 2300 多万元。法院一审判决徐振华违反竞业限制约定,需向腾讯支付违约金 372 万余元,但双方均不服并提起上诉。二审判决,徐振华按照双方协议约定,返还其基于腾讯授予股票获得的所有实际收益,向腾讯方面支付人民币 19403333 元。

随着文化创意产业的兴起,违反竞业限制引发的案件呈多发趋势,类似的案件还有百度起诉多名前员工在竞业限制期内进入高德地图案、腾讯诉网红主播"张大仙"及斗鱼案等,笔者就以近期的腾讯诉徐振华案为视角,尝试探讨我国竞业限制制度。

一、竞业限制概述

(一) 竞业限制的概念

竟业限制是指为防止商业秘密在 同行业间的泄露,用人单位与承担保 密义务的劳动者约定,劳动者在离开 用人单位一定期限内不得自营或者为 他人经营与原用人单位有竞争的业 务,用人单位将给予劳动者一定经济 补偿。我国《劳动合同法》第23条 对竞业限制作出明确性规定,以保护 用人单位的商业秘密为自己和他人谋利 益,从而维护正常的市场经济秩序。

竟业禁止作为一种法律制度,最早出现于民法的代理人制度中,旨在防止代理人对被代理人利益的侵害,后来随着商业秘密保护程度的深入,竟业禁止制度适用范围不断扩大,竟业禁止就成为针对所有的与特定营业有特定民事关系的特定人所谓的竞争性行为的禁止。

(二) 竞业限制的特征

1.竟业限制是一种约定义务。竟业限制期内,劳动者须遵守合同义务,用人单位则按约定向劳动者支付经济补偿。竞业限制协议签订后,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;用人单位违反约定未支付补偿,且劳动者经催告后仍不支付,此时劳动者可以行使对竞业限制协议的合同解除权,免除相应的竞业限制义务。

2.竞业限制对象特定性。针对的 对象仅限于知悉用人单位商业秘密的 离职人员。而针对在职人员的商业秘 密保护措施,我国《公司法》第 149 条予以明确规定。

3. 竞业限制具有阶段性。我国 《劳动合同法》第24条第2款明确规 定,期限计算起点必须是劳动者离职 后开始计算,且最长不能超过2年。

二、竞业限制协议的合理性要件

(一) 可保利益

竞业禁止制度目的是保护用人单位的商业秘密,因此,用人单位是否有可保利益即商业秘密的存在,就成为了竞业限制协议合理性的首要标准。根据我国《反不正当竞争法》第10条第3款规定,商业秘密必须同时满足三个条件;秘密性、实用性和价值性、管理性,只有当用人单位确实存在需要保护的商业秘密,那么才算具备可以签订竞业限制协议的必要条件。

(二) 书面形式

竞业限制协议必须采用书面的形式,在协议中明确约定竞业限制义务的时间、竞业限制的具体业务范围、地域范围以及补偿数额、支付方法等。一般通过两种方式来设定,一种是签订专门的竞业限制协议,另一种是在劳动合同或者保密协议中设定竞业限制的相关条款。必须明确的是,若用人单位和劳动者只约定保密协议,而没有约定竞业限制条款,则"保密协议"有效,但是不发生竞业限制的法律效力,劳动者不需要履行

(三) 有限制的主体范围

竞业限制的义务

竞业限制协议是用人单位与劳动 者签订的,但不是规制所有劳动者。 《上海市劳动合同条例》的规定,签 订竞业限制协议的劳动者只能是"负 有保守用人单位商业秘密义务的劳动者"。也就是说,签订协议的义务主体应当限制在能够接触或掌握企业商业秘密的劳动者,与只具有普通技能且未接触到单位商业秘密的劳动者签订的竞业限制协议原则上无效。

(四) 明确的违约责任

在竞业限制协议中,劳动者的违约责任应当通过事先约定加以明确。在用人单位按协议支付了经济补偿金后,一旦劳动者违约就必须承担相应的违约责任。在协议中可直接约定一定数额的违约金,也可约定违约金的计算公式。违约金的具体数额我国法律并未明确规定,但违约金不得过高,否则无效。按照《上海市劳动合同条例》的规定,如果违约金不得过高或者偏低,协议双方可以要求适当降低或者提高。若在协议中还约定了赔偿责任,那么违约金不足弥补实际损失时,违约者还应支付相应的赔偿金。

(五) 竞业限制期限

限制协议中必须明确写明竞业期限,由双方根据根据商业秘密的价值、竞争优势的持续时间以及劳动者掌握秘密的程度等协商确定。我国法律规定了最长限制期限为2年,双方在协商确定期限时必须严格遵守,不得随意超越,否则会造成协议条款无

三、我国竞业限制立法的现状及不足

(一) 立法现状

我国关于竞业限制没有完善的立法体系,主要散见于《劳动法》、《劳动合同法》及劳动法相关的司法解释、部门规章、地方法规和规章之中。

- 1.《劳动法》第22条、第102条,规定了竞业限制主体为"劳动合同当事人",竞业限制对象为"约定保守用人单位的商业秘密有关事项",以及劳动者违约需承担责任。
- 2.《劳动合同法》第23条规定了竞业限制主体为"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",竞业限制对象为"商业秘密与知识产权相关保密事项,"并规定约定期限不得超过两年。第24条规定了竞业限制的范围,第90条规定劳动者违约应当承担赔偿

这是我国法律第一次明确肯 定了竞业限制的存在并确认了竞 业限制相关内容。

3.《最高人民法院关于审理 劳动争议案件适用法律若干问题 的解释(四)》第6条、第7条、 第8条、第9条及第10条,规 定了竞业限制适用的诉讼程序规 则,以及经济补偿金数额的计算 方式等方面,又进一步完善了 《劳动合同法》对竞业限制的规 定

- 4.《上海市劳动合同条例》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,并约定在终止或解除劳动合同后,给予劳动者经济补偿"。
- 5.《公司法》第149条规定: "(五)未经股东会或者股东大会 同意,利用职务便利为自己或者 他人谋取属于公司的商业机会, 自营或者为他人经营与所任职公 司同类的业务;(七)擅自披露 公司秘密;(八)违反对公司忠 实义务的其他行为。董事、高级 管理人员违反前款规定所得的收 人应当归公司所有。"上述规定 说明我国《公司法》确认了违反 竞业禁止义务所得的收入应当收 归公司所有。
- 6.《合伙企业法》第32条规定: "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。这是其他法律在各个不 同时期对竞业限制的认识。"
- 7.《个人独资企业法》第 20 条规定: "投资人委托或者聘用 的管理个人独资企业事务的人员 不得有下列行为: (六) 未经投 资人同意, 从事与本企业相竞争 的业务。"

(二) 立法存在的不足

一是竟业限制的主体范围不明确。《劳动法》规定竟业限制主体为"劳动合同当事人",《劳动合同法》第23条规定了竞业限制主体为"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",虽然《劳动合同法》对竞业限制条款进一步细化了主体范围,但是对于"其他负有保密义务的人员"应该作如何解释并没有作明确的界定。

二是竞业限制的范围、地 域、期限不明确。签订竞业限制 协议时,用人单位希望范围、地 域和期限最大化, 而劳动者希望 这三者最小化。 《劳动合同法》 第24条第2款仅对期限的最长 时间作了限定, 《劳动合同法》 第 24 条第 1 款规定: "竞业限 制的范围、地域、期限由用人单 位与劳动者约定, 竞业限制的约 定不得违反法律、法规的规定" 协议内容规定模糊,只能由用人 单位和劳动者自行约定。

三是经济补偿、违约金,赔偿责任规定不明确。虽然《劳动合同法》第23条第2款规定了经济补偿和违约金,《劳动法》第102条、《劳动合同法》第90条规定了劳动者的赔偿责任,但都是概括性规定,未作详细规定,实践中操作混乱,以致立法与实践无法有效衔接。

四、对我国竞业限制立法的思考

(一)明确竞业限制的主体 范围

我国立法应当明确竞业限制 主体范围,特别是《劳动合法》 第24条"其他负有保密义务的 人员"予以明确,以免被用人单 位无限扩大化理解。笔者认为, 我国可以将判断劳动者是否能够 成为竞业限制的主体的权力赋予 法院, 法院将该项作为认定竞业 禁止协议是否合法有效的标准之 在审理案件时,应当由用人 单位举证劳动者系知悉其商业秘 密的员工。法院通过用人单位的 举证,结合劳动者在用人单位所 担任的具体职务、从事行业的性 质等方面来判断劳动者是否能成 为竞业限制的主体。否则,一日 用人单位滥用"其他负有保密义 务的人员"这个兜底性描述,劳 动者就业选择权可能会造成重大 影响甚至被剥夺

(二) 当事人违约对竞业限制协议效力的影响

关于劳动者违约或者用人单位违法解约时,竞业限制协议的效力问题,一直存在着两种不同观点:一种观点是劳动者支付了违约金后仍需要继续履行竞业限制义务,支付违约金不必然导致竞业限制义务的免除;另一种观点是劳动者支付了违约金后就无须再履行竞业限制义务。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》第十条对此予以明确,"劳动者

违反竞业限制约定, 向用人单位

支付违约金后,用人单位要求劳动者按照约定继续履行竞业限制义务的,人民法院应予支持"。但是在实践中,经过仲裁、诉讼程序,判令劳动者支付违约金之时,即使竞业限制期限为最长的两年,时间也几乎所剩无几。此时,判令劳动者继续履行竞业限制义务已经意义甚小。如何在立法中明确违约或违法行为对竞业限制协议效力的影响以及使该立法能切实确保用人单位的商业秘密得到实际保护是还需要继续思考的问题。

(三) 用人单位未支付补偿 金对竞业限制协议效力的影响

用人单位未依照协议支付竞 业补偿, 竞业限制条款对劳动者 是否还有约束力, 我国法律未作 规定,各地方法规的规定也存在 着不同。深圳市、浙江省、江苏 省、广东省等地方法规采取"先 支付后履行"的观点,用人单位 未按约定向劳动者支付经济补偿 的, 竞业限制条款对劳动者不再 具有约束力。上海市地方法规则 支持"同时履行"的观点,即在 双方没有特别约定的情况下,应 该同时履行义务,只有在用人单 位明确拒绝履行经济补偿金支付 义务的情况下, 劳动者才有权不 履行竞业限制义务。笔者认为, "同时履行"更具合理性, 面, 竞业限制协议订立后即对双 方当事人均具有约束力, 并不会 因为用人单位未支付补偿金而影

响合同的生效, 在此情况下, 劳

动者可以选择继续履行竞业限制义 务并请求用人单位支付经济补偿或 者行使合同解除权解除竞业限制条 款。另一方面,从竞业禁止协议的 初衷出发,如果用人单位未支付经 济补偿,就认定劳动者无需再履行 竞业限制义务,不利于对商业秘密

(四) 竞业限制中的期限应区 引合理化

竟业限制协议中,对于期间范围的限制不宜规定最长年限,应当确定一个"合理性"标准,再通过司法解释或者法官自由裁量来确定个案的具体标准。就期限而言,应当综合考虑行业状况、商业秘密的性质、雇员个人状况,然后对不同类型和性质的商业秘密区别性对待。对于长期甚至永久被保护商业秘密最长限制期限应当设置长于两年的竞业期限,对于普通的一般商业秘密可适用《劳动合同法》的规定,不超过两年的期限。

(五)公共利益因素纳入法律 规定

国外立法普遍认为,公共利益 是判断竞业限制约定合理性的重要 因素,如德国规定离职后竞业禁止 约定不可违反公序良俗,否则该条 款被视为无效。而我国只规定竞业 限制的协议内容必须合法,却没有 规定不得违反公序良俗。笔者认为, 我国可以效仿国外立法,将公序良 俗纳入竞业禁止合理性的考量范 围,切实保护当事人的合法权益。

(作者单位:上海市青浦区人 民检察院)