

## 竞业限制的若干法律问题初探

作者：夏亮

近年来，随着企业间竞争的日益加剧，对人才尤其是关键人才的争夺愈演愈烈，员工跳槽越发频繁，不少用人单位为防止掌握本单位商业秘密的员工因跳槽到竞争对手泄露或不当使用属于本单位商业秘密与其竞争，而与员工签订竞业限制协议或在劳动合同中约定竞业限制条款。由于我国目前有关竞业限制的规定散见在一些部门规章、地方性法规和规章中，尚未建立起完整统一的法律制度，<sup>1</sup>司法实践中对竞业限制的认定缺少统一的尺度，用人单位与员工之间容易就此产生矛盾。笔者结合具体的办案经验，就竞业限制需注意的相关法律问题加以探讨及分析。

### 一、 竞业限制的含义

广义的竞业限制是指限制或禁止用人单位的某些人员在职或离职后自己经营或到其他单位从事与本单位具有竞争关系的业务。按效力来源可以分为法定竞业限制和约定竞业限制。其中法定竞业限制是基于法律的强制性规定。如《公司法》(2005年修订)规定，董事、高级管理人员未经股东会或者股东大会同意，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业利益，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。又如《合伙企业法》第30条规定，合伙人不得自营或者同他人合作经营与本公司相竞争的业务。而约定竞业限制是承担竞业限制义务源于当事人双方的约定，无约定则无此义务。另外，竞业限制按限制的期间可以分为在职竞业限制和离职竞业限制。本文着重讨论约定离职竞业限制问题。所谓约定离职竞业限制是指用人单位利用劳动合同条款或独立的合同形式，通过采用支付竞业限制经济补偿金的方式，与掌握本单位商业秘密的劳动者约定在劳动合同终止或解除后的一定期限内不得在生产同类产品或经营同类业务企业且有竞争关系的其他单位从事相同职业或自行生产同类产品、经营同类业务。

-----  
If you would like an English version of this publication, please contact:

**Lily Han:** (86 21) 6881 8100 - 6609  
[Publication@llinksllaw.com](mailto:Publication@llinksllaw.com)

-----  
如您需要了解我们的出版物，请与下列人员联系：

韩东红: (86 21) 6881 8100 - 6609  
[Publication@llinksllaw.com](mailto:Publication@llinksllaw.com)

通力律师事务所  
[www.llinksllaw.com](http://www.llinksllaw.com)

## 竞业限制的若干法律问题初探

### 二. 竞业限制的义务主体

笔者在办理案件中时常发现不少企业与所有员工签订竞业限制协议。劳动部《关于企业职工流动若干问题的通知》第2条规定，用人单位可规定掌握商业秘密的在职职工在终止或解除劳动合同后的一定期限内(不超过3年)，不得到生产同类产品或经营同类业务且有竞争关系得用人单位任职，也不得自己生产与原单位有竞争关系的同类业务，但用人单位应当给予该职工一定数额的补偿。《上海市劳动合同条例》第16条第1款规定，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金。

可见竞业限制义务并非当然适用企业全体员工，而只能对一部分掌握企业商业秘密的员工进行竞业限制，竞业限制协议归根到底是企业为了保护其商业秘密不被泄露或不当使用，尽量避免员工在职期间掌握用人单位的商业秘密而给其竞争对手带来经营优势。因此只有掌握商业秘密的特殊岗位的特定人员需要签订竞业限制协议，而对于仅掌握一般知识、技能的企业营销人员、行政人员及工勤人员等就其岗位特点无法知悉企业商业秘密，因此企业不应与其签订竞业限制协议。由于竞业限制的义务主体是特定的，因此企业在与可能掌握商业秘密的特殊岗位的员工签订劳动合同时，应明确员工的工作内容和业务范围可能知悉和接触企业商业秘密。否则，一旦发生争议后，劳动仲裁机构或人民法院可能要求用人单位举证员工知悉商业秘密，如企业举证不能，该员工不具备竞业限制的义务主体资格，所签订的竞业限制协议不能发生法律效力。

### 三. 竞业限制的对价

#### 1. 经济补偿金的支付是否是竞业限制协议的生效条件

由于竞业限制是对劳动者择业自由权及劳动报酬取得权的限制，劳动者因无法从事自己擅长专业或所熟练的工作，收入及生活质量会不同程度地降低，现行的相关规定都明确要求用人单位在与劳动者约定离职竞业限制的同时，必须给予离职员工相应的经济补偿金，即竞业限制约定必须要求对价。有一种观点认为，经济补偿金的支付应是竞业限制协议的生效条件，未约定经济补偿金的支付竞业限制协议无效或未生效。<sup>2</sup>

笔者认为，该观点值得商榷。现行有关竞业限制的法律规范就经济补偿金的支付是否为竞业限制协议的生效条件并未明确规定。竞业限制协议成立后即对协议当事人具有法律约束力，竞业限制协议未约定经济补偿金或虽约定经济补偿金但用人单位并未按照约定支付经济补偿金并不影响协议本身的效力。劳动者可以行使合同法上的先履行抗辩权而就业，拒绝履行竞业限制义务，或要求用人单位支付经济补偿金。现行的相关规定有关经济补偿金的支付应当理解为用人单位唯有先履行经济补偿金的支付义务才能要求劳动者履行竞业限制义务，劳动者有先履行抗辩权。

## 竞业限制的若干法律问题初探

上海市社会和劳动保障局关于实施《上海市劳动合同条例》若干问题的通知(二)(以下简称通知(二))的四规定,用人单位与负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者在竞业限制协议中对经济补偿金的标准、支付形式有约定的,从其约定。因用人单位原因不按协议约定支付经济补偿金,经劳动者要求仍不支付的,劳动者可以解除竞业限制协议。同时,该通知规定,竞业限制协议对经济补偿金的标准、支付形式等未作约定的,劳动者可以要求用人单位支付经济补偿金。因此,通知(二)实际上未采纳经济补偿金的支付是竞业限制协议生效条件的观点。事实上如劳动合同终止或解除后劳动者按照竞业限制协议履行竞业限制义务,如果把经济补偿金作为竞业限制协议生效条件而支持用人单位以竞业限制协议未约定经济补偿金或未按协议支付经济补偿金为由主张协议无效显然对劳动者不利。劳动者与用人单位签订竞业限制协议或包含竞业限制条款的劳动合同时往往处于弱势地位,一般无法要求用人单位在签订竞业限制协议时将经济补偿条款写入协议,如将竞业限制协议未约定经济补偿金作为其生效条件,势必赋予用人单位拥有单方面决定协议是否生效的主动权。

### 2. 经济补偿金的支付方式

实践中,由于员工离职时与企业不欢而散的情况较多,双方很难就竞业限制的经济补偿金达成一致,因此常见的做法是企业通过每月支付的工资中一定比例或数额作为经济补偿金。

笔者曾办理过这样一个案件:用人单位与员工在劳动合同的竞业限制条款中约定用人单位向员工每月支付的工资中10%的金额作为经济补偿金,该员工与用人单位解除劳动合同后向劳动仲裁机构提起仲裁,主张该约定无效,要求用人单位支付经济补偿金。由于竞业限制协议在劳动合同在终止或解除后发生效力,如经济补偿金在劳动合同履行期间随工资支付的,实际上是提前分期支付经济补偿金。笔者认为目前法律、行政法规并无禁止性规定,应当允许这种支付方式。通知(二)也规定,用人单位与负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者在竞业限制协议中对经济补偿金的标准、支付形式有约定的,从其约定。通过这种支付方式经济补偿金的,需注意劳动者实际领到的补偿费是否充分。如上述案件中,劳动合同的竞业限制条款约定竞业限制期限为两年,但该员工工作半年就与用人单位解除劳动合同,因此其实际仅领取了半年的经济补偿金。此时,用人单位若要求员工履行两年的竞业限制义务的,应在双方劳动合同解除时将按合同约定的标准将剩余的经济补偿金支付给该员工,否则无法要求员工履行一年半的竞业限制义务。

另外,如竞业限制协议仅约定用人单位向劳动者支付的工资中包含经济补偿金而未明确具体比例或数额的,可能被仲裁机构或人民法院以约定不明为由认定并未支付经济补偿金。

## 竞业限制的若干法律问题初探

如需进一步信息, 请联系:

| 上海                                                                    | 北京                                                                  |
|-----------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------|
| <b>俞卫锋</b><br>电话: (86 21) 6881 8100 - 6635<br>David.Yu@linksllaw.com  | <b>陈巍</b><br>电话: (86 10) 6655 5050 - 1022<br>Way.Chen@linksllaw.com |
| <b>张明</b><br>电话: (86 21) 6881 8100 - 6632<br>Ming.Zhang@linksllaw.com |                                                                     |

© 通力律师事务所 2007

- 1 《中华人民共和国劳动合同法》(草案)第 16 条和第 41 条首次从法律层面创设了竞业限制规定。
- 2 万鄂湘主编:《民商法理论与审判实务研究》人民法院出版社 2003 年版, 第 322 页。