

优秀论文:竞业禁止协议的效力研究 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484451.htm

摘要：竞业禁止是保护雇主商业秘密的一种有效措施，但雇主与雇员签订竞业禁止协议，必然会限制雇员的自由择业权，甚至会影响其生存，而公民的自由择业权、生存权是宪法规定的基本权利，因此我们应当依法慎重判断竞业禁止协议的效力。但是，我国关于竞业禁止协议的法律规定甚少，从而导致法院在确认协议的效力时缺乏统一的认识和明确的法律依据，本文拟借鉴国外立法与实践关于竞业禁止协议效力的判断标准，提出完善我国相关制度的立法建议。关键词：商业秘密；竞业禁止协议；合理性

一、问题的提出 竞业禁止协议是指雇主与雇员约定的、禁止雇员在离职后的一定期间内，在生产同类产品且有竞争关系的其他企业任职或自己从事同一产品生产经营的契约。①这种约定的竞业禁止作为反不正当竞争的有效手段，是一种对推定损害事先防范的机制，它克服了事后补救手段（如民事诉讼和行政处理）的不足，是雇主用来保护商业秘密的一种有效措施。②从竞业禁止协议的定义可以看出，竞业禁止不是积极的作为义务，而是一种消极的不作为的义务，即它要求特定人不得为特定行为。实际上，竞业禁止也是实务中最为常见的不作为给付义务。[1]它禁止雇员在离职后的一定时期内从事与雇主相竞争的业务，这种禁止性规定必然会限制雇员的自由择业权，甚至会影响其生存，而公民的自由择业权、生存权是宪法规定的基本权利，因此竞业禁止协议本身具有一定的局限性，这种局限性主要表现

在：1、竞业禁止在一定程度上和一定范围内限制了雇员自由择业权和劳动就业权，而对于那些离职后的雇员来说，如果限制其在所熟悉的专业范围内选择工作，就切断了其谋生手段，阻碍其生存，违反了公共政策；2、竞业禁止有可能造成人才的浪费、限制公民特长的施展，同时还可能限制竞争。自由竞争是市场经济的基本特征，而雇主通过竞业禁止，限制前雇员到其他与其有竞争关系的企业任职，这显然不利于人才的流动，也使得其他雇主无法用更高的薪金争取更有能力的雇员，因此这种禁止违反了自由竞争的原则。综上所述，竞业禁止协议的内容既有保护雇主正当利益的合理之处，又有限制雇员自由择业权、生存权、妨碍竞争的局限性。这也是竞业禁止协议与一般民事合同之间最本质的不同。因此，各国对竞业禁止协议持谨慎态度，而且学者对其效力也有不同观点，主要有肯定说和否定说。[2]多数学者认为，雇主可以与雇员签订竞业禁止协议，但这种协议所涉及的限制必须是合理的。日本学者认为，雇员离职后仍受到诚信原则的约束，但不得不正当地妨碍雇员的经济性和社会性活动，因此应当就竞业禁止的合理范围在契约中予以约定。[3]一般地说，在考察竞业禁止协议的效力时，各国并不是简单地依契约自由的原理加以判断，而是要综合各种因素来分析，即从竞业禁止协议的合法性与合理性两个方面加以考察。所谓合法性是指雇主与雇员在竞业禁止协议中的约定不得违反法律的具体规定；所谓合理性是指合同的约定对受限制的雇员和雇主，应该公平合理。只有同时具备合法性与合理性的竞业禁止协议才是有效的。目前，如何协调竞业禁止协议中雇主与雇员间的关系，是我国立法者急需解决的一个问题。对

于立法者来说，既不能实行无条件的竞业禁止，也不能不采取竞业禁止的法律措施，否则雇主或雇员的利益就可能遭到损害。因此，要平衡雇主与雇员的利益，立法者应当采取有条件的竞业禁止，并对其适用加以严格的限制。笔者也是基于这种思路来研讨竞业禁止协议的效力。

二、外国竞业禁止协议效力判断标准的立法与实践

（一）竞业禁止协议的合法性判断标准

1、竞业禁止协议有效的前提是存在应保利益

考察限制竞争的合同是否合法，应当从合同内容的实质方面来判断，而不能只看合同条款是否完备。从各国的法律规定来看，判断限制竞争合同合法性最主要的标准，就是看限制竞争是否为了保护法律承认的应保利益。而竞业禁止协议实质上就是一种限制竞争合同，其合法存在的基础也必须是为了保护某种利益的目的。如果没有这种应保护利益的存在，竞业禁止协议就不能成立。例如瑞士《民法典》第340条规定，雇主不能证明存在值得保护的利益的，该竞业禁止协议无效。德国《商法》第74条规定，竞业禁止协议限于保护雇主义务上的正当利益。在美国，司法判例也早已确认，保护商业秘密是合理限制竞争的正当理由之一。[4]例如，在Hollingsworth Soliderless Terminal Co. v. Turley案中，联邦上诉法院第九巡回法庭就竞业禁止协议的效力问题曾发表如下见解：通过竞业禁止协议保障的雇主利益一般是商业秘密或其他财产权利。[5]可见，在发达国家，竞业禁止协议并不总是合法的，竞业禁止仅是出于保护雇主应保利益的必须时才可能是合法的，而这种应保利益包括商业秘密和其他财产权利。

2、受保护的利益大于被牺牲的利益

竞业禁止制度是雇主利益、雇员利益和社会利益平衡的结果，在这种平衡的

过程中，必然会涉及到受保护的利益和被牺牲利益之间的利益权衡。一般地说，在竞业禁止关系中，被牺牲的利益主要是雇员的自由择业权、生存权以及公共利益。如果被牺牲的利益大于雇主受保护的合法利益，那么竞业禁止协议将被认定无效。例如美国《合同法重述（第二次）》第188条的规定表明，如果被牺牲的利益大于受保护的合法利益，限制竞争就违反了法律。日本法院在实务中，如果发现竞业禁止会对雇员所造成的不利益，比起雇主应予以保护的利益显得不合理，就很可能认定竞业禁止协议无效。[6]

3、不妨碍公共利益 各国的法官在处理有关通过协议限制竞争的案件中，更容易从公共利益是否受到损害的角度来考虑问题，而不是仅考虑当事人的利益。也就是说，即使雇主在签订竞业禁止协议时享有稳定的可保利益，但这并不能够充分证明竞业禁止协议是合法的，这时还要考察竞业禁止是否妨碍公共利益。但是，公共利益本身就是一个很有弹性的概念，即使在同一国家不同的学者就有不同的看法，更何况是不同的国家之间。这种不确定性为审查竞业禁止协议留下了更多的灵活性。

（三）竞业禁止协议的合理性判断标准 什么是合理？英国判例法认为：该合理是指对有关合同当事人的利益而言是合理的，以及相对于公共利益而言是合理的。之所以如此认定和解释，是考虑到既要对享有利益的当事人进行充分的保护，又不能损害公共利益。[7]

笔者认为，竞业禁止协议在遵循契约自由的前提下，充分平衡雇主与雇员的利益，不违背自由、公平竞争的原则，那么它就是合理的。具体来说，竞业禁止协议的合理性应体现在以下几个方面：

1、被限制人员的特定性 从国外司法实践的情况看，被限制竞业的雇员一般不是

普通雇员，而是由于业务关系或者其他关系有机会接触商业秘密的人员，否则，竞业禁止协议无效。例如，瑞士《债务法》第340条规定，竞业禁止仅对于劳务关系中知悉雇佣人之客户圈、技术秘密或交易秘密之受雇人，有拘束力。日本法院在实务中也持有类似的观点。在日本原田商店雇员竞争转职案中，[8]该案的原告（原田妇女服装面料店）与被告（一群女售货员）约定被告离职后不得在同一百货店中其他面料店谋职业。在双方解除雇佣合同后，女售货员们又集体受雇于百货店同层的“中田店”。原告认为被告抢夺其顾客，造成巨大损失。法院判决认为“雇员被解职后不得在同一百货店中的其他面料店谋职业”的竞业禁止无效。其原因在于：其一，这些一般雇员不应该也无机会接触企业的重要商业秘密；其二，这些一般雇员离职之后在就业市场上的地位虚弱，对其限制就业，其生存权受到影响，违反择业自由原则。可见，国外的立法与实践分析，合理的竞业禁止协议需要严格限制竞业禁止义务的主体范围，而不能将该义务主体扩大化，否则，必然导致竞业禁止协议无效。

2、业务范围的限制

一般地说，业务范围的限制是竞业禁止协议的必备条款。在国外的实践中，对业务范围的限制一般采用以下方式来进行规定：第一，通过对技术的规定进行限制，规定雇员不得为采用同种或相似技术的企业工作；第二，通过对产品的规定进行限制，规定雇员不得在生产同类或同级别的产品的企业中工作；第三，通过对服务的规定，禁止雇员从事相同或相似的服务；第四，通过对行为的规定，禁止雇员引诱其他雇员跳槽，禁止与现在的雇员进行交易，禁止建立与雇主相竞争的企业等。[9]一般地，无论以哪种方式来规定雇员不能从事

的业务范围，都必须对该范围规定得明确，否则会导致协议无效；另一方面，由于业务范围的限制是竞业禁止中最为严格的限制，如果规定得不合理，将会剥夺雇员的生存权，因此在实践中，如果所限制的业务范围过宽，也将导致协议无效。例如美国弗吉尼亚州法院在2001年判决的Motion Control Systems, Inc. v. East一案，[10]就很好地说明了竞业禁止协议中限制雇员的就业领域不能过宽，否则将导致协议无效。该案中，原告是设计和生产高性能发动系统的企业，主要产品是无刷发动机以及发动机上的放大器及电子控制器等。East曾是原告的质量工程部经理。原告与East签订了一份竞业禁止协议。协议规定East在雇佣关系结束后的两年内不得从事的业务，包括但不限于设计、生产、销售、分销发动机、发动机的驱动装置及控制装置。1998年，East辞职后，就受雇于Litton Systems, Inc.，该公司专门生产无刷发动机。因此，原告以违反竞业禁止协议为由对East提起诉讼。法院认定Litton Systems, Inc. 与原告生产同样的产品，因此裁定禁止East泄露原告的相关商业秘密，但是法院同时以“原告与East之间的竞业禁止协议已经扩大到与原告无关的业务范围，大大超过保护原告合法业务的必要”，在最终判决中确认该协议无效。因此，竞业禁止协议所限制的业务范围应当与雇员在前雇主接触或者可能接触的商业秘密相适应，否则协议将不能发生法律效力。

3、区域限制的合理性

竞业禁止协议应当明确规定，雇员在什么样的区域内不得开展与前雇主相竞争的业务或受雇于竞争单位。在国外，有的以雇主营业范围大小，作为限制竞业的范围；[11]也有的以雇主现在的营业范围为基础，并依据雇员的营业是否会对雇主构成竞业危险来确定

竞业禁止的区域范围。[12]可见，无论哪一种作法，都认为雇主只在有限的区域内存在有关商业秘密的利益，如果离职雇员在这一区域之外就业，与前雇主就没有竞争关系，前雇主就不能限制。例如，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《债务法》第340条也规定，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。意大利《民法典》第2125条也有类似于瑞士法律的规定。在美国，如果竞业禁止协议限制的区域范围过宽，那么法官是不会强制雇员履行该协议，因为这种协议会导致雇员谋生过于困难。在美国很多州，如果约定禁止雇员在全国范围内从事与前雇主相竞争的业务，那么竞业禁止条款将被认为是不合理的。但随着现代经济的发展，这一观点受到了极大的挑战。试想，如果全国性的公司使用商业秘密的业务遍及全国，那么将竞业禁止的区域确定为全国范围，应该也是合理的。此类地域限制，在美国的司法实践中也得到体现。例如，美国联邦巡回法院法官在1998年的National Business Services v. Wright案的判决中，就认为“当雇主从事的是与互联网有关的业务的时候，一项全国范围的竞业禁止协议可以是合理的，因为互联网是不受州与州界限约束的”。[13]

4、期限限制的合理性

期限限制是竞业禁止协议的一项必备条款。各国立法关于竞业禁止期限的规定并不一致，例如德国《商法》第74条a项规定，离职后两年以上的竞业禁止协议无效。意大利《民法典》第2125条规定，经理级人员离职后竞业禁止协议的时间限制为5年，其他人员的限制不得超过3年；在约定期限超过上述限制性规定的情况下

，应当相应削减。阿根廷法院在实务中认为，竞业禁止的限制期限不超过3年，超过的部分无效，这种作法在Ducilo公司诉Barcia案中得到充分体现，[14]该案中Barcia工程师于1964年与Ducilo公司签订竞业禁止协议，约定自双方之间的雇佣合同终止之日起5年内，Barcia不得直接或者间接任职或者服务于锦纶生产企业及锦纶生产设备制造企业。此后Barcia因故从Ducilo公司离职，并被另一家锦纶生产企业雇佣。Ducilo公司因此提起诉讼，指控Barcia违反竞业禁止协议。一审法院以竞业禁止协议限制雇员的工作自由，违反了阿根廷宪法以及一般公共政策为由，判决竞业禁止协议无效，驳回Ducilo公司的诉讼请求。Ducilo公司不服一审法院判决，上诉于上级法院。上级法院改判竞业禁止协议在前3年内有效，但在合同约定的5年期间的后2年无效。其理由是为保护商业秘密而作出的竞业禁止的约定，在合理的期间内应为有效，有效期间为离职日起3年内，超出该合理期间则为无效。虽然各国的竞业禁止期限有所不同，但从近期国外的判例看，在高新技术领域的竞业禁止期限有缩短的趋势。例如美国第二巡回法院在Earth Web, Inc. 诉Schlack违反竞业禁止协议和侵害其商业秘密一案中，[15]援引1997年的Double Click, Inc. 诉Henderson一案认为，网络产业发展迅速，双方约定的竞业禁止期限不宜超过6个月，最后法院拒绝支持为期一年的竞业禁止期限。美国联邦巡回法院也认为面对发展变化迅速且无地域限制的网络产业，一年期间的约定过长。从美国目前的实践看，一般认为竞业禁止的期限在6个月到2年之间，是合理的。虽然法院有时也支持更长的竞业禁止期限，但这种更长的期限往往会减少协议有效的可能性。

5、对价的补偿性

履行竞业禁止义务是否以经济补偿为对价，这在各国的立法和实践中也不一致。一些国家认为，在竞业禁止协议中必须规定给予雇员的适当补偿，例如德国《商法》第74条规定，竞业禁止期间，雇主应给予雇员离职前最后一年的年报酬的一半以上作为补偿，否则竞业禁止协议无效。意大利《民法典》将雇主给付雇员合理的对价作为合理性的判断标准之一。另一些国家则认为，雇主是否给予雇员补偿应当依个案判断，例如英国判例认为，竞业禁止协议是否有效，应根据其是否有合理性的加薪来判断，不涉及补偿问题。[16]在阿波罗化学公司案中，日本法院认为虽然协议没有规定对离职后竞业禁止进行补偿，但雇员在任职时的工资很高，可以认为其中包含了竞业禁止的补偿费用。[17]由于竞业禁止义务限制了雇员再就业的机会，往往会减少雇员的实际收入和可能的收入，因此在司法实践中，不管各国法律如何规定，如果雇主在竞业禁止协议中规定对雇员进行合理的补偿，均会增加协议有效的可能性。在补偿的方式上，国外一般有如下作法：（1）在雇佣关系终止时，雇主将补偿费一次性支付给雇员；（2）在竞业禁止期间内，雇主按月或按年支付补偿费；（3）补偿费包含在雇员在职期间的工资内，在竞业禁止期间内不再另行补偿，这一种补偿方式在日本的阿波罗化学公司案中被法院认可。

三、我国竞业禁止协议效力判断标准的完善

（一）我国现行立法及简要评析 目前，我国法律仍然没有就竞业禁止协议效力判断标准进行统一、详细的规定，而散见于国家一些法律和部委规章中。《促进科技成果转化法》第28条第2款规定，企业、事业单位可以与参加科技成果转化的有关人员签订协议，约定相关人员不得从事与原单位相同

的科技成果转化活动。国家科学技术委员会发布的《关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见》第7条规定，单位可以与有关行政管理人员、科技人员和其他相关人员协商，约定竞业限制条款。凡有这种约定的，单位应向有关人员支付一定数额的补偿费。竞业限制的期限最长不得超过三年；竞业限制条款一般应当包括竞业限制的具体范围、竞业限制的期限、补偿费的数额及支付方式、违约责任等内容；负有竞业限制义务的人员有足够证据证明该单位未执行国家有关科技人员的政策，受到显失公平待遇以及本单位违反竞业限制条款，不支付或者无正当理由拖欠补偿费的，竞业限制条款自行终止。劳动部发布的《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职工在终止或解除劳动合同后的一定期限内（不超过三年），不得从事竞业行为，但用人单位应当给予该职工一定数额的经济补偿。从上述规定看，我国对竞业禁止协议的规定具有以下不足：1、有关竞业禁止协议规定的立法层次低，缺少一部规范竞业禁止协议的商业秘密法；2、有关竞业禁止协议规定的内容过于简单而且可操作性不强，具体表现在：（1）对竞业禁止的区域范围没有规定；（2）对竞业禁止的业务范围规定得不够详细；（3）对补偿费数额的计算和支付方式均没有明确的规定等，这样使得法院在实务中难以对竞业禁止协议的效力进行判断，因此我们有必要借鉴国外的立法和实践，对我国的相关制度进行完善。（二）我国竞业禁止协议效力判断标准的完善 我国在完善竞业禁止协议效力的判断标准时，首先应当考虑将该制度纳入今后制定的统一的商业秘密法中；其次，在设计判断标准的内容方面，我国应当在借

鉴国外立法与实践中有有关合法性判断标准的基础上（具体内容已经在前文详述，这里不再赘述），结合我国的实际情况，从以下几个方面合理限定竞业禁止的范围：1、在合理限定竞业禁止义务的主体方面，笔者认为通常应当综合考虑两个因素：首先，应当分析这些人员是否接触或知悉雇主的商业秘密；其次，被限制人员的生存能力是否会因此受到影响，是否会违反法律的公平原则。从这个角度讲，竞业禁止协议所限制的雇员应当是特定的，而不能是雇主的全体雇员。结合我国的实际情况，我国在立法时可以将竞业禁止义务的主体限定为：（1）企业高级管理人员，这类人员往往掌握着企业核心的商业秘密；（2）高级研发人员，这类人员由于工作的性质而掌握着商业秘密的关键内容；（3）关键岗位的技术人员，这类人员可能了解商业秘密的某些内容；（4）市场计划和销售人员，这类人员往往掌握着诸如客户名单的经营信息；（5）财务人员，财务资料往往包含着大量的商业秘密；（6）秘书人员，其在日常工作中往往接触了大量的商业秘密。上述这些人员在离职后再行就业的，往往会成为新的技术人员或管理人员，在从事竞争行业的过程中将不可避免地会使用前雇主的商业秘密，因此，应当对这些人员适用竞业禁止。2、在规定雇员不能从事的业务范围的方式方面，笔者认为，我国立法可以直接借鉴国外的作法，但法律应当明确规定，雇主无论采取哪种方式规定雇员不能从事的业务范围，都必须对该范围规定得明确，而不能是模糊不清的，否则协议无效。同时，法律还应当明确规定，如果雇主限制雇员从事的业务范围过宽，将导致竞业禁止协议无效，这样可以约束雇主随意限制雇员择业自由的行为。具体而言，雇主

在确定雇员不能从事的业务范围时，应当综合考虑以下因素：

- （1）雇员在职时所从事的工作或所执行的任务；
- （2）雇员在雇佣关系存续期间知悉或可能知悉雇主商业秘密的范围；
- （3）雇员离职后所从事的工作或营业是否与前雇主存在竞争关系。

3、在规定区域限制的范围方面，笔者认为，我国立法应当主要考虑离职雇员在该区域开展相竞争的业务是否会损害雇主商业秘密的竞争利益。具体地说，判断区域限制的范围是否合理，应当考虑以下两个方面：首先，应当考察雇主的商业秘密在该区域是否仍能构成商业秘密、具有商业秘密的价值，因为如果雇主在该区域不享有商业秘密的权益，当然也就不存在商业秘密的竞争利益；其次，应当考察雇主的商业秘密业务是否已经在该区域开展。如果符合上述条件，那么就可以认定雇主在该区域存在商业秘密的竞争利益，对雇员在该区域实施竞业禁止是合理的。从这一认定标准，笔者认为，在经济全球化的今天，随着互联网的迅速发展和运用，雇主商业秘密的竞争利益有可能遍及全球，这时雇主可以将竞业禁止的区域限制约定为全球范围。

4、在竞业禁止期限的期限方面，笔者认为，期限的长短应当取决于以下三个因素：

- （1）该商业秘密在市场竞争中所具有的竞争优势持续时间的长短，具体地说，竞争优势可持续时间长则竞业禁止的期限也应当长；反之，期限则应当短。在确定竞争优势可持续时间长短时，应当充分考虑商业秘密所处的行业，因为这二者之间有着密切的联系。例如在信息技术等高科技行业，由于技术更新快、技术淘汰率高，其限制期限应当要短于一般行业的限制期限。
- （2）雇员掌握商业秘密的程度和技术水平的高低。一般地说，雇员掌握商业秘密的程度和

技术水平越高，雇主就需要越长的时间来消除雇员的影响，而且雇员的竞业行为对雇主的影响也越大，从这个角度讲，竞业禁止的期限可以相对长一些，例如对核心技术人员和高级管理人员可以限制稍长的期限。（3）一个国家在平衡雇主商业秘密的保护和雇员自由择业权时的价值倾向。如果相对倾向于保护雇主商业秘密，则会给予长一些的限制期限；反之，限制期限就短。因此，我国在立法时应当充分考虑相关因素，合理规定竞业禁止的期限。根据我国社会保障制度、工资以及就业的现状分析，笔者认为对离职雇员的竞业禁止期限应当分以下几种情况来规定：（1）对于一般的商业秘密，我国可以借鉴德国法律的规定，即竞业禁止期限不超过2年；（2）对高新技术领域的商业秘密，竞业禁止期限不超过一年；（3）在特殊情况下，竞业禁止的期限可以不受时间的限制。这种只有在雇员所接触的商业秘密属于雇主重点保护的、具有重大利益的情况下，才能与雇员签订长期或终身的竞业禁止协议。例如可口可乐公司可以与掌握可乐配方的雇员签订这种协议，但这属于极少数情况。

5、在雇主是否应当给付雇员适当补偿方面，笔者认为，竞业禁止协议应当规定对离职雇员进行对价的补偿，而其补偿是否合理，则应根据权利义务的对等和公平原则来确认。因为离职雇员履行竞业禁止义务，往往会减少自身的实际收入和可能的收入，限制了雇员再就业的机会，如果不对其损失进行补偿，显然会违背公平、正义的法律原则。因此，雇主应当给予离职雇员对价的补偿，这样竞业禁止才可能是公平的。因此，我国法律应当明确规定，竞业禁止协议必须明确约定给予雇员合理的补偿数额，否则协议无效。在确定补偿标准方面，笔者认为

，离职雇员履行竞业禁止义务，很大程度上意味着雇员将被迫转行甚至不能再就业，因此我国法律规定这种经济利益的补偿标准不能过低，具体地说，这种补偿标准应当使雇员的实际收入与其择业不受限制时的可能收入基本持平或更多，这样的补偿标准才能是合理的。在立法上，我国参考深圳经济特区《企业技术秘密保护条例》第17条关于补偿费的规定，可具体表述为：竞业禁止协议约定的补偿费按年计算不得少于该雇员离开雇主前最后一个年度从该雇主获得的报酬总额的2/3；竞业禁止协议中没有约定补偿费的，补偿费按照前款规定的最低标准计算。如果由于履行竞业禁止义务而导致离职雇员的实际收入降低的，前雇主还应当补足其差额。同时，在补偿费的支付方式上，笔者认为对雇员的补偿应当单独支付。实践中，我国许多企业将离职雇员的补偿费包含在雇员在职时的日常工资中。我国法律法规对这种补偿方式没有明确规定其是否可行。笔者认为，以这种方式作为竞业禁止的补偿应当是可行的。如前所述，国外的司法实践也认可这种补偿方式。但在采用这种方式进行补偿时，应当注意以下两个问题：（1）如何确认雇员在职时的高工资已经包含了竞业禁止补偿费；（2）这种补偿方式是否应当在协议中明确规定。笔者认为，考察雇员在职时的工资是否已经包含了补偿费，可以以该岗位的社会平均工资来衡量；其次，雇主与雇员签订竞业禁止协议时必须明确这种补偿方式，否则，在将来的诉讼中，雇主可能因为无法举证自己已经支付了补偿而导致协议无效。四、结语如前所述，由于竞业禁止协议与一般的民事合同存在着实质的不同：一方面，在签订竞业禁止协议时，由于雇员相对处于弱势地位，可能导致雇员接受

雇主提出的不合理的竞业禁止条款，即这类协议具有不对等因素，“订立的合同很少是协商一致的产物，而是由对方一手操纵的”；[18]另一方面，由于竞业禁止协议必然会限制雇员的自由择业权、劳动就业权，使这种协议具有一定的人身权属性，因此对一般民事合同的效力可以直接依契约自由的原理加以判断，而对竞业禁止协议的效力则必须同时综合各种因素来分析。但是，我国目前立法仍然没有对这种判断标准进行详细规定，不利于充分平衡雇主与雇员之间的利益，因此，合理地构建竞业禁止协议效力的判断标准，是我国立法急需解决的一个重要课题。 注释：①参见珠海市《企业技术秘密保护条例》第18条中关于竞业限制的规定；除非特别指出，本文中的竞业禁止与我国相关法律、法规、规章中的竞业限制同义。笔者认为，从严格意义上说，竞业禁止协议还应包括雇主与在职雇员约定的、雇员不得在竞争性企业兼职的协议，但由于这类在职职工禁止兼职义务与离职职工的竞业禁止义务的产生依据不同，本文区别对待，而本文仅探讨离职雇员的竞业禁止协议，因此本文对其定义采用了上述界定。②雇主签订竞业禁止协议的目的在于保护自身的商誉、经营效率、商业秘密等利益，而在我国目前的实践中，雇主签订竞业禁止协议的主要目的在于保护商业秘密，因此本文主要围绕这一保护目的展开论述。 参考文献：[1]王泽鉴．《契约上的不作为义务》[A]．王泽鉴．《民法学说与判例研究》（8）[C]．北京：中国政法大学出版社，1998．116．[2]史尚宽．劳动法原论[M]．台北：台湾正大书馆，1987．53．[3]我妻荣．债法分论[M]．东京：岩波书店，1963．595．[4]JOHN W, BOWERS & STACEY L, KATZ

&CHARLES W, BACKS. Covenants Not to Compete : Their Use And Enforcement in Indiana[J]. Valparaiso University Law Review , Fall, 1996. [5] Hollingsworth Soliderless Terminal Co. v . Turley, 622 F. 2d 1324(9th Cir. 1980). [6] 谢铭洋, 古清华, 丁中原, 张凯娜. 营业秘密法解读[M]. 台北: 月旦出版社股份有限公司, 1996. 91. [7] 孔祥俊. 商业秘密保护法原理[M]. 北京: 中国法制出版社, 1999. 275—276. [8] 张玉瑞. 商业秘密的法律保护[M]. 北京: 专利文献出版社, 1994. 124. [9] 张玉瑞. 商业秘密法学[M]. 北京: 中国法制出版社, 1999. 434—435. [10] 纪晓昕. 析美国商业秘密保护中的竞业禁止制度[J]. 电子知识产权, 2004, (1) : 48. [11] 谢铭洋, 古清华, 丁中原, 张凯娜. 营业秘密法解读[M]. 台北: 月旦出版社股份有限公司, 1996. 95. [12] 徐玉玲. 营业秘密的保护[M]. 台北: 台湾三民书局, 1993. 149. [13] 纪晓昕. 析美国商业秘密保护中的竞业禁止制度[J]. 电子知识产权, 2004, (1) : 48. [14] 案例内容详见陶鑫良. 商业秘密保护中的合理竞业禁止[J]. 知识产权, 1996, (3) : 31. [15] 吴晶. 对离职竞业禁止的法律思考[J]. 劳动经济与劳动关系, 2004, (1) : 47. [16] 徐玉玲. 营业秘密的保护[M]. 台北: 台湾三民书局, 1993. 150—151. [17] 案例内容详见苏虎超, 王建领. 商业秘密保护案例分析[M]. 太原: 山西经济出版社, 1999. 101—102. [18] 姚辉. 民法的精神[M]. 北京: 法律出版社, 1999. 129.

100Test 下载频道开通, 各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com