

竞业限制之正当性辨析

——以经营权与劳动权冲突及化解为视角

王 博

【提 要】 竞业限制调整的通常是以代理为特征的法律关系。劳动权保障、经营权维护及市场竞争秩序是其规制的主要内容,而规范有效的市场竞争秩序又是劳动权保障、经营权维护得以实现的保证。其中,劳动权保障是资本扩张的前提和基础,而资本扩张既是经营权维护的内在诉求又是劳动权保障的物质条件。劳动权保障与资本扩张的一致性,决定了作为劳工政策之光谱两端即劳动优先与资本扩张的一致性。二者正是借助于法律规范之建构,在利益博弈的过程中实现了资本扩张与劳动优先的内在统一,以此成为竞业限制之正当性的共同基础。该结论对深入研究及探寻劳动权与经营权之权利冲突及化解路径问题具一定意义。

【关键词】 竞业限制 劳动权 经营权 竞争秩序

【中图分类号】 D922.291 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-2952(2014)03-0079-06

一、竞业限制之概念厘定

在我国,竞业限制有竞业禁止、禁止竞业、竞业回避、竞业避让等各种不同称谓。其中,谓之竞业限制与竞业禁止者居多。在德国,竞业限制被称之为 Wettbewerbsverbote。^① 英美国家,竞业限制的英文称谓多为“restraint of trade”、“prohibition of business strife”、“Non-Competition”、“not to compete”等。^② 对于竞业限制这一概念的遣词,理论界一直没有形成统一的称谓,为便于准确地理解和把握这一法律制度的基本含义,统一概念、厘清称谓十分必要。虽然目前国内使用较多的称谓不仅有竞业限制也有竞业禁止,但从竞业限制这一制度

本身的功能和特征来看,竞业限制一词更能体现该法律制度本身的应有含义,侧重“限制”而非“禁止”。

《法学辞源》将竞业限制界定为“竞业禁止”。竞业禁止是指无限公司章程中对组成公司的股东所加的限制。^③ 该界定虽然使用的是竞业

^① Volker Büteröwe. Aufsatz Wettbewerbsverbote vor und während der Insolvenz-ein Kurzüberblick. GWR 2009, 288-291.

^② See Pascale Lagesse and Mariann Norrbom, Restrictive covenants in employment contracts and other mechanisms for protection of corporate confidential information, Kluwer Law International and International Bar Association, © 2006.

^③ 参见《法学辞源》,中国工人出版社1994年版,第970页。

禁止这一称谓，但其具体内容却是对组成公司的股东所加的“限制”而非“禁止”。《辞海》则直接给出了竞业限制这一概念，即竞业限制是指劳动者按照与用人单位之间的约定，在在职期间或者离职后不从事与用人单位有竞争关系的工作的行为。^①《辞海》给竞业限制所下的定义，基本反应了竞业限制的含义和特征。只是，将竞业限制仅单纯局限于劳动关系领域则稍嫌有些片面。

台湾学者史尚宽先生则借鉴德国劳动法的概念，将竞业限制称之为“竞争营业禁止特约”(Wettbewerbsverbot)。史先生在论述劳动关系双方当事人之义务时指出，受雇人负有“不为营业竞争之义务”，即：受雇人于劳动关系存续中，有忠实义务，不得经营同种之企业。然而，在劳动关系终止以后，受雇人则不再负担该义务。雇佣人如欲继续保全其利益，则需令受雇人继续担负“不为营业竞争之义务”的特别约定，则称之为“竞争营业禁止特约”。^②

黄月钦先生指出，劳动契约终止后的一定期间内，相当程度内，受雇人仍有守密义务。该守密义务，实为受雇人之忠实义务的一部分。除此之外，当事人还可约定不为竞业行为，即受雇人不自己实施该类营业行为，也不受雇于此类营业。但是，必须以受雇人在劳动契约中曾参与对顾客，或货物来源、制造或销售过程等机密为限，同时，此类机密的运用又可能造成对原雇主的重大损害。否则，不得令受雇人承担该竞业禁止义务。^③

郑玉波先生认为：竞业禁止，有广义与狭义两种含义。广义的竞业禁止，是指对于与特定营业具有竞争性的特定行为，加以禁止而言。其禁止之客体为特定行为；其被禁止之主体，则不以特定人为限，即不特定人也包括在内。所谓狭义的竞业禁止，是指对于与特定营业具有特定关系的特定人的特定行为，加以禁止。其禁止的客体虽也为特定行为，但其被禁止的主体，则限于特定人。不仅如此，该特定人尚须与该特定营业具有特定的法律关系方可。所

谓特定的法律关系，例如委任关系、雇佣关系等等。^④

广义竞业禁止所禁止的主体是不特定的多数人，如商标权、专利权人，有权禁止任何未经许可使用其商标或专利的人。事实上，该不特定人的前述义务是由商标权、专利权的对世性所决定的，属于这些权利的当然内容，其与严格意义上的竞业禁止已相去甚远。^⑤因此，通常所称的竞业禁止，仅指狭义竞业禁止。

对于竞业禁止这一概念，我国台湾地区《民法》第562条、《公司法》第32条、《银行法》第35条、《证券交易法》第51条及其他法律法规，都有类似规定。可见，我国台湾地区关于竞业限制，无论理论还是立法，主要使用“竞业禁止”这一称谓。

我国大陆在立法中使用竞业限制这一概念时间较晚。在部门规章中，如1997年国家科学技术委员会颁布的《关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见》(已失效)，是我国较早使用竞业限制这一概念的法律文件。该部门规章的第7条规定，单位可以在劳动聘用合同、知识产权权利归属协议或者技术保密协议中，与对本单位技术权益和经济利益有重要影响的有关行政管理人员、科技人员和其他相关人员协商，约定“竞业限制”条款。在地方法规中，《广东省技术秘密保护条例》、《上海市劳动合同条例》、《浙江省技术秘密保护办法》、《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》等各地方法规也都先后使用了“竞业限制”这一称谓。

在2007年6月颁布的《中华人民共和国劳动合同法》中，我国首次以国家基本法律的形式

① 参见《辞海》，上海辞书出版社2009年版，第1161页。

② 参见史尚宽著：《劳动法原理》，(台)正大印书馆1978年版，第53页。

③ 参见黄月钦：《劳动契约》，(台)《政大法律评论》1979年第19期。

④ 参见郑玉波：《论竞业之禁止》，郑玉波：《民商法问题研究(二)》，(台)三民书局1980年版，第171~172页。

⑤ 参见彭学龙：《竞业禁止与利益平衡》，《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2006年第1期。

式统一使用了“竞业限制”这一概念。如该法第 23 条规定，对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者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等。

从以上学理及立法关于竞业限制的称谓来看，无论称“竞业禁止”还是称“竞业限制”，其共同内容，都是对特定竞业行为的合理“限制”，并非“禁止”。正如郑玉波先生所言，竞业禁止是指对与特定营业具有特定关系的特定人的特定竞业行为予以合理限制的法律制度。^①足见，只有“竞业限制”这一称谓，才与该制度自身侧重于对特定的竞业行为的“限制”而非“禁止”之内涵与特征相契合。竞业限制这一概念的厘定，有利于人们对竞业限制的内涵、特征及其运行规律的全面理解和把握。

二、竞业限制之正当性之一： 劳动权保障及经营权维护

劳动权保障及经营权维护是竞业限制应予以规制的重要内容之一，亦属竞业限制之正当性之一。对于劳动权内涵的界定，无论在理论上还是实践中，基本已无太多分歧。至于经营权，传统民法中并没有这一概念。对其含义及其界定，我国学界对此众说纷纭、莫衷一是。刘凯湘教授认为经营权作为新型他物权具有限制物权的性质，其具有以下特征：其一，经营权的主体是经济组织，尤以企业法人为主；其二，经营权的客体包括几乎全部的有形物质财产和无形财产，统称为资产；其三，经营权的行使是现代广义的资产经营行为等等。^②杨立新教授指出，经营权是指企业在法律规定的范围内从事经营活动的权利，是商主体依法享有的一种行动权。该权利具体包括两方面的含义：一是权利的主体必须具有商主体的资格；二是该商主体实施商事法律行为的范围必须受到法

律的限制。^③王保树教授则将经营权概括地称之为企业的经营权利。^④也有学者认为，作为民事权利之一的经营权，在我国特指国有企业的财产经营权。^⑤可见，在我国理论界中，多数学者基本都将经营权的主体局限为企业这一单一商事主体。这一现象与我国现行立法的相关规定应当不无关系。

我国《全民所有制工业企业法》第 2 条规定：经营权是指企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用、收益和依法处分的权利。本文认为，经营权作为现代民法概念，其主体应当具有多元性，不应仅局限于企业，更不应仅局限为全民所有制企业，应包括自然人、合伙组织、公司等一切民事主体。经营权的客体应包括与主体经营行为相关的一切财产，具体包括有形财产和无形财产，如权利等一切财产。就其内容而言，经营权源于财产所有权，是与财产所有权密切相关的一项重要的他物权。由此，经营权是指经营者，如公司、合伙组织、个人等民事主体，所享有的以占有、使用、收益及依法处分为主要特征的各类财产权。本文所称的经营权，则多指作为知识产权类型之一的商业秘密权以及其他竞争利益，而限于以上知识产权及其他竞争利益。此处“依法处分”的“法”，主要是指与经营权保护密切相关的相关特别法或者一般法中的特别规范。

（一）劳动权保障

竞业限制是对特定人的竞业行为予以限制的制度，是对特定人原本合法行为的限制。该制度表现于劳动关系中，即为对劳动者劳动权的限制。但是，如果该限制限于合理、适当的

- ① 参见郑玉波：《论竞业之禁止》，郑玉波：《民法问题研究（二）》，第 171 页。
- ② 参见刘凯湘：《经营权与国有企业产权性质》，《中外法学》1997 年第 2 期。
- ③ 参见杨立新、蔡颖雯：《论妨害经营侵权行为及其责任》，《法学论坛》2004 年第 2 期。
- ④ 参见王保树：《关于建立经营法学的一些思考》，《中国法学》1990 年第 1 期。
- ⑤ 参见鲍荫民：《简论经营权之渊源》，《中央社会主义学院学报》1998 年第 5 期。

范围之内,并给予被限制的劳动者以合理的经济补偿,该限制即为合法的限制。另外,竞业限制是对竞业限制法律关系双方主体的限制,并非仅限于特定的竞业行为人,即既限制劳动者,也限制经营者。对经营者的限制,主要表现为对经营者支付竞业限制经济补偿金的方式、金额以及其他约定内容的限制。由此可见,竞业限制在限制劳动者竞业行为的同时,也对经营者的相应权利予以限制。其对经营权的限制,从另一角度观之,即为对劳动权的保障。

劳动权保障之正当性,已显而易见。但劳动权也不是绝对的。

法律赋予每个公民劳动权作为其基本权利之一,同时又对该权利予以合理限制,这是劳动权作为宪法权利的真正体现。在劳动关系领域,竞业限制在保护劳动权的同时,又对其加以合理限制。可见,竞业限制作为劳动权保护的重要法律制度之一,其立法宗旨正契合了劳动权应予合理限制的内在需求。竞业限制对劳动权的合理限制,正是法律为确保劳动权这一宪法权利得以真正贯彻实施的制度保障,也是一国劳动保护政策在法律上的直接体现。该劳动保护政策具体表现之一则为,竞业限制对劳动契约内容的规制,如对劳动者不忠实竞争行为的防止(Prevention of Disloyal Competition)。劳动者除了应承担积极的劳动义务之外,尚有消极的不作为义务。该不作为义务主要是指劳动者在劳动关系终止后,应严守雇主的商业秘密,不得利用其于劳动关系存续期间掌握或知悉的秘密信息或其他竞争优势实施竞业行为。^①

竞业限制对上述竞业行为的限制,形式上虽为对劳动权的直接限制,但实质上确属对劳动权的间接保护,这正是合理限制竞争原则、禁止权利滥用原则等法律原则的内在价值所在。限制的目的在于为被限制对象提供更为有效的保障。

(二) 经营权维护

经营权维护与资本的增长或扩张密不可分。

强化“资本扩张”的价值诉求不仅具有正当性(如在我国社会主义初级阶段),而且也是由资本逐利的本性所决定的。强化“资本扩张”的价值诉求,不仅是经营权保护的内在根据,也为经营权保障的正当性提供了伦理学及政治经济学依据。

对于资本扩张,不仅由竞业限制制度提供法律保障,以借助于法律规范的建构对资本扩张予以合理限制,而且,如前文所述,资本扩张的劳工政策与劳动优先的劳工政策二者之间其实并不存在不可调和的矛盾。不仅如此,二者之间还具有内在的一致性。“劳动优先是历史唯物主义的根本观点和核心概念。”^②劳动优先的重要内涵之一,就是劳动权如何保障的问题。而对劳动权的保障,又是资本扩张的内在需要。因为,资本扩张所需要的劳动力即“可变资本”,在价值增值过程中的作用是创造更多的价值,即:一部分是“剩余价值”或称“利润”;另一部分则是劳动力价值,用于劳动者在生产之外的消费,该劳动力价值正是资本得以扩张(或称扩大再生产)的前提和要件。

劳动权保障与资本扩张的一致性,也就决定了作为劳工政策的光谱两端:劳动优先与资本扩张,二者不仅不存在不可调和的矛盾而且还具有内在的一致性。二者正是借助于法律规范的建构,在利益博弈的过程中,实现了资本扩张与劳动优先的统一。竞业限制制度作为规范上述劳工政策的重要法律制度之一,无论对于经营权维护还是对于劳动权保障,都具有鲜明的正当性。

三、竞业限制之正当性之二： 规制市场竞争秩序

(一) 对市场主体自由竞争行为的规制

自由竞争是市场经济的基本特征。

^① 参见马超俊、余长河著:《比较劳动政策》,商务印书馆2013年版,第447~448页。

^② 侯惠勤:《马克思主义的指导是构建社会主义核心价值观体系之根本》,《毛泽东邓小平理论研究》2007年第3期。

现代经济学的鼻祖亚当·斯密曾提出著名的“无形之手定理”，也称“斯密定理”（Smith theorem），即个体在没有被干预的情况下自由进行贸易和买卖会产生最佳的社会状况。现代经济理论也已基本证实，在特殊的情况下，自由市场决定的结果是帕累托最优，故上述思想在一定意义上是合理的。然而，现代经济学家在证明“无形之手定理”的同时也发现，只有在十分有限的条件下，这一定理才是真命题。这一十分有限的条件，主要是指上述自由市场不存在外部效应（externalities）。然而，在现实中，外部效应的存在是颇为普遍的现象。该外部效应，使得“无形之手定理”变为无效或失灵。^①由此，规则与制度对自由市场的干预便成为不可或缺，其中最为重要的规则和制度便是来自于法律上的规则与制度。可见，自由竞争一词不应与纯粹和完全竞争的经济概念相混淆，它是指法律上无法以禁止行为阻止的竞争。^②

竞业限制对特定的竞业行为予以合理限制，正是在为特定人的自由竞争行为划定清晰的界限，令特定的行为人在这些界限之内与权利人及其他市场主体展开自由竞争。该限制规则，其实质上也是对特定行为人的保护规则，保护行为人在合理的限度内运用自身知识与技能与其他竞争主体展开自由竞争，从而达到自己的预期目标。

（二）对市场竞争秩序的规制

市场竞争秩序的规范及有效率，均离不开市场竞争规则的参与。市场主体所从事的市场竞争行为总是在一定规则之下进行的，没有规则就没有秩序。因此，在一定意义上说，竞争秩序就是竞争规则的体现。而竞争规则当中既有“显规则”又有“潜规则”。所谓竞争秩序的“显规则”，主要是指由法律规则、法律原则或法律制度确认或认可的规范市场经济运行及其竞争秩序的竞争规则。而竞争秩序的“潜规则”，则是不成文的、非正式的，主要存在于法律规范之外的“灰色地带”。

因此，建构规范、高效的市场竞争秩序的

法律保障目标之一，就应是充分张扬竞争秩序的“显规则”，最大限度地避免乃至消除有害于竞争秩序的“潜规则”。因为，当显规则不太完善的时候，潜规则就会发挥很强的作用。即使在显规则比较完善的条件下，潜规则依然具有十分重要的影响。主要在于，显规则永远都不可能将市场竞争的所有细节都予以明确规定，使所有行为都具有经纬分明的标准。况且，显规则的执行也永远不可能硬性到没有任何弹性。通常，凡是显规则不尽完善之处，往往就是潜规则大行其道之所。^③

在日常经济生活中，如在劳动关系及企业经营中，部分竞争主体通过泄密、“挖墙脚”、“走后门”、“商业出卖及贿赂”等“潜规则”获取优势竞争地位，与权利人展开不正当竞争。该“潜规则”之所以可以大行其道，其主要原因之一就是规制上述“潜规则”的“显规则”尚欠发达乃至缺位或存在着漏洞。欲令“潜规则”丧失市场或被排斥“出局”，关键是要强化法治，完善相关法律制度，用规范的法律规则来弥补和修复市场竞争规则中存在的漏洞，让投机者无机可乘。此外，还应强化公民法律意识，引导市场主体树立法律至上、规则第一的理念，克服侥幸、投机及巧取豪夺思想。

作为规范市场竞争秩序的法律制度之一，竞业限制制度对市场竞争秩序的规制，主要体现在对竞争主体所从事竞业的时间期限、地域范围、行业及岗位等特定竞争范围的合理限制。竞业限制并非绝对禁止竞业，相反，该制度对特定竞争主体的特定竞业行为予以适当限制的主要目的，就是为了依法规制合理竞争。通过对市场竞争秩序的规制，形成规范有效的竞争秩序，以强化市场在资源配置中的基础性作用，

① 参见 [美] 安德鲁·肖特著：《自由市场经济学：一个批判性的考察》，叶柱政、莫远君译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 24～25 页。

② 参见 [法] 贝尔纳·克莱芒著：《自由竞争》，黄传根译，商务印书馆 2001 年版，第 1 页。

③ 参见金碚主编：《竞争秩序与竞争政策》，社会科学文献出版社 2005 年版，第 6～7 页。

从而达到帕累托最优状态 (Pareto Optimum) 及利润最大化, 最终达到效率与公平的统一。

四、结语

竞业限制调整的主要社会关系, 通常是以代理为特征的民事法律关系, 如劳动关系、公司与其董事经理之间的关系等法律关系。其中, 雇佣劳动关系中的竞业关系, 是竞业限制重点调整的社会关系。劳动权保障及经营权维护, 又是雇佣劳动关系的主要内容。因此, 劳动权保障及经营权维护问题, 是竞业限制所应解决的主要问题。在当代, 劳动权作为人的生存权和发展权, 已成为各国宪法及主要国际公约确认和保护的基本人权。就经营权而言, 经营权维护与资本扩张密不可分。资本扩张与劳动优先又为劳动政策之光谱两端。作为劳动优先政策之主要内容的劳动权保障, 是资本扩张的前提和保证, 而资本扩张又是劳动权保障的物质条件。

由此可见, 劳动权保障与经营权维护二者之间具有天然的内在一致性。劳动权保障及经营权维护的正当性, 就决定了以劳动权保障及经营权维护为主要内容的竞业限制具有鲜明的正当性。除此之外, 竞业限制依法规制经营者与劳动者的市场竞争行为, 从而形成规范有效率的市场竞争秩序, 这也是劳动权保障及经营权维护得以实现的保证。至此, 竞业限制对于劳动权保障、经营权维护以及对市场竞争秩序之规制等方面, 所具正当性已昭然若揭。劳动权保障与经营权维护的一致性, 就成为竞业限制之正当性的共同基础。这一研究结论, 对深入研究及探寻劳动权与经营权之权利冲突及化解路径问题, 具有一定意义。

本文作者: 武汉大学知识产权研究所副研究员、法学院博士研究生

责任编辑: 赵俊

An Analysis of the Legitimacy of the Restraint of Trade

—From the Perspective of the Conflict and Resolution Between Management Rights and Labor Rights

Wang Bo

Abstract: What the restraint of trade usually regulates is the legal relationship characterized by agency, of which the labor rights protection, management rights protection and the order of market competition are the main content. Meanwhile, normative and effective market competition order is the guarantee to realize labor rights, management rights. Among them, the protection of labor rights is the premise and foundation of capital expansion, and capital expansion is the intrinsic demand of management rights protection and material conditions of labor rights protection. The consistency of the labor rights protection and capital expansion decides the consistency of the two sides of labor policy—just like the two ends of spectrum, namely the consistency of labor priority and capital expansion. With the help of legal regulation construction, the capital expansion and labor priority achieved internal unity during the process of interest game, which has become the common foundation of the legitimacy of restraint of trade. This is of great significance to explore the conflict between the labor rights and management rights as well its solution.

Keywords: restraint of trade; labor rights; management rights; competition order