# 论竞业限制协议泛化适用的法律规制*

## ——以不可避免披露原则的引入为中心

朱文辉

（华南理工大学　法治经济与法治社会研究中心，广东　广州　510006）

［摘　要］竞业限制协议的泛化适用不利于劳动者权益保护和科技创新发展，而当前我国竞业限制协议泛化适用问题非常严重，亟须予以规制。“负有保密义务的人员”的理解与适用偏差、竞业限制的保护客体界定不清、司法审查偏重形式是竞业限制协议泛化适用的重要原因。不可避免披露原则作为一种法定利益衡量机制可以有效平衡商业秘密保护与离职员工自由择业，根据我国现实司法情况及具体法律制度对其进行适当限制，并以一种合理的适用途径引入我国，可以很好地解决竞业限制协议泛化适用问题。

［关键词］竞业限制协议；不可避免披露原则；泛化适用；商业秘密；法律规制

［中图分类号］DF472　　［文献标识码］A　　［文章编号］1673-2375（2023）06-0061-11

## 一、问题：竞业限制协议的泛化适用

竞业限制是《劳动合同法》规定的一项重要法律制度，其通过限制劳动者离职后的自由择业权来保护企业商业秘密，意在离职劳动者自由择业和企业商业秘密保护之间觅得平衡。相较于商业秘密侵权诉讼，竞业限制立足商业秘密事前保护，将侵权救济的时间点提前到侵权行为发生之前，具有损害推定、事前防范的特点。《劳动合同法》对竞业限制的立法目的、适用范围、时间期限以及补偿金等内容作出了具体规定。但是在实践中，企业为了保护自己的商业秘密，通常对员工具体工作内容是否涉及商业秘密不予考虑，而要求所有员工在入职之时都签订竞业限制协议，入职员工在巨大的求职就业压力面前对企业竞业限制协议的泛化适用没有任何选择权。

我国竞业限制协议泛化适用问题非常严重。许多有关竞业限制协议的不合理适用也常见诸报端[1]。越来越多不掌握企业商业秘密、本不必要承担竞业限制义务的劳动者，因为在入职之时与企业签订竞业限制协议而在离职之后被予以竞业禁止。无论是从司法个案视角还是地区整体司法运行视角，都能够清晰看出竞业限制协议的泛化适用倾向。司法个案上，诸如产品研发设计人员①、

*［收稿日期］2023-07-15

［基金项目］本文系国家社会科学基金青年项目“经济法统合性立法研究”（项目编号：20CFX056）的阶段性研究成果。

［作者简介］朱文辉（1997—），男，河南平舆人，法学硕士，华南理工大学法治经济与法治社会研究中心助理研究员，研究方向为劳动和社会保障法。

① 参见：龚熙战与无锡小天鹅电器有限公司竞业限制纠纷案，江苏省无锡市中级人民法院民事判决书（2021）苏 02 民终 2021 号。

企业销售人员①、见习人员②、法务人员③、客服人员④、汽车修理工⑤、美发师⑥、家政服务人员⑦等都因与企业签订竞业限制协议而被予以竞业禁止。我国许多法院从地区整体司法状况的视角也指出了竞业限制协议的泛化适用问题。上海市第一中级人民法院在 2018 年发布的《竞业限制纠纷案件审判白皮书》中明确指出，“部分用人单位也存在不区分员工具体从事何种岗位、是否接触商业秘密，一律签订协议的情况”[2]。北京市第一中级人民法院在 2020 年发布的《涉竞业限制协议案件疑难问题的调研报告》中表明，“实践中存在仅以保密协议和离职证明中约定了劳动者负有保密和竞业限制义务为由，就认定劳动者属于法律规定的竞业限制人员的情形……同时还存在《员工手册》等规章制度中规定劳动者应当履行竞业限制义务的情况。这使得义务主体具有扩张到普通劳动者的趋势。还存在竞业限制协议的义务主体范围扩大到劳动者的近亲属，要求劳动者的近亲属不得从事竞业行为，或者劳动者对其近亲属的竞业行为承担违约责任的情形”[3]。苏州市中级人民法院在 2021 年发布的《竞业限制调研报告：创新、竞争、诚信、就业等多维价值的冲突和平衡》也指出，“司法实践中，对竞业限制人员的认定有泛化的趋势”[4]。深圳市中级人民法院 2021 年发布的《司法调研：关于竞业限制案件裁判实践与完善的思考》也同样指出，深圳地区企业与员工签订的竞业限制协议存在“业务主体泛化”的情况[5]。最高人民法院注意到我国竞业限制协议适用泛化乱象，指出“既要防止因不适当扩大竞业限制的范围而妨碍劳动者的择业自由，又要保护用人单位的商业秘密等合法权益，最大限度地实现设立竞业限制制度的立法本意和目的”⑧。也有学者以我国法院在 2015—2019 年审结的竞业限制案件为实证分析样本，指出我国竞业限制协议的泛化适用已经非常严重，亟须予以纠正[6]。

竞业限制的立法本意是保护企业商业秘密。但以上无论是具体个案分析的层面，还是地方法院从地区整体司法状况视角的审视，抑或是学者从实证层面的分析，都能说明我国竞业限制的使用已经偏离了其立法本意。竞业限制协议的泛化适用不利于人才合理流动，将会导致人才市场僵化，甚至危及劳动者生存权和发展权，同时也对科技创新发展不利[7]。

基于此，本研究尝试探讨我国竞业限制协议泛化适用的原因，以及怎样才能有效规制竞业限制协议的泛化适用问题，如何结合我国现行法律制度构建一条最佳规制路径以更好地平衡商业秘密保护和离职劳动者自由择业。

## 二、反思：竞业限制协议泛化适用的原因

纵使竞业限制协议泛化适用趋势已经被实务界和理论界广泛关注，但是如何有效解决此种泛

① 参见：宋莉莉与上海连源办公设备股份有限公司竞业限制纠纷案，上海市第一中级人民法院民事判决书（2020）沪 01 民终 14123 号。

② 参见：攀枝花市新起点房地产经纪有限责任公司与程小琴竞业限制纠纷案，四川省攀枝花市中级人民法院民事判决书（2020）川 04 民终 633 号。

③ 参见：莱克电气股份有限公司与祝丽美竞业限制纠纷案，苏州市虎丘区人民法院民事判决书（2019）苏 0505 民初 7835 号。

④ 参见：周凌枫与苏州创意云网络科技有限公司竞业限制纠纷案，江苏省苏州市中级人民法院民事判决书（2020）苏 05 民终 7875 号。

⑤ 参见：上海行川汽车用品有限公司诉刘天亮劳动合同纠纷案，上海市第一中级人民法院民事判决书（2016）沪 01 民终 4882 号。

⑥ 参见：城关区广场南路皇冠发艺店诉豆莲劳动争议纠纷案，兰州市城关区人民法院民事判决书（2016）甘 0102 民初 2061 号。

⑦ 参见：浙江帮帮环境科技集团有限公司与刘晓林竞业限制纠纷案，杭州市拱墅区人民法院民事判决书（2017）浙 0105 民初 6175 号。

⑧ 参见：《最高人民法院印发〈关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见〉的通知》（法发〔2009〕41 号）。

化适用问题依旧没有定论。探求竞业限制协议泛化适用的原因，是提出解决建议的基础。

（一）“负有保密义务的人员”的理解与适用偏差

《劳动合同法》第 23 条将竞业限制的适用对象限定为“负有保密义务的劳动者”，第 24 条规定，“竞业限制的人员限于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”。《公司法》对高级管理人员作出了限定，高级技术人员应当理解为从事企业一线生产、掌握企业商业秘密的人员。此二者分别从管理层面和生产层面掌握企业商业秘密，被认为其负有保密义务，而在离职后进行竞业限制不存在争议。问题在于《劳动合同法》第 23 条和第 24 条规定的“负有保密义务”如何理解。直言之，如何理解保密义务、如何确定劳动者负有保密义务是该问题的关键。

劳动契约中存在身份要素的介入，因此雇员便对雇主具有了忠实义务[8]。雇员的保密义务是忠实义务的要求之一，无论雇员与雇主是否存在事前约定，以何种方式知悉雇主的商业秘密，都应当对此予以保密[9]。由此可见，保密义务本应是所有劳动者都应当承担的根本性义务，但是我国立法将之限定为企业高级管理人员、高级技术人员以及其他负有保密义务的人员，按照一般理解，作为兜底规定的“负有保密义务的人员”应当为与列举项（高级管理人员、高级技术人员）基本对应的人员。所以，可以认为“负有保密义务的人员”本身就带有限缩意味，不能用之涵盖公司上下所有层级、所有人员。全国人大法律委员会在《关于〈中华人民共和国劳动合同法（草案）〉修改情况的汇报》中也指出，竞业限制适用范围不宜过于宽泛，应主要限于高级管理人员、高级技术人员。但正如有学者指出的，如果不对竞业限制的所有人员进行明确列举，实践中可能会大量出现与立法目的相悖的操作[10]。实际情况确实如此，在法律没有对“负有保密义务的人员”进行明确限定的前提下，“负有保密义务的人员”本身所具有的限缩意味反而成了竞业限制协议泛化适用的温床。

立法本身限缩目的不能实现的矛盾在司法中极其明显。许多劳动者如企业销售、在校实习生等无一例外都需要签订竞业限制协议，但是这些人员所在的岗位本身能接触到的商业秘密非常有限，甚至接触不到任何商业秘密，从一个普通的、正常的社会一般人的视角来看，企业与之签订竞业限制协议根本不存在任何正当性。而反观离职后的企业销售等基层工作岗位员工，其掌握知识有限，技能较为单一，工作领域也相对固定，能够自由选择的岗位非常有限，一旦离职后不能从事与原工作相似的工作，对其是重大的打击，甚至会对其基本生活产生严重影响。竞业限制本身的目的是在离职员工自由择业与企业商业秘密保护之间觅得平衡，将之泛化适用到不掌握商业秘密的劳动者身上，并不符合竞业限制的立法本意。总之，将“负有保密义务的人员”泛化适用到普通劳动者是对《劳动合同法》理解的偏差，这种偏差是竞业限制协议泛化适用的根本原因。

（二）竞业限制的保护客体界定不清

《劳动合同法》第 23 条将竞业限制协议的保护客体界定为“用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项”。申言之，我国竞业限制保护的客体为商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对与知识产权相关的保密事项的理解不存在偏差，其是指尚未被知识产权法律所保护的信息，如暂未成功取得知识产权的处于研发阶段的专利、设计中的商标。但是怎样理解作为竞业限制协议保护客体的商业秘密？商业秘密与作为竞业限制保护客体的商业秘密有何界限？这些问题的回答与竞业限制协议泛化适用息息相关。

我国商业秘密保护立法以《反不正当竞争法》为核心，辅之以其他民商事单行立法以及相关司法解释对商业秘密予以保护[11]。《反不正当竞争法》对商业秘密概念的界定是我国其他单行法有关商业秘密规定的理解基础，《劳动合同法》也不例外。但《劳动合同法》采用《反不正当竞争法》对商业秘密概念的规定，并不意味着《劳动合同法》中商业秘密的范围应当与《反不正当竞争法》一致。二者对商业秘密的保护存在以下三点不同：其一，保护的时间点不同。《劳动合同法》中的竞业限制对商业秘密的保护是预防性保护，即在商业秘密侵权行为发生之前对商业秘密进行保

护；而《反不正当竞争法》意在对已经发生的侵犯商业秘密的行为予以制裁，为权利人在弥补侵权损害方面提供救济途径。其二，规制主体不同。竞业限制意在规制离职后的劳动者，防止其离职后泄露企业商业秘密；而《反不正当竞争法》规制主体是“经营者”，防止“经营者”为谋取不正当利益通过不正当手段获取商业秘密。其三，规制对象不同。竞业限制的规制对象是离职后劳动者的自由择业权，是对离职劳动者就任相似岗位权利的限制；而《反不正当竞争法》采用“行为法”模式，规制对象为不正当侵犯商业秘密的行为[12]。综合以上三点，《劳动合同法》对商业秘密保护的范围明显小于《反不正当竞争法》，也就是说，并非所有商业秘密都适用竞业限制协议进行保护，只有可能涉及企业重大利益的商业秘密才需要适用竞业限制协议。

《反不正当竞争法》将“商业秘密”定义为“不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息”。商业秘密作为一种商业信息，其边界也值得探讨。劳动本身也是学习、创造的过程，若劳动者在工作中根据自身在工作中学习的知识，创造出了对企业有价值的信息，可否将此种信息归于企业商业秘密？或者劳动者在接触企业商业秘密之后，根据自身工作经验对企业商业秘密进行一定改进，创造了更有价值的商业秘密，能否将劳动者改进的商业秘密归于企业商业秘密？诸如此类问题，实践中也经常出现。有法院将劳动者根据自身知识创造有价值的信息归于企业商业秘密①。但是在司法实务中的此种做法不妥，劳动者履行劳动义务创造的有价值的信息，应当属于劳动财产权的范畴，不能将之归于用人单位商业秘密[13]。

根据现行立法，可以推断竞业限制协议之下商业秘密的范围应当小于《反不正当竞争法》关于“商业秘密”的界定，实务中企业将所有商业秘密，甚至以后可能存在的商业秘密都归于竞业限制协议的保护，是错误的行为。司法上对商业秘密扩大认定，将本应归属于劳动者劳动财产权的信息归于企业商业秘密是对企业惯常做法的纵容。立法的不明确和司法的纵容，导致了作为竞业限制协议保护客体的商业秘密界定不清，这是竞业限制协议泛化适用的重要原因。

（三）司法审查偏重形式

在《劳动合同法》出台之前，我国各地对竞业限制人员适用范围的地方立法有“知悉商业秘密的人员”和“负有保密义务的人员”两种类型。以《广东省技术秘密保护条例》为例，该条例规定了“单位可以与知悉技术秘密的有关人员签订竞业限制协议”。《劳动合同法（草案）》也规定，竞业限制适用对象为“知悉用人单位商业秘密的人员”。此种规定模式明确指出竞业限制协议的范围是“知悉商业秘密的人员”，将竞业限制协议与商业秘密保护紧密关联。但是在《劳动合同法（草案）》二审稿中，则采用“负有保密义务的人员”类型，将“知悉用人单位商业秘密的人员”修改为“负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者”，直至正式稿将之确定为“负有保密义务的劳动者”。立法作出此种修改是因为“知悉商业秘密的人员”范围过小，不能够有效保护尚未取得的知识产权。但是也因此产生了另外的问题，“知悉商业秘密的人员”将竞业限制协议的适用对象侧重为“知悉”商业秘密，从实质层面对竞业限制协议适用进行限制，二审稿和正式稿将之确定为“负有保密义务的人员”更侧重形式要求。

重形式轻实质的立法规定在司法上体现得更为明显。实务中，企业以劳动者违反竞业限制协议为由将之诉至法院，劳动者往往以自己不是适格的竞业限制主体为由进行抗辩，但是由于二者之间签订的竞业限制协议绝大多数约定劳动者有保守企业商业秘密的义务，或者劳动者的工作岗位属于竞业限制协议的范围，法院基于形式性审查，在劳动者不能对以上两点提出反证的情况下，基本都会判决劳动者败诉②。立法的侧重形式为用人单位滥用竞业限制协议奠定了基础，在司法中

① 参见：赵岳与锦州新锦化机械制造有限公司竞业限制纠纷上诉案，辽宁省锦州市中级人民法院民事判决书（2015）锦民一终字第 00107 号。

② 参见：万得信息技术股份有限公司与朱玉莲竞业限制纠纷案，上海市浦东新区人民法院民事判决书（2017）沪 0115 民初 15176 号。

也未注重对具体案情进行实质审查，这也是竞业限制协议泛化适用的重要原因。

竞业限制协议是企业与劳动者签订的双务合同，自然需要遵循民法的意思自治原则。但是竞业限制协议一般都在劳动者入职之时签订，此时劳动者与企业存在极大的不平等，劳动者迫于经济或者就业压力没有拒绝的权利，因此，竞业限制协议是一种形式上平等而实质上不平等的协议[14]。劳动法根植于民法却又超越民法，意味着竞业限制协议的调整不能完全遵循民法意思自治原则，因此，司法上惯用的对竞业限制协议进行形式性审查的做法有误。立法的侧重形式导致了司法上对竞业限制协议的形式性审查，而形式性审查往往会致使劳动者败诉，这也从反面上导致了竞业限制协议的泛化适用。

上述三点是竞业限制协议泛化的最主要原因，但并不是全部原因。实务上，此问题极为复杂，其他原因也有很多。诸如如何认定保密事项与保密义务，对此一事项的不同理解也会导致司法审判的不同结果。比如培训机构教师的教案，有法院认为属于教师的劳动成果，不属于企业商业秘密，因此不涉及保密事项与保密义务问题①。也有法院认为属于培训机构商业秘密，教师应当对此保密②。我国现行法律、司法解释没有对此作出明确界定，司法实务也没有统一的答案，但是保密义务和保密事项的界定是重要问题，直接关涉劳动者是否能够成为适格的竞业限制主体。司法上模糊的观点，也会导致竞业限制协议的扩大适用。在认定保密事项的基础上，怎样合理分配劳资双方对保密事项的证明责任，我国现行法律也没有对此作出界定。有法院认为，应当由用人单位证明劳动者是否为保密人员、是否承担保密义务，如果用人单位举证不能应当承担不利后果③。也有法院认为，劳动者如果不能提出确切证据证明自己不负有保密事项，就应当按照竞业限制协议的约定，认定劳动者是否负有保密义务④。证明责任的分配是诉讼中最重要的内容之一，确定双方证明责任分配对裁判结果有重要影响，在我国法律没有明确界定的情况下，不同法院的不同观点也在一定程度上导致了竞业限制协议的扩大适用。

## 三、建议：不可避免披露原则的引入

学界已有学者对解决竞业限制协议的泛化适用问题提出建议，大致可以分为三类：其一，严格限定类。例如：有学者认为，应当将竞业限制保护客体的商业秘密缩小，限定为重要商业秘密[15]；严格限制竞业限制协议的适用对象，普通劳动者一般不予适用[16]；限定竞业限制协议的限制职业活动范围[17]；对劳资双方订立竞业限制协议的自由进行限制[18]。其二，明确失效类。例如：限制竞业限制合同的生效条件，而放松失效条件[19]；竞业限制适用客体若为一般商业秘密、不存在的商业秘密或者竞业限制协议没有规定补偿金条款及用人单位违法解除劳动合同时，竞业限制协议自然失效[20]。其三，立法修订类。有学者认为立法本身的缺陷才是竞业限制协议泛化适用的最主要原因，基于此提出修订有关劳资双方关于权益配置的法律规定[21]。除上述三种方式之外，也有学者认为竞业限制协议的泛化适用应当由《反垄断法》规制[22]，但并没有给出具体的规制措施。以上解决思路对竞业限制协议的泛化适用有一定的参考意义，但是并没有从根本上解决问题。知识产权法是一个利益平衡机制[23]，竞业限制作为保护商业秘密的措施也应当是一种有效平衡企业商业秘密保护和离职劳动者自由择业的衡量机制。直言之，解决竞业限制协议泛化适用问题的本质是如何以一种平衡机制来合理平衡劳资双方利益。

① 参见：杭州岩倍教育咨询有限公司诉李嗜文竞业限制纠纷案，杭州市拱墅区人民法院民事判决书（2016）浙0105民初6000号。

② 参见：范宁与盘锦鸿文教育培训学校竞业限制纠纷案，辽宁省盘锦市中级人民法院民事判决书（2019）辽11民终406号。

③ 参见：达趣（杭州）艺术特长培训有限公司与马郡擎竞业限制纠纷案，杭州市滨江区人民法院民事判决书（2019）浙0108民初3979号。

④ 参见：王任重诉马瑞利（中国）有限公司竞业限制纠纷案，上海市浦东新区人民法院民事判决书（2017）沪0115民初73104号。

（一）不可避免披露原则：一种利益平衡机制

不可避免披露原则（Inevitable Disclosure Doctrine）肇始于美国判例法，该原则是指除非经原雇主同意，否则掌握前雇主商业秘密的雇员不得进入与前雇主具有相同竞争关系的行业或者竞争对手处任职，以保护前雇主的商业秘密[24]。该原则在美国司法实务界及理论界从产生之初的充满争议到现在的总体予以肯定，经历了一个漫长的发展过程。

不可避免披露原则思想萌芽于 1902 年的 Harrison v. Glucose Sugar Refining Co. 一案，法官在此案中指出，原告之所以能够顺利就任新职是因为其掌握了被告的商业秘密，若原告就任新职，必将导致被告商业秘密泄露①。而后在 1911 年的 Peerless Pattern Co. v. Pictorial Review Co. 一案中，法官指出“没有办法可以强制离职雇员在新职位上清除他的记忆”，若其就任新职，极有可能导致商业秘密泄露②。直至 1964 年的 E. I. Dupont v. American Potash Chemical 一案，“不可避免披露”在美国司法判决中首次正式出现③。经过司法案例的不断积累，美国法院最终在 1995 年的 Pepsi Co. Inc. v. Redmond 一案中正式确立了不可避免披露原则的适用标准④。该案件也标志着不可避免披露原则的正式建立，自此之后，不可避免披露原则在美国各地法院得到快速扩大适用。

在美国各地法院对不可避免披露原则适用中，也产生了很多争论。最主要的争论是，是否应当将离职雇员具有主观恶意归入不可避免披露原则的构成要件，因此也形成了纯粹不可避免披露原则和折衷不可避免披露原则两种观点。纯粹不可避免披露原则，不要求具备离职员工具有披露商业秘密的主观恶意要件，而仅仅因为掌握商业秘密的离职雇员就任类似岗位新职就可以发布就业禁止禁令[25]。折衷不可避免披露原则，主张应当将离职雇员是否存在主观恶意或者是否存在披露商业秘密的不当行为作为不可避免披露原则的要件之一[26]。不难发现，纯粹不可避免披露原则在只要是掌握商业秘密的离职雇员就任与前雇主相似工作的情况下，就可以发布禁止就任新职的禁令。此种情况下，虽然很好地保护了企业商业秘密，但是却不利于离职员工自由择业。折衷不可避免披露原则将离职雇员主观上是否存有披露商业秘密的故意、客观上是否存在披露商业秘密的行为纳入构成要件，同时兼顾了企业商业秘密保护与离职雇员自由择业，是对纯粹不可避免披露原则的完善和发展。

（二）折衷不可避免披露原则：可行的法定竞业限制

对于不可避免披露原则的引入，我国部分学者已有著述，总体上对此观点持支持态度，认为应当对其予以引入[27]。但直至今天，不可避免披露原则在美国司法实践中依旧存在很多争议，许多问题仍然处于争议之中，因此盲目引入不可取。不可避免披露原则的本质是一种衡量劳资双方权益的法定竞业限制标准，我国应当充分汲取美国有关司法经验，结合我国国情对是否引入不可避免披露原则予以综合考量。

美国司法最初对不可避免披露原则适用没有予以过度限制，只要离职员工就任新职与前雇主处工作相似，便予以竞业限制。此种情形类似我国司法实践对竞业限制协议的审理，即不对离职员工就任新职是否会泄露商业秘密进行实质审查，此种司法政策取向的不可避免披露原则（纯粹不可避免披露原则）不可取。而仔细观之，纯粹不可避免披露原则实质上是一种代替具体案情分析的法律假定，其对离职员工主观上是否存在披露商业秘密的故意不予考虑，甚至对离职员工呈交法庭的证据也不予考虑，法官断案仅仅注重原告提供的相关证据是否充分[28]。对于离职员工是否会披露企业商业秘密这一未来不确定事件，法官本应充分考虑各方证据，努力排除可能出现的错误，但是纯粹不可避免披露原则审查标准宽松、囿于法定标准、忽视律师作用、漠视离职雇员

① 参见：Harrison v. Glucose Sugar Refining Co., 116F. 304（7th Cir. 1902）.

② 参见：Peerless Pattern Co. v. Pictorial Review Co., 147 App. Div. 715（N.Y. App. Div. 1911）.

③ 参见：E.I. Dupont v. American Potash Chemical, 41 Del. Ch. 533, 200 A.2d 428（Del. Ch. 1964）.

④ 参见：Pepsi Co, Inc. v. Redmond, 54 F.3d 1262（7th Cir. 1995）.

申辩，其适用标准远远没有达到司法确信。

美国司法实践中适用纯粹不可避免披露原则也引发了理论界的许多批评。首先是纯粹不可避免披露原则不加限制的适用损害了离职雇员的择业自由，同时也降低了高新技术企业和初创成长型企业对离职雇员的吸引力，在一定程度上对友好创新无利，总体上也不利于经济发展与社会包容进步，因此，有学者将纯粹不可避免披露原则称为商业秘密保护领域的“怪胎”[29]。也有学者通过实证分析指出，鼓励劳动力流动的地区和行业具有更高的创新与竞争能力，纯粹不可避免披露原则限制离职雇员就任新职的作用客观上限制了有才智的员工利用其掌握的技能就任新职，这将会威胁离职员工的基本生计，也会对人力资本产生不利影响[30]。总体来看，纯粹不可避免披露原则是否定个案具体论证的法律假定，不仅不利于雇员自由流动，也是商业秘密保护制度中的“毒瘤”。

在纯粹不可避免披露原则的对立面是加州对员工自由流动的大力支持，这两种司法政策取向代表美国关于离职员工自由择业问题的两个极端。加州一直秉持人才流动自由、创新创业自由的公共政策。在加州的司法实践中，法院也强调促进创新创业思想交流，反对过于保护商业秘密持有者的经济利益。在硅谷，有观点甚至认为伴随离职雇员流动而带来的信息流动并不是对原雇主的损害[31]。若雇主起诉离职雇员要求禁止前往其竞争对手处任职，会被认为是对创新创业活动的背叛而被赋予不友好的社会评价，即使雇主胜诉，判决也并不能得以有效执行，该雇主甚至会遭受社会同行的鄙视。应当明确指出的是，加州秉持强而有力的劳动力流动政策，反对不可避免披露原则的适用，是其能够吸引高新技术人才的主要原因。雇员的自由流动往往伴随着商业秘密溢出原雇主，这有利于加州创新创业进步，在一定程度上打破了大型企业对知识的垄断，对初创公司有利，侧面上也能够提升加州整个区域的生产效率。但是也应当说明的是，支持雇员流动的公共政策并不代表反对商业秘密保护，也不代表离职雇员可以携带商业秘密随意入职新雇主。在学理上，即使是支持雇员流动的学者依然指出雇员流动应当是有限度的，雇员自由流动不能致使原雇主因为其商业秘密泄露而导致核心竞争力下降[32]。加州支持雇员流动的公共政策实质上同商业秘密保护的理念相悖，在过度保护离职雇员自由流动的同时，反而损害了社会整体利益。

因此，在雇员流动的同时对商业秘密进行恰当的保护是必要的。加州秉持雇员自由流动的公共政策带来的创新经济快速发展经验，虽然在侧面上证明不可避免披露原则过度限制员工自由流动的弊端，但是若过度强调雇员自由流动也会导致商业秘密泄露，不利于大型企业创新创业的进行。总之，加州秉持的雇员自由流动政策也正说明了不能抛弃不可避免披露原则，而是应当予以严格限制，以便合理平衡商业秘密保护与员工自由择业。直言之，问题的核心在于如何在保证雇员自由流动的基础上合理保护商业秘密（尽可能避免商业秘密泄露）。纯粹不可避免披露原则过于强调雇主商业秘密保护，应当摒弃自然无须多言，但加州不对雇员自由流动进行限制的司法政策取向也不可取。

我国现行商业秘密保护立法更为注重商业秘密实际侵害行为发生之后的救济以及责任归属问题，在离职员工自由择业与商业秘密保护问题之衡量上，如果用人单位与劳动者之间没有竞业限制协议，离职劳动者就任新职而导致的商业秘密即发侵权问题则无法规制。存有竞业限制协议时，适用竞业限制协议的裁判结果往往对员工不利。虽然在理论上商业秘密权利人可以使用民法中的消除危险请求权以制止离职员工对商业秘密的即发侵权行为，但由于我国并没有商业秘密消除危险请求权的立法规定，法院不会支持用人单位制止离职员工的即发侵害请求①。在此种情况下，用人单位只能寄希望于商业秘密实际侵害行为发生之后的损害赔偿请求，但商业秘密是一种脆弱的权利，对权利人意义重大，一旦泄露就将不复存在。因此，商业秘密保护与离职员工自由择业在我国现行法律制度下很难兼顾。我国立法和司法存在的问题，加上用人单位为保护存在的或可能

① 参见：山东省食品进出口公司、山东山孚集团有限公司、山东山孚日水有限公司诉马达庆、青岛圣克达诚贸易有限公司侵害商业秘密纠纷案，最高人民法院民事判决书（2009）民申字第1065号。

存在的商业秘密，导致了竞业限制协议的泛化适用，也导致了劳动者权益损害案件的发生。

不可避免披露原则在雇员离职是否会披露商业秘密这一点上，将商业秘密的保护扩大至即发侵权阶段，为商业秘密提供了更为周全的保护。美国的司法政策已有一百多年的积累，相较于劳资双方之间签订的竞业限制协议，不可避免披露原则可以有效解决商业秘密保护和雇员自由择业之间的冲突。若雇主与雇员之间存在竞业限制协议，不可避免披露原则可以用自己的法定利益衡量标准，对竞业限制协议的不公平之处进行一定调整，以避免竞业限制协议对离职员工自由择业等合法权益的过度侵害。在竞业限制协议存在无效事由或者没有签订竞业限制协议时，其可以直接起到竞业限制协议的作用，调解劳资双方之间的争端，平衡劳资双方之间的利益。总之，在面对不公平竞业限制协议或者不存在竞业限制协议时，不可避免披露原则作为一种法定的利益衡量机制，可以很好地解决离职雇员自由择业与商业秘密保护之间的冲突，将其引入我国可以有效解决竞业限制协议的泛化适用问题，避免员工因离职而产生的利益冲突。

折衷不可避免披露原则在纯粹不可避免披露原则的基础上，考虑离职雇员是否存在主观恶意或是否存在披露商业秘密的不当行为，一定程度上能够解决纯粹不可避免披露原则假定雇员存在主观恶意、审查标准宽松以及利益保护失衡问题，同时也对离职雇员完全的自由流动予以限制，更好地平衡了雇主商业秘密权益与离职雇员的自由择业权益。只要认可商业秘密存在潜在侵权可能，就应当承认不可避免披露原则的存在[33]。折衷不可避免披露原则的适用过程本质上也代表了司法实质审查观念的回归，这种实质审查的理念，可以有效解决我国对“负有保密义务的人员”的理解与适用偏差，纠正现行司法的形式审查做法，在妥善协调劳资双方纠纷的同时，也可以有效规制我国竞业限制协议适用泛化的问题。

## 四、改造：折衷不可避免披露原则的本土化重构

在指出折衷不可避免披露原则可以有效平衡离职雇员自由择业和商业秘密保护的基础上，如何将其合适地引入我国，如何结合我国具体法律制度和法治建设的现实图景为其描绘一条可行的适用途径，是需要回答的问题。

### （一）美国法上折衷不可避免披露原则的适用分析

折衷不可避免披露原则本质上是一种限缩的法定竞业限制。美国法上有关折衷不可避免披露原则的适用存在以下两种分析思路：其一，两步审查类。法院适用不可避免披露原则的第一步是审查离职雇员前后雇主的竞争程度，审查内容主要包括离职雇员前后职位的相似性、案涉商业秘密的价值大小等。如果第一步得出的结论是离职雇员前后雇主之间存在激烈竞争关系，则进行第二步，审查离职雇员是否存在涉嫌披露商业秘密的不当行为或者主观故意。只有两步同时得到肯定答案，才能够发布禁止离职雇员就任新职的禁令①。其二，四步审查类。第一步，审查离职雇员与前任雇主之间是否签订有效保密协议。第二步，审查离职雇员与前任雇主之间是否签订竞业限制协议，如果根据双方之间签订的竞业限制协议就可以合理调整双方权益，则适用竞业限制协议的规定，此时不存在不可避免披露原则的适用。第三步，审查离职雇员是否存在披露商业秘密的主观恶意或者不当行为。第四步，审查离职雇员前后雇主之间的竞争激烈程度。只有在以上四个步骤全部满足时，才存在适用折衷不可避免披露原则的可能[34]。

美国法上不可避免披露原则的适用路径对我国具有一定的借鉴意义，但是仍旧存在不足。两步审查类的适用途径没有考虑到竞业限制协议的适用，虽然员工在签订竞业限制协议时处于弱势地位，竞业限制协议往往对员工限制过多，但是竞业限制协议本身也具有一定的合理性，其能够以双方意定的方式提醒员工在在职和离职时保护企业商业秘密，作为双方之间签订的协议，对双

① 参见：Globespan, Inc. v. O'Neill, 151 F. Supp. 2d 1229 ( C.D. Cal. 2001 ).

方因离职而产生纠纷的解决也具有一定意义。因此，我国对两步审查类的适用思路不能全盘接受。但是其有关审查离职雇员前后职位的相似性、案涉商业秘密的价值以认定前后雇主之间的竞争程度的实质审查方式，是我国法院在审理竞业限制协议纠纷中需要借鉴的。

四步审查类的适用方式考虑到了竞业限制协议的作用，但是若适用竞业限制协议，则不可避免披露原则就不能得到适用，此类方式也存在不足。前已述及，竞业限制协议签订时，员工往往处于弱势地位，我国集体劳动谈判制度在实践中发挥效用有限，对于不平等的竞业限制往往无能为力，竞业限制是形式上平等而实质上不平等的协议。同时，我国竞业限制协议泛化现状非常严重，若采用此种适用方式，不可避免披露原则在实务中根本没有适用空间，依据竞业限制协议对双方纠纷进行审理大概率会出现对员工不利的裁判结果。

（二）折衷不可避免披露原则的本土化重构

在分析美国关于商业秘密保护与雇员自由择业权益平衡的基础上，认清美国不可避免披露原则适用过程中的利弊得失，应当结合我国国情合理构建适当的不可避免披露原则适用途径。美国为判例法国家，有关折衷不可避免披露原则的适用并没有以成文形式存在；而中国为严格的成文法国家，如果没有相关成文形式的法律条文，不可避免披露原则也没有适用的基础。换言之，具体的规则设置是不可避免披露原则实施的前提和基础。

前已述及，折衷不可避免披露原则意在解决因为员工离职而可能导致的商业秘密披露问题，而我国《劳动合同法》规定的竞业限制协议针对此问题的解决有一定的不足。因此，应当以折衷不可避免披露原则的精神对现行立法作出补充。理想上，应当是将折衷不可避免披露原则直接设置到《劳动合同法》之中，但是我国当前并没有对《劳动合同法》的修法规划，甚至在可预见的一段时间内也没有。再者，将之直接上升到立法本身也是极有难度和风险的行为。因此，此种方式在我国现阶段没有实现的可能。现实的路径是由最高人民法院以司法解释、会议纪要甚至个案层面的指导性案例等形式对其加以规定或强调，由各地法院将之应用到审判实践，并总结审判实践经验，最后在恰当的时机将之上升到劳动合同立法。具体来说，规则可依如下形式设置。用人单位认为员工离职就任新职违反竞业限制协议时，人民法院应当从以下四个方面审查离职员工就任新职是否违反竞业限制协议的约定：（1）离职员工是否掌握用人单位重要商业秘密；（2）离职员工就任新职与前职位工作内容是否相同或实质相似；（3）离职员工在新职位是否将不可避免使用到前用人单位的重要商业秘密；（4）离职员工是否存在披露前用人单位商业秘密的不当行为或者披露商业秘密的主观故意。只有在以上四个方面全部满足时，人民法院才能作出离职员工就任新职违反竞业限制协议的判决。

但是考虑到竞业限制协议本身在纠纷解决中的价值，以及我国劳动相关立法一贯奉行的最低生活保障目标要求，各地人民法院对折衷不可避免披露原则的适用可以参考以下审查步骤：第一步，如果用人单位与劳动者之间存在保密协议或者竞业限制协议，人民法院原则上应当依照该协议对案件纠纷进行审理，同时也应当依据我国有关合同立法以及不可避免披露原则对竞业限制协议进行审查，若审查结果为保密协议或竞业限制协议严重侵犯劳动者权益，则应当抛弃该协议的适用。第二步，若依据第一步结果为不适用竞业限制协议，则应当考虑具体案情是否满足前述四个方面的内容，只有在以上四个条件全部满足时，法院才能够依据不可避免披露原则作出禁止就任新职的判决。第三步，对弱势群体的倾斜性保护是我国劳动合同立法一贯秉持的重要原则之一[35]，不可避免披露原则的适用不能与《劳动合同法》的立法目的相悖，因此法院若适用不可避免披露原则发布禁止就任新职的禁令，还应当考虑签发就业限制令是否会严重影响离职员工的基本生活。如果签发禁止就业的禁令将会影响员工基本生活，则应当考虑是否存在其他保护前用人单位商业秘密的措施，只有在确实没有其他方法可以保护商业秘密而必须要限制离职员工自由择业时，才能够签发禁止离职员工就任新

职的禁令，但是禁止就任新职禁令的签发应当以前任雇主支付合理补偿作为条件。

在美国有关不可避免披露原则适用途径的基础上，以上三个步骤的适用途径既考虑到竞业限制协议本身价值，同时又在一定程度上尊重了当事人自由意思的选择，这是对“二步审查法”的完善。在依据竞业限制协议对案件进行审理时，其又不囿于竞业限制协议，反倒是适用我国有关合同立法以及不可避免披露原则对竞业限制协议本身进行审查，纠正竞业限制不公平之处，更好地保障了离职员工的相关权益。同时，在依据不可避免披露原则发布禁止就任新职的禁令时，又能考虑到禁令的发布对离职员工基本生活的影响，这是对“四步审查法”的完善。

## 五、结语

作为一种以离职员工未来可能披露商业秘密的假设为基础的折衷不可避免披露原则，其在为商业秘密提供周全保护的基础上，也恰当地考虑到了离职员工的自由择业权益，有效平衡了商业秘密保护与离职雇员自由择业。由于我国立法和司法存在的问题，实务中用人单位往往以竞业限制广泛适用保护企业商业秘密，竞业限制协议的泛化适用不仅不能有效保护商业秘密，同时不利于离职员工自由择业，严重影响了劳动者的合法权益。

我国现行法律规制手段无法平衡商业秘密保护和员工自由择业，在对不可避免披露原则的分析基础上，折衷不可避免披露原则的引入可以实现我国立法欲在商业秘密保护与员工自由择业实现平衡的目的。同时，不可避免披露原则的司法适用本身也是司法实质审查观念的回归，引入不可避免披露原则可以解决我国企业泛化使用竞业限制协议保护商业秘密的现实问题。但是考虑到竞业限制协议本身的价值及我国劳动合同立法一贯秉持的劳动者权益倾斜保护原则，也需要谨慎构建折衷不可避免披露原则的适用途径，实现离职员工自由流动与企业商业秘密保护的最佳平衡。

[参考文献]

[1] 孙天骄 . “我一个普通推销员，签哪门子竞业协议”——记者调查企业滥用竞业协议问题 [N]. 法治日报 , 2023-03-30(04).

[2] 上海市第一中级人民法院 . 上海市第一中级人民法院竞业限制纠纷案件审判白皮书 [EB/OL]. (2018-07-06)[2023-05-10]. https://www.hshfy.sh.cn/css/2018/07/05/20180705153856727.pdf.

[3] 北京市第一中级人民法院课题组 . 涉竞业限制劳动争议案件疑难问题的调研报告 [R/OL]. (2020-06-04)[2023-05-10]. https://mp.weixin.qq.com/s/YOo9HB4dadFKAJxUFJUBfw.

[4] 苏州市中级人民法院 . 竞业限制调研报告：创新、竞争、诚信、就业等多维价值的冲突和平衡 [R/OL]. (2021-05-06)[2023-05-10]. https://mp.weixin.qq.com/s/kk5ZQOe9xLYhl0cupyGWuA.

[5] 深圳市中级人民法院 . 司法调研：关于竞业限制案件裁判实践与完善的思考 [EB/OL]. (2021-06-30)[2023-05-10]. https://mp.weixin.qq.com/s/HO6E1aH2AF8slc9TGflTUw.

[6] 熊晖 , 王瑞宏 . 竞业限制对劳动者的泛化适用问题研究 [J]. 重庆理工大学学报 ( 社会科学 ), 2021(9): 164-166.

[7] 王博 . 竞业限制之局限性分析——以鼓励人才流动及劳动权保障为视角 [J]. 社会科学家 , 2015(10): 106-108.

[8] 史尚宽 . 劳动法原论 [M]. 台北 : 正大印书馆 , 1978: 23-25.

[9] 黄越钦 . 劳动法新论 [M]. 北京 : 中国政法大学出版社 , 2003: 175.

[10] 余明辉 . 竞业限制滥用损害劳动者权益 [N]. 人民法院报 , 2019-12-16(02).

[11] 鲁竑序阳 . 国外商业秘密保护的立法安排及其启示 [J]. 上海政法学院学报 ( 法治论丛 ), 2022(5): 69.

[12] 邓恒 . 反不正当竞争立法中对商业秘密保护的理解 [EB/OL]. (2017-05-17)[2023-05-11]. https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/05/id/2863977.shtml.

[13] 邓恒 . 论商业秘密保护中竞业禁止协议的法律性质 [J]. 西南民族大学学报 ( 人文社科版 ), 2018(2): 101.

[14] 余少祥 . 社会法的界定与法律性质论析 [J]. 法学论坛 , 2018(5): 58.

[15] 邓恒 . 德国的竞业禁止制度与商业秘密保护及其启示——兼论《劳动合同法》第 23、24 条的修改 [J]. 法学杂志 , 2017(3): 103.

[16] 邓恒 . 竞业禁止纠纷案件审判实务问题研究 [J]. 法律适用 , 2017(15): 115.

[17] 谢德成 . 涉密型雇员流动的法律规制 [J]. 法学 , 2021(8): 189.

[18] 王博 . 论竞业限制契约自由之限制 [J]. 甘肃社会科学 , 2016(6): 155-159.

[19] 郑爱青 . 从英法劳动法判例看劳动法上的忠实义务与竞业限制条款——对我国《劳动合同法》规范竞业限制行为的思考和建议 [J]. 法学家 , 2006(2): 141-145.
[20] 刘继峰 . 论竞业禁止协议的滥用及制度完善——兼评我国《劳动合同法》第 23、24 条的规定 [J]. 学术论坛 , 2009(6): 70-72.
[21] 聂建强 , 叶罗荣 . 商业秘密保护对象中劳资双方的利益冲突与协调 [J]. 河南社会科学 , 2023(2): 73-75.
[22] 郭宗杰 , 刘阳 . 竞业限制协议滥用反垄断规制的理论检证 [J]. 华南师范大学学报 ( 社会科学版 ), 2023(2): 153.
[23] 冯晓青 . 知识产权法的价值构造：知识产权法利益平衡机制研究 [J]. 中国法学 , 2007(1): 67-77.
[24] LINCICUM D. Inevitable conflict: California's policy of worker mobility and the doctrine of inevitable disclosure [J]. Southern California Law Review, 2002, 75(5): 1257.
[25] TAIT C G. Is there an empirical basis for predictions of inevitable disclosure [J]. Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law, 2018, 18(2): 190.
[26] WANG W L. Inevitable disclosure theory in the US Legal System and its influence on other jurisdictions [J]. Journal of the Patent and Trademark Office Society, 2016, 98(1): 74.
[27] 张海宁 . 商业秘密即发侵权保护：不可避免披露制度的引入与重构 [J]. 电子知识产权 , 2020(10): 41.
[28] FLOWERS M C. Facing the inevitable: The inevitable disclosure doctrine and the defend Trade Secrets Act of 2016 [J]. Washington and Lee University of Law Review, 2018, 75(4): 2207.
[29] CONTIGIANI A, HSE D H, BARANKAY I. Trade secrets and innovation: Evidence from the "inevitable disclosure" doctrine [J]. Strategic Management Journal, 2018, 39(11): 2937.
[30] LOBEL O. Talent ways to be free: Why we should learn to love leaks, raids, and free riding [M]. New Haven: Yale University Press, 2013: 112.
[31] SAXENIAN A L. Regional advantage: Culture and competition in Silicon Valley and Route 128 [M]. Cambridge: Harvard University Press, 1996: 35-36.
[32] HYDE A. Silicon Valley's high-velocity labor market [J]. Journal of Applied Corporate Finance, 1998, 11(2): 36.
[33] 彭学龙 . 美国法中的不可避免披露原则——对商业秘密潜在侵占的救济 [J]. 经济法论丛 , 2003(1): 274.
[34] ROWE E A. When trade secrets become shackles: Fairness and the inevitable disclosure doctrine [J]. Tulane Journal of Technology and Intellectual Property Journal, 2005, 7(13): 167.
[35] 余艳清 .《劳动合同法》争鸣之探析：聚焦倾斜性权利配置限度 [J]. 重庆社会科学 , 2018(1): 72-73.

# On Legal Regulation of the General Applicability of Non-competition Agreements

## ——Focusing on the Introduction of the Inevitable Disclosure Doctrine

ZHU Wenhui

( *Research Center for the Rule of Law Economy and Rule of Law Society, South China University of Technology, Guangzhou, Guangdong 510006* )

**Abstract:** The generalised application of non-competition agreements is not conducive to the protection of workers' rights and interests and the development of scientific and technological innovation, and the current problem of generalised application of non-competition agreements in China is very serious and needs to be regulated urgently. The misunderstanding and misapplication of the term "persons under a duty of confidentiality", the unclear definition of the object of protection of non-competition, and the preference for formality in judicial review are the reasons for the generalised application of non-competition agreements. Inevitable Disclosure Doctrine, as a statutory interest measurement mechanism, can strike a good balance between the protection of trade secrets and the freedom of choice of employment of departing employees, and its appropriate restriction and introduction into China in a reasonable way according to China's actual judicial situation and specific legal system can well solve the generalized application of non-competition agreements and achieve a balance between the protection of trade secrets and the freedom of choice of employment of departing employees.

**Key words:** Non-compete Agreement; Inevitable Disclosure Doctrine; generalised application; trade secrets; legal regulation

[ 责任编辑：张晋巧 ]