

竞业禁止与利益平衡

彭 学 龙

(中南财经政法大学 知识产权研究中心, 湖北 武汉 430073)

[作者简介] 彭学龙(1968-), 男, 湖北潜江人, 中南财经政法大学知识产权研究中心博士生, 武汉理工大学法律系副教授, 主要从事民商法研究。

[摘 要] 竞业禁止的正当性来源于诚实信用原则、代理成本理论和合理限制竞争原则。由于竞业禁止涉及各种权益冲突, 在解决相关纠纷时应根据个案情形进行具体的利益衡量, 以维系当事人利益和社会利益的平衡。

[关键词] 竞业禁止; 正当性; 利益平衡

[中图分类号] DF521 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2006)01-0138-05

一、竞业禁止的概念

竞业禁止, 是指在一定条件下对与权利人有特定关系的人员从事特定竞争性行为的某种限制, 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从事针对自己的竞争性行为。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; 义务人则负有不作为义务。有人认为, 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, 其所禁止的主体是不特定的多数人, 如商标权人、专利权人有权禁止任何人未经其许可使用其商标或专利^[1] (第 180 页)。事实上, 不特定人的上述义务是由商标权、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相去甚远。竞业禁止也不同于对不正当竞争的制止, 前者是在特定条件下禁止本属合法的市场竞争行为, 是有条件的; 后者则是在任何情况下禁止不正当竞争行为, 是无条件的, 其所禁止的客体本身就是不正当的。

在实践中, 竞业禁止往往与商业秘密保护有着密切联系。一方面, 雇主的商业秘密是竞业禁止所保护的主要利益, 另一方面, 竞业禁止则是保护商业秘密的有效手段。商业秘密权是一种极其脆弱的权利, 其价值完全取决于其秘密性, “一旦丧失就永远丧失”, 这是商业秘密法上铁定的公理。在商业秘密案件中, 最主要的救济就是禁令, 禁令就好比商业秘密法的血液。因为一旦竞争对手获取了权利人的商业秘密, 损害赔偿往往不足以弥补权利人的损失。用一个形象的比喻, 发布禁令就好比堵住大堤的决口, 之后才得以从容计算损失。而发布禁令的基础往往也在于当事人之间事先签订的竞业禁止协议。

二、竞业禁止的正当性

市场经济崇尚竞争、鼓励人才自由流动, 竞业禁止则在一定程度上对自由竞争进行限制, 这就必然引起冲突。如何在自由与限制之间寻求一个合适的平衡点, 既维持合理的竞争秩序, 又保护当事人的合

法权益,是研究和解决竞业禁止问题的关键所在。本文拟从四个方面对竞业禁止的正当性作初步探讨。

(一)诚实信用原则与忠实义务

从法律角度而言,诚实信用和忠实义务是竞业禁止的依据。诚信原则是民法的基本原则,被赋予“帝王条款”的地位,它同时也是市场经济和商事活动的基本准则,要求人们在市场活动中讲究信用,在不损害他人利益和公共利益的前提下追求自己的利益,这也正是竞业禁止的基本内涵。明确权利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的双重身份,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的代理关系或委托关系,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,并向其支付报酬,使其积累知识、经验和技能。

(二)“代理成本”理论

企业管理者的“代理成本”是考察企业内部结构运作效率的重要因素。代理成本来源于企业高级管理人员不是企业完全所有者这一事实。一方面,企业高级管理人员在经营中付出了巨大努力,但他们往往要承担这种努力的全部成本而仅获取部分利润;另一方面,当他们从事竞业活动获得额外收益时,则能得到全部利益而只承担小部分成本。因此,企业的价值就小于他们是完全所有者时的价值,两者之间的差距即为“代理成本”。公司的董事、经理人,合伙企业的合伙人等既是企业管理人员,又是企业的非完全所有者,因此都会存在代理成本。一旦他们从事与企业同类的营业,必然会在市场占有、利益分割上与企业构成竞争,最终必然会直接或间接损害企业利益。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出禁止性规定,则一旦其行为对企业造成实际损害,往往很难通过法律进行规制。因此,为避免企业高级管理人员对企业利益的潜在损害,法律必须规定其竞业禁止的义务。

(三)合理限制竞争原则

由雇佣合同竞业禁止条款引起的诉讼可上溯至 500 多年以前。近 300 年来,英美普通法法庭援引最多的有关竞业禁止的案例为弥特切尔诉瑞挪德案。在该案中,法官迈克菲尔德指出,可以推定对贸易的一切限制都是不合法的,但只要证明限制是合理的,上述推定就可以被推翻。这样,就确定了以下原则,即对离职雇员合理的竞业限制并非对自由贸易的限制。所谓合理,就是指协议所限制的活动、限制所涉及的地理范围以及所持续的时间为保护雇主利益所必需。

在司法实践中,“限制是否合理视个案而定”,如果限制的范围超过了“合同当事人通过限制所欲得到的利益”,那么“任何限制都是不合理的”。“为使法院支持和实施此种限制……法院必须认可下列事实,即对雇员的限制‘是出于公平地保护雇主的经营或者权利的必要,并且没有对雇员的权利进行不合理的限制,对公共利益以及履行合同的环境和条件还要适当地考虑’”。“在所有这些案件中法律所要求的标准是:限制要想有效,必须只能是出于给予享受限制利益的人公平保护的需要,而不能限制到妨碍公共利益的程度”。如果限制对于被告不合理,就损害了公共利益,因而就不能执行。

(四)限制权利负面效应原则

在经济学上,把经济主体在生产、交易等经营活动或消费过程中给他人造成的损害或带来的利益称为外部效应,如化工厂的污染对附近居民而言就是负面外部效应,是一种损害,故又可称为外部成本。当存在外部成本时,经济主体获取其活动的全部收益,却将部分成本转嫁他人,因此,法律应采取措施,如制定污染防治法,通过收取排污费使全部成本内部化,保证人们根据内部化的成本收益作出正确的决策。人们在行使权利时也会产生或大或小的外部性,当存在负的外部性时,法律就应加以限制,消除其负面影响。反映到法律上,就是民法在从近代到现代的发展过程中,由权利本位转变为社会本位,权利

不得滥用原则日益受到重视。这就必然要求人们在行使权利时不得损害他人利益,也就是说要限制权利的负面效应。自由择业无疑是人们在现代社会享有的一项重要权利,但如果这种自由会损害企业和雇主的合法利益,就应在一定程度上一定期限内受到限制,其表现形式就是竞业禁止。

三、竞业禁止与利益衡量

利益衡量本来是 20 世纪 60 年代起源于日本的一种民法解释方法,指关于某问题如果有 A、B 两种解释的情形,解释者究竟选择哪一种解释,只能依据利益衡量决定^[2](第 316 页)。“对于具体情形,究竟应注重甲的利益,或是注重乙的利益,进行各种各样细致的利益衡量以后,作为综合判断可能会认定甲获胜。”^[3](第 124 页)而竞业禁止正好涉及到雇主和雇员的多种权利和利益,在具体的纠纷中,法院究竟应支持原告还是被告,惟一的办法也只能对双方利益进行衡量,并同时考虑公共利益作出判断。可以说,竞业禁止是进行利益衡量的最好题材,因此笔者谨借用民法解释学的利益衡量方法对其作进一步探讨。

美国法院曾在一系列案件的审理中指出:“寻求供职于其曾受过最好教育的特定行业是每个人最基本的权利。”^①“竞业禁止合同不得轻易用于侵害雇员在其最能实现自我价值的领域里自由竞争的权利。”^②其中就涉及到就业自由权、人才流动和竞争秩序等一系列权益,可以说它们都是现代市场经济社会所竭力维护的;与这些权益相对应或者相对立的则是雇主的商业秘密权、商誉权和竞争利益,雇主的上述利益同样与企业和社会经济的发展息息相关,也就是说并非纯粹的私益。在竞业禁止纠纷中,不管保护哪一方的利益,都必然要限制甚至损害另一方的合法权益。如何取舍?答曰“利益衡量”。

由于上述权利和利益冲突在雇员离职后的竞业禁止关系中表现得尤为突出,本文所进行的利益衡量就以离职后的竞业禁止为限。具体说来,离职后的竞业禁止与劳动者的劳动权、择业自由权相冲突。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。这就决定了在法律上必须慎重对待。

在 1960 年魏斯勒诉格林勃革案的判决中,美国法院指出,商业秘密案件使得以下问题日益凸显,即法律应如何调整竞争政策以平衡企业主保护其商业秘密免受不正当竞争侵害的权利和个人不受限制地谋求最适合自己的职业和生活方式的权利。对上述两种权利的保护都有令人信服的理由。社会作为一个整体无疑将从技术进步中大大受益。如果不采取适当的措施保护雇主的商业秘密使其在雇佣关系终止后依然由雇主独占,雇主就不会投资研究或者改进现有的生产方法。而且还应意识到,现代经济的发展已经使得企业突破个人公司的形式,这样企业主就不得不把越来越多的与技术开发有关的秘密信息信托给适当的雇员。尽管大企业制度对于分散风险是有益的,但除非因违反信任造成的危险能够降低到最低限度,此种信托的最佳状态才会出现。另一方面,对雇员离职后再就业的任何限制都会阻碍人才的自由流动并妨碍了雇员从事自己所喜爱的职业的自由。由于知悉了雇主的商业秘密,雇员讨价还价的能力降低了,这就形成了以下悖论,由于专业能力提高了,该雇员反而被限制,不得在其素有专攻的领域寻求更大的发展。不仅如此,正如上文所述,由于抑制了新设计、新工艺和新技术的传播进而妨碍了自由竞争市场秩序,社会利益也因此受损。这段经典性的论述为我们处理竞业禁止中的利益冲突提供了指南。

从法理上讲,当不同当事人的权利或者利益发生冲突时,法律对一方的权利或利益给予保障是一回事,对另一方提供法律救济则是另一回事,因此给予法律保障与提供法律救济两者并不矛盾。出于对自己利益的关心,当事人自然都希望法律将保护重心落向自己,但法律的视角与当事人略有不同,它并不是从单方当事人的角度出发,而是尽量采取中立的立场,注重各方利益的平衡。在理想上,法律希望各

方利益均得到完满无缺的保障,现实存在的权益冲突却要求法律不得不有所取舍。

同时,法是分配利益的社会工具,它通过对权利和利益的范围和界限作出界定以定纷止争。社会生活不断发展,各种权利和利益的表现形式也是无限多样,权利的行使和利益的取得都是动态的,因此,本来相安无事的权利和利益难免会发生冲突。以权利为本位的法律在处理权利冲突时应该重视权利的价值。设定权利,又给予限制,法律应提出充足的理由,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。反之,如果受到保护的不是两者之间比较重要的权利,就必然会削弱或贬损权利观念。所以,只要政府有理由相信对立权利的某一方更为重要,它就有理由限制另外一些权利^[4](第255页)。这是美国现当代著名法理学家德沃金从法理的高度对如何处理权利冲突所作的分析,得到了我国学者的肯定。

德沃金的观点虽不无道理,却并不准确。诚然,在对两种权利或两种处理后果进行比较时,立法者或者法官必然会基于经济分析保护其中具有较大价值者,以利于社会总体财富的最大化。但是,当不同当事人的合法权益发生冲突时,法律或法官的责任并非仅限于进行算术演算,不同当事人的合法权益是不可以通过简单的大小对比来作出正确取舍的。在法制社会,只要是合法的权益,不管“她”多么卑微,法律也不能忽略,除非有正当理由并给予受损方以足额的补偿。为便于说明问题,我们不妨假定发生权利冲突的双方分别为甲和乙,这样解决问题的方案无非有以下两种:其一,满足甲的权利要求同时对乙进行补偿;其二,满足乙的权利要求同时对甲进行补偿。正确的做法应该是,对上述两种方案进行比较,哪一种对社会财富的最大化有利、有助于提高社会生产力和维护正常的市场秩序,就以其作为判案或解决纠纷的方案。不难理解,按照上述思路解决问题,冲突双方的利益都得到了保障。就竞业禁止而言,虽然涉及到多种利益,但最终还是通过雇主和雇员的各种具体权益表现出来,从雇主方面而言主要有竞争利益和商业秘密权等,在雇员方面则为劳动权、择业权和生存权等。抽象地讲,上述各种权益都是合法合理的,理应受到保护。因此,如何处理二者关系,只能根据具体案情而定。不管是满足雇主的要求而对雇员给予补偿还是满足雇员的要求并对雇主给予补偿都不是最合理的,如何处理就取决于哪种方案对维护公共利益更为有利。

在实务中,一般认为,如果执行竞业禁止协议,特别是离职后的竞业禁止协议,被牺牲的利益主要是雇员的生存权和择业权以及公共利益(因为前述雇员的两种权利同时也在一定程度上代表了自由竞争的公共利益)。如果被牺牲的利益大于雇主的应保利益,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,或者雇员招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。我国台湾的判例也根据“商业秘密的保护与工作权保障的利益比较,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^[5](第140页)。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,而不仅仅是考虑雇主和雇员利益。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合法利益的平衡视为公共利益^[6](第275)。

从上述利益衡量的具体做法中可以看出,法院往往偏向于雇员利益,并更多地将其与公共利益相联系,这是由于在竞业禁止法律关系中,当事人雇主和雇员实质上并不平等,雇员更多地被视为弱者,需要法律的照顾^[7](第44页)。正像科恩法官所说:“如果我们通过权衡英国和美国的判决,以确定其法律原则是保护商人不受某些形式的竞争,还是保护个人不受限制地谋生,那么重心是偏向于后者的。”^③但事实上,雇主的利益也并非总是与社会公共利益相悖,雇主商业秘密受到保护在客观上也会刺激企业主加大技术投资,从而带动整个社会的发展。因此,如果法律过于偏向雇员利益也是没有充足理由的,特别是对那些心存恶意的跳槽雇员,不应一味迁就其本已得到满足的劳动权和生存权,助长其不惜损害企业的利益和发展前景而过分追求一己私利。所以,在对雇主和雇员利益进行权衡时,法官还是以采取中立

的立场为宜,因为公共利益是既独立于原被告,又与双方有着密切联系的第三种利益,这是由民事关系的本质所决定的。

注 释:

- ① ILG Industries, Inc. v. Scott, 49 Ill.2d 88, 93—94, 273 N.E.2d 393, 396 (1971)
- ② Bendinger v. Marshalltown Trowell Company, 994 S.W.2d 468 (S.Ct. of Arkansas) (July 15, 1999).
- ③ Wexler v. Greenberg 399 Pa. 569, 160 A2d 430 (1960).

[参 考 文 献]

- [1] 孔祥俊. 商业秘密保护法原理[M]. 北京:中国法制出版社, 1999.
- [2] 梁慧星. 民法解释学[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1995.
- [3] 加藤一郎. 民法的解释与利益衡量[C]. 梁慧星. 民商法论丛(2). 北京:法律出版社, 1995.
- [4] [美] 罗纳德·德沃金. 认真对待权利[M]. 北京:中国大百科全书出版社, 1998.
- [5] 徐香玲. 营业秘密的保护[M]. 台北:三民书局, 1993.
- [6] 张玉瑞. 商业秘密法学[M]. 北京:中国法制出版社, 1999 年.
- [7] 李永明. 竞业禁止的若干问题[J]. 法学研究, 2002, (5).

(责任编辑 车 英)

Restraint of Competition & Balance of Interests

PENG XueLong

(Intellectual Property Research Center, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, Hubei, China)

Biography: PENG Xuelong (1968-), male, Doctoral candidate, Intellectual Property Research Center, Zhongnan University of Economics and Law, majoring in civil & commercial law, IP law.

Abstract: The justification of the restraint of competition lies in the principle of good faith and loyalty duty, the doctrine of agent cost and the reasonable restraint doctrine. On account that the restraint of competition brings various basic legal rights into conflict, the sound way to resolve the related disputes is to balance the interests of the parties according to the concrete situation.

Key words: restraint of competition; justification; the balance of interests