

美國法制執行長與公司之人才契約— 以常見之終止條款及競業禁止條款為例^{*}

鄭瑞健^{**}

【目次】

壹、緒論

貳、終止條款—兼論道德條款

一、法律規範面向

二、公司治理面向

三、最常見的提前終止事由—道德條款

參、競業禁止條款—兼論保密條款

一、業界概況

二、競業禁止條款的演進與適用

三、透過判決達到類似效果的無可避免揭露原則

四、相對溫和的園藝休假條款

肆、結論

參考文獻

^{*} 本文為科技部專題研究計畫(MOST 106-2410-H-126-022-)之部分研究成果。

^{**} 靜宜大學法律學系助理教授，美國印第安那大學布魯明頓校區法學博士。

摘 要

我國公司法僅對股份有限公司之董事、監察人與經理人有所定位；而證券法亦僅對公開發行公司的獨立董事與審計和薪酬委員會委員之資格與相關權利義務做規範，針對（大）公司執行長的相關規定則付之闕如。欲釐清執行長的身分定位與權力分配等議題，先從實務上執行長與公司的合約內容中的重要條款解析之或為可行的方向；美國法制對此類議題已累積相當質量之文獻可供我國法制參考。本文介紹最為常見的終止條款與競業禁止條款，附論與其密切相關的道德條款、保密條款、無可避免揭露原則以及園藝休假條款；希望能對執行長一職作成法律上的初步定位與分析。

關鍵詞：執行長、終止條款、道德條款、競業禁止、營業秘密、無可避免揭露原則、園藝休假、委任、僱傭、受託義務、人才契約

壹、緒論

我國公司法制的公司治理(corporate governance)面向多在探討董監甚或經理人的議題，相對地較少見到以「執行長」(Chief Executive Officers, CEO)一詞為中心的討論；此可能因為我國公司與金融法規中並沒有特別針對執行長一詞作定義與規範，且其與董事會的關係又因個別執行長在公司的地位和對形成決策的主導權高低等諸多因素而有不同，難以一概而論。

以晚近雖已病逝但其典範仍長存的蘋果公司(Apple Inc.)前董事長兼執行長 Steve Jobs 為例，其不僅強勢主導公司長期策略發展、產品的設計與製造、實體店面的呈現與廣告的細節以及對公司的業外投資等大小事皆無所不管，為集權治理的經典範例（似如較強勢的董事長兼總經理的腳色）；此法若運行得當，可提升公司策略的統合與工作效率並降低代理成本。¹

甚至在執行長的強勢領導下，造成諸多形式上獨立的董事會（指獨立董事超過半數者）現實上不如表面看來這般獨立的現況。²然此類情狀非屬可輕易複製的模式，故「此」執行長非「彼」執行長，芸芸眾生各有不同³；甚或有些執行長純粹以專業經理人的角色管理公司⁴（較類似於一般總經理的角色），可謂光譜之兩端。

反觀董事、監察人及經理人與公司所簽訂之合約在我國法制因有法

¹ Tom C. W. Lin, *CEOs and Presidents*, 47 U.C. DAVIS L. REV. 1351, 1365 (2014).

² *Id.* at 1371.

³ 近年來甚或有些公私立大學的一級教學或行政單位中亦設有執行長的職位，可見執行長一詞已被廣泛的使用，可能與此名詞沒有相對明確的法律定位有關；猶如「總監」一詞，在商場上亦隨處可見，然具體內涵為何，恐如執行長在公司的地位處境和工作內容般同樣難由外部窺探之。

⁴ 儘管執行長身處公司的頂點，然其仍為公司之雇員。See Stewart J. Schwab & Randall S. Thomas, *An Empirical Analysis of CEO Employment Contract: What do Top Executives Bargaining for?*, 63 WASH. & LEE L. REV. 231, 246 (2006).故純就執行長的身分觀之，其為勞方的角色；若其身兼董事或董事長的職務，則又增添了資方的色彩。

律明文，諸如公司法第 192 條 5 項⁵、第 216 條 3 項⁶及 29 條 1 項⁷本文之規定，雙方為委任關係；董監及經理人為受任人，公司為委任人。⁸又我國之一般員工與公司間為僱傭關係；然美國法上並未特別區分，不論是執行長、董事、經理人或基層員工與公司之合約均稱之為僱傭合約 (employment contracts)。然而，美國公司的執行長與我國公司的執行長所做之事應不會僅因個人國籍或公司註冊地的國別而有所不同，反較可能受產業規模、社會或企業文化甚至是個人特質與在職期間長短等因素的影響而有差異。⁹然雖有肇因英美法系與歐陸法系對此合約定性上的不同而生的差異（即是否以委任契約規範之），然美國法上針對執行長與公司合約內容的各個條款的設定與操作所應思考與著重之點，對我國法制（特別是實務上的合約審閱或協商）仍應有相當的參考價值。

公司聘任執行長的需求多肇生於公司現任的執行長死亡、退休或離職，該司董事會便會開啟遴選程序，若繼任人選為公司內部人，則接著協商合約條款以及薪津福利；若為外部人選，公司通常會聘請獵頭公司 (an Executive Search Firm, ESF) 協助完成聘僱人才與合約條款協商程序。¹⁰獵頭公司會從其人才資料庫中找出約 10 到 15 人的初選名單，再從中挑選 3 至 5 人面試以決定最終人選；爾後提供給決選者通常由公司人資部門或獵頭公司所定之條款表單 (a term sheet)，針對表單內容之各個條

⁵ 「公司與董事間之關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定。」

⁶ 「公司與監察人間之關係，從民法關於委任之規定。」

⁷ 「公司得依章程規定置經理人，其委任、解任及報酬，依下列規定定之。但公司章程有較高規定者，從其規定...。」

⁸ 我國基於民商合一的理念，除個別法規另有規定外，民法的原理原則對於商事案件原則上有補充效力；然因商事事件的多元化及紛爭差異化，使得在民商合一的架構下形成逐漸無法回應商業社會脈動的現象。參閱曾宛如（2018），〈公司內部意思形成之欠缺或瑕疵對公司外部行為效力之影響：兼論董事（長）與經理人之代表權與代理權〉，載：《臺大法學論叢》47 卷 2 期，頁 708。

⁹ 在美國的商業現實中，一些在位許久的執行長甚至可以控制董事會；且各個公司董事會與執行長的關係皆不可一概而論，如此便肇生治理上的困難，而使執行長的任期限制成為董事監督義務中的一個相關的子議題。See Charles K. Whitehead, *Why Not a CEO Term Limit?*, 91 B. U. L. REV. 1263, 1263 (2011).

¹⁰ Schwab & Randall, *supra* note 4 at 236.

款的條件（諸如任期、股票選擇權及其限制、控制權移轉的保護、競業禁止與保密、爭端解決機制等）委由獵頭公司主持協商，待內容確認後再由雙方各自的律師協商合約細部文字內容。¹¹該協商除將條款表單與事先口頭約定的內容具體文字化外，主要著重於其他未提及部分之補完；一般而言，已有他公司執行長經歷的新任執行長會比沒有經歷者有協商能力(bargaining power)，而在沒有經歷者中，外來新任者的協商能力又比內部晉升者為高。¹²協商能力高的執行長自能談得較為有利的合約條款內容，反之則否；而雙方最終所簽訂之合約，因執行長有別於一般雇員，特稱之為人才契約(talent contracts, talent agreements)。

本文即針對該人才契約中常見之條款作介紹，第二章講述終止條款在美國實務上的運作方式以及法律規範並附帶介紹於執行長與公司之合約中最常見的提前終止合約的事由，即道德條款；第三章除說明競業禁止條款在實務上的概況及其演進與適用，亦一併介紹與其近似的不可避免原則以及園藝休假條款；第四章為結論；詳如下述。

貳、終止條款—兼論道德條款

在美國法上董事與公司之合約是否為不定期限之合約(at-will contracts)在學理上迭有爭議¹³，除從契約文義觀之，該契約是否定有期限以及有理由(just cause, good cause)終止合約所涉及的損害賠償範圍與數額是否較無理由(bad cause)終止合約時為廣為重；然實務上大多數的合約皆訂有期限，其中以三年居多，然亦有未定期限或期限直至合約終止時者。¹⁴故公司與執行長之合約是否為不訂期限之約雖不可一概而論，但社會上普遍的認知是有期限的，且在該人才契約期限內公司仍有權依據

¹¹ *Id.* at 236-37.

¹² *Id.* at 237-38.

¹³ 早期關於不定期限的合約的探討 *See generally* Richard A. Epstein, *In Defense of the Contract at Will*, 51 U. CHI. L. REV. 947-82 (1984).

¹⁴ Schwab & Thomas, *supra* note 4 at 246-47.

其終止條款中的諸多事由(cause)，作出有理由甚或無理由終止合約的決定。

一、法律規範面向

然而，即便不定期限的合約原則上公司可隨時終止之，但也不代表可恣意妄為地發動；聯邦法規的例外諸如 1964 年的民權法案(Civil Rights Act of 1964)即禁止雇主因種族、膚色、宗教、性別或來自國度的不同而歧視並解聘雇員；1967 年的反年齡歧視就業法(the Age Discrimination in Employment Act of 1967)亦針對不能僅因年齡因素而終止僱用。¹⁵針對身心的部分，諸如 1973 年的復健法案(the Rehabilitation Act of 1973)以及 1990 的國人身心障礙者法(the Americans with Disabilities Act of 1990)皆規範了對身心障礙者就業的反歧視規定；近期者如 2008 年的基因資訊平等法(the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008)亦禁止利用基因檢測的結果來影響是否或繼續僱用的決定。¹⁶然而以 *Nader v. ABC Television Inc.*¹⁷案所涉之國人身心障礙者法為例，原告若要主張因自身之失能障礙而受被告歧視並遭解雇，除非雇主連表面上的理由都無法說明，不然原告仍須負擔最終的舉證責任並實質說理說服法院，而非萬用的免死金牌。¹⁸

而普通法上主要有三種例外：第一，公眾政策的例外(the public policy exception)，例如拒絕為雇主做違法的事而遭解雇；第二，默示契約的例外(the implied contract exception)，即在沒有書面合約的情況下則需參考雇主對工作的口頭或書面指示的佐證做為默示的規範內容；第三，善意與公平交易原則的例外(the covenant of good faith and fair dealing

¹⁵ William Homer, Note, *Just Cause for Trust: Honoring the Expectation of Loyalty in the At-Will Employment Relationship*, 45 FLA. ST. U. L. REV. 833, 838-39 (2018).

¹⁶ *Id.*

¹⁷ 330 F.Supp.2d 345, (S.D.N.Y. 2004); 150 F. App'x 54, (2d Cir. 2005).

¹⁸ 關於本案在國人身心障礙法的詳細適用內容，請參閱鄭瑞健（2018），〈職業運動員人才契約的道德條款——以美國四大職業運動聯盟及中華職棒大聯盟為中心〉，載：《東吳法律學報》，30 卷 2 期，頁 95, 99-100。

exception)，此為所有合約皆應遵守的在公司作裁量決定時需為有理由的善意決定的原則。¹⁹具體而言，美國契約法制中的善意與公平交易原則為每個契約都應默示遵行的原則，如一方當事人在行使契約中的裁量權限時，應受善意公平原則的規範，不能隨性無理由地行使裁量權限；故即便公司握有利用合約中的相關條款提前終止執行長合約的發動權與解釋權，因受該原則的規範，故發動時仍須先有所本方能為之。²⁰

二、公司治理面向

另從公司治理的角度觀察，因為董事有任期制度，且對獨立董事甚至有總任期 9 年的限制，若執行長的任期沒有期限，則較容易形成前述足以力壓董事會之執行長²¹；然而，即便董事會基於受託義務(fiduciary duty)加強了對執行長的監督力道且對其任期設定期限，表現不佳的執行長多仍能做滿任期安全下莊（僅不到 3%會被提前掃地出門），甚至表現優良的執行長的離職率還要更高。²²可見做得好的執行長眾人挖角，做不好的執行長反而只能在位置上坐等退休（實為不續聘）。形成做好做不滿、做不好做滿的現象；然此情形對照在公司治理上相當著名之 Disney 案便不難理解。

迪士尼公司(the Walt Disney Company)於 1995 年 10 月聘請新總裁，雙方簽訂一紙優渥的五年合約；其終止條款的設計造成只要該總裁在五

¹⁹ See Generally Charles J. Muhl, *The Employment-at-Will Doctrine: Three Major Exceptions*, MONTHLY LAB. REV., Jan. 2001, at 3, 4-10, available at <https://www.bls.gov/opub/mlr/2001/01/artfull.pdf> (last visited Dec. 1, 2019).

²⁰ 有關職業運動員之代言合約遭贊助商主張音因該運動員違反道德條款而提前終止合約，卻被對造主張善意與公平原則而敗訴的案例的詳細介紹，請參閱鄭瑞健，前揭註 18，頁 104-105。

²¹ 美國公司法學界直至 1970 年代仍認同董事會的業務經營功能，但隨公司事務繁多，且難以要求董事會成員隨時因應公司業務開會；為了有效經營，董事會多將業務執行委由聘任之 CEO，則董事會的事務轉向為監督 CEO 之業務經營，並就重大經營決策為決議。參閱劉連煜（2010），〈現行上市上櫃公司獨立董事制度之檢討暨改進方案—從實證面出發〉，載：《政大法學評論》，114 期，頁 59-60。

²² Whitehead, *supra* note 9 at 1266-68.

年內得以無過失的情狀離職，其實際所得反比敬業勤勉地做好做滿還高。²³不幸的是該總裁的表現不佳，在任期僅走過 1 年 2 個月時雙方就達成了無過失離職的協議；雖依該協議內容所載，其最後的實際所得金額並沒有超過原先合約所載金額，但迪士尼公司的董事會成員仍被股東提起違反受託義務的少數股東訴訟。²⁴即便董事們最終雖無任何損害賠償責任，但此案歷經多審，耗時超過六年；看在其他公司的董事眼裡，學到的一課可能反而是乾脆無視問題放任不適任的高階管理人員（甚至是執行長或總裁）待其任期結束離開就好，而不會勇於任事地去試圖解決問題。

三、最常見的提前終止事由—道德條款

道德條款主要用於限制名人的日常行事，此名人所指通常為演藝人員或職業運動員，亦常用於大公司的執行長；其與公司或贊助商簽定之勞務契約或代言合約（通稱為人才契約）常載有此條款，若受道德條款限制之當事人因自身的道德敗壞行為而影響個人形象，甚至可能連帶損及公司商業形象或利益，為能與之切割，故能發動道德條款提前終止合約。²⁵若以演藝人員及職業運動員論，其人才契約中載有道德條款者自 1921 年以來發展迄今已幾近全部。再以執行長與公司簽訂之合約為例，根據美國學者於 2006 年發表之研究，在其總共 375 份執行長合約的樣本中載有道德條款者超過七成，依所佔比例之高實已相當普及。²⁶

以擁有企業家、作家、電視節目主持人等多重身分的名人 Martha Stewart 與以其名命名之公司 Martha Stewart Living Omnimedia, Inc. (MSO) 的合約中的道德條款為例，其規定：「執行長的合約可在僱傭期間因下列情狀而提前終止：...(c) 事由：公司有權以有原因提前終止與執行長的合約，鑒於本約的目的，公司需基於下列事由有原因終止合約：(i) 受

²³ Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244, 250 (Del. 2000).

²⁴ *Id.* at 251-53.

²⁵ 關於道德條款的意義與早期發展軌跡與特性，參閱鄭瑞健，前揭註 18，頁 84-89。

²⁶ See Schwab & Thomas, *supra* note 4 at 248.

重罪(felony)或故意的重大不當行為(willful gross misconduct)之宣告，致生公司實質且經證實的金錢上損失或商譽的損害。…」²⁷此條款之約定內容相較於一般執行長的道德條款尚屬中庸，並不特別嚴格或寬鬆，係因執行長的道德條款多用「道德敗壞」(moral turpitude²⁸)一詞規範；據前述美國學者於 2006 年的研究，其 375 個樣本中的合約終止事由設有道德敗壞者有 271 例，載有故意不當行為(willful misconduct)者有 259 例，記有不能履行責任者有 217 例，皆為最常見的終止事由。²⁹

然有別於大公司執行長的道德條款僅限於違反法律的層面，該條款主要適用族群之演藝人員及職業運動員的道德條款的內涵反而相對寬泛許多，諸如良好市民的義務、運動家精神、維持優異體能、遵守球隊訓練規範、最高標準的誠實與道德、公平競爭比賽等私人行為經合理判斷球隊團造成不良影響，皆可作為提前終止合約的事由。³⁰此差異反映出道德條款的核心規範意義，即該名人即便是於業外其間的私人行為，若有

²⁷ Fernando M. Pinguelo & Timothy D. Cedrone, *Morals? Who Cares About Morals? An Examination of Morals Clauses in Talent Contracts and What Talent Needs to Know*, 19 SETON HALL J. SPORTS & ENT. L. 347, 364 n.96 (2009). (“The Executive’s [Martha Stewart’s] employment hereunder may be terminated during the Employment Period under the following circumstances: ...

(c) Cause. The Company shall have the right to terminate the Executive’s employment for “Cause.” For purposes of this Agreement, the Company shall have “Cause” to terminate the Executive’s employment only upon the Executive’s: (i) conviction of a felony or willful gross misconduct that, in either case, results in material and demonstrable damage to the business or reputation of the company.”)

²⁸ 惟 moral turpitude 一詞最早見於移民法規，於當代原則上概指刑事法中的可能會讓社會情緒難以接受的道德犯罪，然此並非通用標準，仍有些州法的 moral turpitude 的內涵及適用無涉與刑事法規。

²⁹ Schwab & Thomas, *supra* note 4 at 248.

³⁰ 關於美國四大職業聯盟球員統一合約的道德條款介紹與評析，參閱鄭瑞健，前揭註 18，頁 106-110。而與道德條款之道德在我國法上相似之概念即為民法 72 條之公序良俗條款；有學者指出「法律行為因違反公序良俗而無效者，期判斷標準並非具體的法律規範，而是存在於法律本身的價值體系（公共秩序），或法律外的倫理秩序（善良風俗）。有關公序良俗條款的解釋，...乃由水平整合法律體系內部（公共秩序）、外部（社會規範），發展成為垂直整合法律體系上層（憲法）、下層（民法）規範，整合密度亦由弱趨強，其發展趨於細緻。」許政賢（2018），〈台灣法上之公序良俗〉，載：《月旦民商法雜誌》62 期，頁 26。

違社會道德標準，再經當代發達的網路世界渲染將每個人的業外言行放在顯微鏡下檢驗，便很可能以極快的速度帶給公司財產與非財產上的重大損害；此時若有快速切割以避免損害（或已是停損處置）之必要，即可援引道德條款。³¹若該名人與公司的連結越深，則可能的傷害就越大；以前述之名人 Martha Stewart 為例，以其姓名所設立之 Martha Stewart Living Omnimedia, Inc. (MSO)公司與本人之連結必然盤根錯節無法分切，則本人形象的破裂多也代表對公司商譽的重擊。

詳言之，上述之名人 Martha Stewart 於 2001 年底透過理事得知其所持股之 ImClone 公司之股價即將因美國食品藥物管理局(Food and Drug Administration)政策使然勢將大跌，故於消息公布前一日出脫持股以免損失³²；然此事約莫半年後經媒體曝光，導致 MSO 公司股價大跌近三分之二，此後數年亦維持在此價位微幅震盪。³³一言以蔽之，僅因 Martha Stewart 一個不當或違法的與公司無關的行為，就讓自己一手建立並主導營運之同名公司的股價暴跌，令股東合計約有 6 億美元的損失，影響不可謂不大。³⁴此例本應為公司執行長之道德條款所欲處理之對象，亦應為經典事例，然為何 MSO 公司不願斷然與之切割以為停損？MSO 公司願意放任股價直落而不做反應，實因 Martha Stewart 為該公司之創辦人、董事長，以及執行長三位一體；故公司就是自己，再者自己不會也無法與自己切割，可謂道德條款的最大盲點。³⁵此點其實相當嘲諷，因道德條款

³¹ Patricia Sánchez Abril & Nicholas Greene, *Contracting Correctness: A Rubric for Analyzing Morality Clauses*, 74 WASH. & LEE L. REV. 3, 3 (2017).

³² 該行為事涉內線交易，且其亦被起訴 See US v. Stewart, 305 F.Supp.2d 368 (S.D.N.Y. 2004).而少數股東亦對其提起代表訴訟 See Beam v. Stewart, 845 A.2d 1040 (Del. 2004).對於案件的評析與影響 See generally Joan MacLeod Heminway, *Martha Stewart Saved! Insider Violations of Rule 10b-5 for Misrepresented or Undisclosed Personal Facts*, 65 MD. L. REV. 380, 380-434 (2006); see generally J. Kelly Strader, *White Collar Crime and Punishment: Reflections on Michael, Martha, and Milberg Weiss*, 15 GEO. MASON L. REV. 45, 45-106 (2007).

³³ Jeffrey Sagalewicz, Comment, *The Martha Duty: Protecting Shareholders from the Criminal Behavior of Celebrity Corporate Figures*, 83 Or. L. Rev. 331, 331 n.4 (2004).

³⁴ *Id.* at 332.

³⁵ 美國大型上市公司董事與經理人同質性太高而欠缺多樣性終招致重大損害者，如 AIG

旨在切斷公司與個人的連結，故關係越深越密切者越有切割必要；然到了極深最濃處，反而無從可斷，甚至寧死不斷。

參、競業禁止條款—兼論保密條款

一、業界概況

競業禁止與保密條款也是美國企業界很常一起使用的條款³⁶，其主因在於競業禁止條款本就具有兩個層面的意義：第一，公司不希望已被透漏給員工的內部重要營業秘密與技術被員工帶走；第二，希望藉此條款之震懾讓員工不要進入競爭者的公司。³⁷簡言之，競業禁止條款及其所附帶之保密條款為限制離職員工流動性而最被廣泛使用的手段。³⁸根據美國學者在 2015 年發表的隨機抽樣 500 家標準普爾 1500 指數 (S&P 1500) 的公司執行長合約的成果，其中約有 80% 的合約載有 1 或 2 年的競業禁止(covenant not to compete)條款，且有保密條款的比例亦高達 87.1%；上述限制又有超過半數的條款規範不論執行長為自願或非自願離職皆有適用，且其中 79.5% 附有逕受強制執行條款的約定。³⁹

競業禁止與保密條款不論是於執行長在任時或離職後一定年限內皆

保險公司，其於 2003 年爆發金融危機前共有 15 名董事，其中有 14 名白人（含兩位女性）與 1 名亞裔混血男性；致使 AIG 於 2010 年因對黑人收取高於白人的經紀費用而被美國司法部及聯邦檢察長辦公室起訴，最終以 610 萬美元附帶其他 8 項有助於促進反歧視的條件達成和解，對公司形象造成相當程度的傷害。See Todd J. Clark, *An Inherent Contradiction: Corporate Discretion in Morals Clause Enforcement*, 78 LA. L. REV. 1, 47-49 (2017).

³⁶ 此點在我國亦是如此，我國營業秘密法上營業秘密與競業禁止的關聯，請參閱林洲富（2019），〈營業秘密與著作權之並存保護要件—評最高法院 107 年度台上字第 303 號民事判決〉，載：《月旦裁判時報》，83 期，頁 61。

³⁷ See Larry A. DiMatteo, *Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage*, 47 AM. BUS. L.J. 727, 765 (2010).

³⁸ Gillian Lester, *Restrictive Covenants, Employee Training, and the Limits of Transaction-Cost Analysis*, 76 IND. L.J. 49, 49 (2001).

³⁹ Norman D. Bishara et al., *An Empirical Analysis of Noncompetition Clauses and Other Restrictive Postemployment Covenants*, 68 VAND. L. REV. 1, 3-4 (2015).

受限制，然規範基礎於上述兩個時期各有不同；於在職時因與公司有受託關係(the fiduciary relationship)自為受託義務⁴⁰所規範，然於離職後因受託關係消滅自無受託義務，便須仰賴合約條款的事先約定方能限制之。雖從公司的角度而言，當然不希望發生最了解自己的所有優劣勢、知識以及商業機密的前執行長華麗轉身為競爭者服務而給予自己迎頭痛擊之事；反之，甫才離職之執行長更不希望自己的專業技能無法發揮，甚至變相放棄高薪且可能影響職涯的長期發展，故欲上任或續任的執行長定然不願無端受限，故此限制自有其現實上的需求且該有合適的補償。⁴¹

實言之，公司可能因執行長任期屆滿或提前終止後轉戰他公司而帶給原公司極大的商業損失或競爭挑戰，公司為杜絕此種可能性，現實上便很可能不會與不願接受競業禁止與保密條款的候選人簽約，故有意擔當職務者便不得不接受此條款；然公司針對比較高階的管理人員（特別是執行長）會在合約中給予諸如每月津貼甚或股票選擇權的福利作為在一定期間內不與公司競爭並嚴守相關機密的補償或對價。⁴²

二、競業禁止條款的演進與適用

競業禁止條款源自於早期英格蘭的師徒制，其主要案例可回溯至1711年的Mitchel v. Reynolds案⁴³。因徒弟追隨師傅學藝，期間師傅必須

⁴⁰ 受託義務主要由注意義務(the duty of care)與忠實義務(the duty of loyalty)所構成，注意義務的主要內涵在於董事或高階經理人應在以當下的時空限制所能取得之足夠資訊為基礎所作成之商業決定，即可不受法院之事後審查甚至可能不被究責；忠實義務的主要內涵即為避免利益衝突，而競業禁止即為利益衝突最為重要經典的類型，故競業禁止的情狀主要涉及忠實義務的違反，而受整體公平法則(the entire fairness test)的規範，為程序與實體的公平做實質的審查。

⁴¹ Schwab & Thomas, *supra* note 4 at 254.

⁴² Bishara et al., *supra* note 39 at 17-18.

⁴³ 24 Eng. Rep. 347 (Q. B. 1711).關於 Mithel 案以及競業禁止條款在英格蘭的歷史發展介紹 See Dan Messeloff, Note, Give the Green Light to Silicon Alley Employees: No-Compete Agreements Between Internet Companies and Employees Under New York Law, 11 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 711, 711-23 (2001).

付出諸多時間與精力指導徒弟，徒弟便以幫師傅工作若干年作為回報，若徒弟提早離開並與師傅競爭，法院會對徒弟處以競業禁止；然而最初並沒有附帶期限，後為避免效果太過嚴苛而調整為僅受合理期限的限制。⁴⁴又隨著時間的經過，競業禁止與保密條款的普遍使用現已為業界常態⁴⁵；一般而言，在認同競業禁止條款的管轄州內，法院對是否應執行該條款的判斷標準為「合理標準」(the standard of reasonableness)，認為任何限制只要違反下列三者其一，該條款即應無效：第一，該限制所帶來的不利益並無大於雇主受法律所保障的合法利益；第二，該限制並沒有使雇員陷入過度的經濟困境；第三，該限制並無害於社會⁴⁶。法院並進一步說明該條款所得執行的範圍須明確，諸如需訂有受限制的合理的期間與地域範圍、保護雇主合法權益的必要性、不會對社會大眾帶來傷害，也不能帶給受限制的前雇員不合理地沉重負擔，並強調從嚴審查的原則。⁴⁷

然此並非唯一價值，不同的產業或區域自有其不同的考量；以科技業聞名的加州而言，該州或許為了科技產業的特殊需求，在公共政策(public policy)上選擇了維護高度自由而不執行競業禁止條款。⁴⁸然政策的

⁴⁴ Robert W. Gomulkiewicz, *Leaky Covenants-Not-to-Compete as the Legal Infrastructure for Innovation*, 49 U.C. DAVIS L. REV. 251, 260-61 (2015).

⁴⁵ 不只於美國本土，世界各國近年來均修正法規，以更積極的營業祕密策略保護其營業祕密，進而打擊競爭對手；且此種策略變化可從中美貿易戰的議題看出，包含強迫技術移轉、網路駭客、未保護美商智財權等。參閱馮震宇（2019），〈員工攜帶公司資料跳槽是否一定侵害營業祕密？〉，載：《月旦法學教室》，199期，頁32。

⁴⁶ *BDO Seidman v. Hirshberg*, 93 N.Y.2d 382, 388-89 (N.Y. App. Ct. 1999). 有學者60年前便已指出競業禁止條款的基礎為在對社會沒有實質傷害(substantial injury to the society)的情況下保障雇主（即公司）之權益；然而法院於作成競業禁止的決定時多僅考量雇主利益，並沒有實質檢驗其是否會對社會造成損害。舉例而言，當一名雇員轉職到其他類似職位若能形成更高產能，若無競業禁止的限制，將有助於社會整體，附帶的只是原雇主私人的經濟損失(economic loss)。See Harlan M. Blake, *Employee Agreements Not to Compete*, 73 HARV. L. REV. 625, 686-87 (1960).然此問題在近代看來似乎已有改善。

⁴⁷ *BDO Seidman*, id at 389-90.

⁴⁸ 關於美國多位學者對加州模式如何有助於矽谷(Silicon Valley)的發展的整理 See generally Gomulkiewicz, *supra* note 44 at 265-73.

決定不免會影響產業界的價值與需求，故加州公司的執行長合約中附有競業禁止與保密條款的比例也較全美為低；不過加州以外的各州對競業禁止與免責條款的使用度卻有日漸提升的趨勢。⁴⁹

在著名之 *Edwards v. Arthur Andersen LLP*⁵⁰ 案例中，法院便已指出加州自 1872 年起便已確立了開放自由競爭的公共政策方向並拒絕了普通法上合理標準的適用；現行州法的「商業與專業法」(Business and Profession Code Section 16600) (增訂於 1941 年) 即規定：「除本章另有規定外，所有限制任何人從事合法專業、交易或任何商業的規定皆為無效。」⁵¹ 其例外規定諸如在股份有限公司(Section 16601)、合夥事業(Section 16602)以及有限責任公司(Section 16602.5)的出售或解散時才能適用競業禁止條款，以維護商業競爭與員工的流動性，並確保州民皆能自由選擇所欲任職的公司並受聘於任何合法職位；然需特別注意者，若為保護商業機密所必要，則可能有競業禁止條款的適用。⁵² 其言下之意為州法所保障者僅為員工選擇工作與就業的自由，若同案亦涉及其他法規的適用(例如另外涉及土地利用或營業秘密)，則商業與專業法 Section 16600 的就業保障並不當然能優先適用。⁵³

三、透過判決達到類似效果的無可避免揭露原則

一般而言，無可避免揭露原則(inevitable disclosure doctrine)的適用則較為少見，其係建立在前任員工因在職期間所獲知公司的機密訊息或營

⁴⁹ Bishara et al., *supra* note 39 at 4. 但有些州也選擇了加州模式，諸如夏威夷州(Hawaii)、北達科塔州(North Dakota)、蒙大拿州(Montana)與奧克拉荷馬州(Oklahoma) (蒙大拿與奧克拉荷馬在某些特定情況下仍有適用)；科羅拉多州(Colorado)與奧瑞岡州(Oregon)則限制了對經理人以及專門職業技術人員(professional workers)的競業禁止條款設有限制。Gomulkiewicz, *supra* note 44 at 265. 關於美國州法競業禁止規定的四種分類以及詳細介紹 See Phillip D. Thomas, *Would California Survive the Move Act?: A Preemption Analysis of Employee Noncompetition Law*, 2017 U. CHI. LEGAL F. 823, 826-833 (2017).

⁵⁰ 44 Cal.4th 937 (Cal. 2008).

⁵¹ *Id.* at 945-46.

⁵² *Id.* at 946.

⁵³ *Id.* at 947-49.

業秘密將無可避免地在新公司任職時被揭露或使用的假設；故法院便會基於私取資訊(misappropriation)可能帶給原公司諸如無法回復損害的高度威脅(threaten)而援用無可避免原則發佈禁制令禁止前員工於新公司就任，不過在有些州尚需以惡意為要件，則相對嚴格。⁵⁴

1995年由聯邦第7巡迴法院作成的PepsiCo v. Redmond⁵⁵案為伊利諾州(Illinois)於1987年採用統一營業秘密法(Uniform Trade Secrets Act, UTSA)後的首要案例，法院主要斟酌之因素(factors)在於：第一，新舊公司間競爭的程度高低；第二，雇員前後職務間的相似程度；第三，前公司的技術或營業秘密的內容多寡；至於惡意雖亦為考量之一，但並非本案之要件，故大大降低了原告在舉證上的難度。⁵⁶隨後美國已有47個州以及哥倫比亞特區直接參考或調整後引進統一營業秘密法，是為相當普遍的州法。⁵⁷

儘管全美各州幾乎都有相同或類似的法律，但州法的管轄與執行範圍僅限於州內爭議，對於州際案件則鞭長莫及；然於2016年通過之「營業秘密保護法」(the Defend Trade Secrets Act, DTSA)⁵⁸為聯邦層級的法律便能解此困境。⁵⁹此為全新針對私取營業秘密的訴因(cause of action)，故較受矚目；⁶⁰然或因此法較新之故，美國實務界與學術界對此各有不同解讀⁶¹，本文並不細究，然各個聯邦法院間對此見解不一，以至於肇生選購法院(forum shopping)的問題，仍有待各級法院（特別是聯邦最高法院）

⁵⁴ Norman D. Bishara & Michelle Westernmann-Behaylo, *The Law and Ethics of Restrections on an Employee's Post-Employment Mobility*, 49 AM. BUS. L.J. 1, 22 (2012).

⁵⁵ 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995).

⁵⁶ Michael J. Garrison & John T. Wendt, *The Evolving Law of Employee Noncompete Agreements: Recent Trends and an Alternative Policy Approach*, 45 AM. BUS. L.J. 107, 155-56 (2008).

⁵⁷ M. Claire Flowers, Note, *Facing the Inevitable: The Inevitable Disclosure Doctrine and the Defend Trade Secrets Act of 2016*, 75 WASH. & LEE L. REV. 2207, 2215 (2018).

⁵⁸ 關於 DTSA 的詳細立法歷程 See Sharon K. Sandeen & Christopher B. Seaman, *Toward a Federal Jurisprudence of Trade Secret Law*, 32 BERKELEY TECH. L.J. 829, 843-58 (2017).

⁵⁹ Kris J. Kostolansky & Frances Staadt, *The Defend Trade Secrets Act of 2016: Reconciling Inevitable Disclosure*, 45-NOV COLO. LAW. 37, 37 (2016).

⁶⁰ Sandeen & Seaman, *supra* note 58 at 829.

⁶¹ 詳細的整理與介紹 See Flowers, *supra* note 57 at 2229-52.

統一見解方能解決。惟無可避免揭露原則幾乎將全部的風險都轉嫁給離職者承擔，故只有在高度可能造成相當重大且難以回復的損害的案例才有適用的正當性；以免公司以值得一試的心態案案興訟，不但會對廣大的受薪階級帶來強大的集體壓迫，尚可能長遠傷害社會經濟與公共利益，甚至破壞人與人間的基本信任。

四、相對溫和的園藝休假條款

公司的各級員工不論職位高低，透過跳槽到他公司始終為升遷與加薪的重要管道之一；此為走遍世界皆然的商業社會通則，亦是人性的反射。故欲對員工（特別是如執行長般的高階白領）的轉職設有限制，若能有充足的法律上與政策上的理由，並兼顧對受限者生活上的影響才能站得住腳；惟通常法院考量的因素約略有法律規範、公平性檢驗、職涯選擇、契約自由、經濟效率、公共利益、知識技術的移轉以及商業現實，卻不太見到法院在從眾多可能的結論中做選擇時討論到道德上的正當化理由(ethical justifications)。⁶²舉例而言，雖然離職後的競業禁止條款實際上對於高階白領的限制較有實益，但對於剛入行毫無協商能力的年輕新進人員而言，其實為了取得工作機會不論合約條款中對其將來的競業禁止做何限制一般都會簽約；此時競業禁止在道德上是否有限制必要的理由的討論就更顯重要。⁶³

若個案限制必要性低且道德非難性高，則該限制實無必要，上述針對職場新鮮人的競業禁止即為適例；即便對主要適用的對象（諸如董事、執行長與高階經理人）而言，若有更為衡平的風險分配模式，亦能堅實限制的基礎。園藝休假(garden leave)即為相對可能達成前述衡平風險分配的合約條款，其雖同以限制員工的自由流動來達到保護公司資訊利益，但公司同時亦須在保護資訊的期間給予員工金錢上的補償。⁶⁴此法亦

⁶² Bishara & Westernmann-Behaylo, *supra* note 54 at 4.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.* at 26-27

源自於英國普通法，近代首先被諸多金融業者用於較高產值的員工，後也被其他產業廣泛採用。⁶⁵舉例而言，其模式為當事雇員如在欲離職前半年就應通知公司，在此期間仍需支付員工全部或部分薪資但不會給予任何工作，同時員工也不能在任何地方為任何人工作；如此公司可得到競業禁止條款同樣的保護，但也須承擔主要的經濟負擔，而非將成本全部灌注於相對經濟弱勢的員工。⁶⁶

然對員工而言亦非毫無成本，總有些機會與知識將隨著時間消逝與過時，故可謂衡平；也因公司必須吸收園藝休假主要的有形成本，使公司不得不認真檢視其核心需求，並與各級員工善意協商屬於各個層級實際所需的保密內容（如範圍與期限），以及公司所應負擔的金錢上或非金錢上的對價，就不會流於恣意。⁶⁷公司所付出的對價有助於緩解員工的經濟困境，也緩解了競業禁止限制被員工挑戰的或然率，甚至從法院的觀點看來也更能合理化該限制的基礎；實為一舉數得。⁶⁸雖園藝休假一詞在執行長的合約中並不常見，但具有相同或類似效力者仍佔多數；就美國學者 2006 年發表之研究，其合約約莫有三分之二者載有競業禁止條款，其中 84% 搭配有與競業禁止年限相同甚至更長的資遣費給付期間。⁶⁹此類條款雖無園藝休假之名，卻有其實；故若僅從形式觀之很可能得到園藝休假條款並不普及的片面事實，然若實際檢視合約內涵，園藝休假條款已被普遍使用於美國上市公司與其執行長所簽訂之人才契約中，應屬的論。⁷⁰

⁶⁵ Charles A. Sullivan, *Tending the Garden: Restricting Competition via “Garden Leave”*, 37 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 293, 293 (2016).

⁶⁶ Cynthia L. Estlund, *Between Rights and Contract: Arbitration Agreements and Non-Compete Covenants as a Hybrid Form of Employment Law*, 155 U. PA. L. REV. 379, 425 (2006).

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Charles A. Sullivan, *supra* note 65 at 297-98.

⁶⁹ Schwab & Thomas, *supra* note 4 at 254-56.

⁷⁰ Sullivan, *supra* note 65 at 298.

肆、結論

法律沒有對執行長一詞做明確具體的定義誠可理解，畢竟執行長位於公司行政體系的頂點與樞紐，時而在董事會之上、時而在董事會之中、時而又在董事會之下；若要強行定位，恐怕適得其反。然而，欲知曉某位執行長在其公司中的地位以及與董事會的關係，透過觀察其與公司之委任或僱傭合約（即人才契約）中涉及重大權利義務規範的條款便可略知一二。諸如本文所述之終止條款中的事由規範，比如道德條款的射程範圍大小；又比如競業禁止條款的內容是否附帶園藝休假條款的精神，皆可探知執行長在議約過程中的協商能力的高低，此亦反映了執行長在公司地位的輕重。本文藉由探討上述議題與條款，點出相關議題的主要癥結，希冀能對我國公司治理層面中較少提及的執行長相關議題拋磚引玉；也指出道德條款與園藝休假條款的實用性與重要性，供學術與實務參考。

參考文獻

一、中文文獻

- 林洲富（2019），〈營業秘密與著作權之並存保護要件—評最高法院 107 年度台上字第 303 號民事判決〉，載：《月旦裁判時報》，83 期，頁 60-67。
- 許政賢（2018），〈台灣法上之公序良俗〉，載：《月旦民商法雜誌》62 期，頁 26-49。
- 曾宛如（2018），〈公司內部意思形成之欠缺或瑕疵對公司外部行為效力之影響：兼論董事（長）與經理人之代表權與代理權〉，載：《臺大法學論叢》47 卷 2 期，頁 707-759。
- 馮震宇（2019），〈員工攜帶公司資料跳槽是否一定侵害營業秘密？〉，載：《月旦法學教室》，199 期，頁 32-35。
- 劉連煜（2010），〈現行上市上櫃公司獨立董事制度之檢討暨改進方案—從實證面出發〉，載：《政大法學評論》，114 期，頁 53-156。
- 鄭瑞健（2018），〈職業運動員人才契約的道德條款—以美國四大職業運動聯盟及中華職棒大聯盟為中心〉，載：《東吳法律學報》，30 卷 2 期，頁 79-127。

二、英文文獻

- Patricia Sánchez Abril & Nicholas Greene, *Contracting Correctness: A Rubric for Analyzing Morality Clauses*, 74 WASH. & LEE L. REV. 3, 3-75 (2017).
- Norman D. Bishara et al., *An Empirical Analysis of Noncompetition Clauses and Other Restrictive Postemployment Covenants*, 68 VAND. L. REV. 1, 1-51 (2015).
- Norman D. Bishara & Michelle Westernmann-Behaylo, *The Law and Ethics of Restrections on an Employee's Post-Employment Mobility*, 49 AM. BUS. L.J. 1, 1-61 (2012).

- Harlan M. Blake, *Employee Agreements Not to Compete*, 73 HARV. L. REV. 625, 625-691 (1960).
- Todd J. Clark, *An Inherent Contradiction: Corporate Discretion in Morals Clause Enforcement*, 78 LA. L. REV. 1, 1-67 (2017).
- Larry A. DiMatteo, *Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage*, 47 AM. BUS. L.J. 727, 727-794 (2010).
- Richard A. Epstein, *In Defense of the Contract at Will*, 51 U. CHI. L. REV. 947, 947-982 (1984).
- Cynthia L. Estlund, *Between Rights and Contract: Arbitration Agreements and Non-Compete Covenants as a Hybrid Form of Employment Law*, 155 U. PA. L. REV. 379, 379-445 (2006).
- M. Claire Flowers, Note, *Facing the Inevitable: The Inevitable Disclosure Doctrine and the Defend Trade Secrets Act of 2016*, 75 WASH. & LEE L. REV. 2207, 2207-2263 (2018).
- Michael J. Garrison & John T. Wendt, *The Evolving Law of Employee Noncompete Agreements: Recent Trends and an Alternative Policy Approach*, 45 AM. BUS. L.J. 107, 107-186 (2008).
- Robert W. Gomulkiewicz, *Leaky Covenants-Not-to-Compete as the Legal Infrastructure for Innovation*, 49 U.C. DAVIS L. REV. 251, 260-299 (2015).
- Joan MacLeod Heminway, *Martha Stewart Saved! Insider Violations of Rule 10b-5 for Misrepresented or Undisclosed Personal Facts*, 65 MD. L. REV. 380, 380-434 (2006).
- William Homer, Note, *Just Cause for Trust: Honoring the Expectation of Loyalty in the At-Will Employment Relationship*, 45 FLA. ST. U. L. REV. 833, 833-860 (2018).
- Kris J. Kostolansky & Frances Staadt, *The Defend Trade Secrets Act of 2016: Reconciling Inevitable Disclosure*, 45-NOV COLO. LAW. 37, 37-40 (2016).
- Gillian Lester, *Restrictive Covenants, Employee Training, and the Limits of*

- Transaction-Cost Analysis*, 76 IND. L.J. 49, 49-76 (2001).
- Tom C. W. Lin, *CEOs and Presidents*, 47 U.C. DAVIS L. REV. 1351, 1351-1415 (2014).
- Dan Messeloff, Note, *Give the Green Light to Silicon Alley Employees: No-Compete Agreements Between Internet Companies and Employees Under New York Law*, 11 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 711, 711-746 (2001).
- Charles J. Muhl, *The Employment-at-Will Doctrine: Three Major Exceptions*, MONTHLY LAB. REV., Jan. 2001, at 3-11 available at <https://www.bls.gov/opub/mlr/2001/01/artlfull.pdf>
- Fernando M. Pinguelo & Timothy D. Cedrone, *Morals? Who Cares About Morals? An Examination of Morals Clauses in Talent Contracts and What Talent Needs to Know*, 19 SETON HALL J. SPORTS & ENT. L. 347, 347-380 (2009).
- Sharon K. Sandeen & Christopher B. Seaman, *Toward a Federal Jurisprudence of Trade Secret Law*, 32 BERKELEY TECH. L.J. 829, 829-913 (2017).
- Jeffrey Sagalewicz, Comment, *The Martha Duty: Protecting Shareholders from the Criminal Behavior of Celebrity Corporate Figures*, 83 Or. L. Rev. 331, 331-357 (2004).
- Stewart J. Schwab & Randall S. Thomas, *An Empirical Analysis of CEO Employment Contract: What do Top Executives Bargaining for?*, 63 WASH. & LEE L. REV. 231, 231-270 (2006).
- J. Kelly Strader, *White Collar Crime and Punishment: Reflections on Michael, Martha, and Milberg Weiss*, 15 GEO. MASON L. REV. 45, 45-106 (2007).
- Charles A. Sullivan, *Tending the Garden: Restricting Competition via “Garden Leave”*, 37 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 293, 293-325 (2016).
- Phillip D. Thomas, *Would California Survive the Move Act?: A Preemption Analysis of Employee Noncompetition Law*, 2017 U. CHI. LEGAL F. 823,

823-850 (2017).

Charles K. Whitehead, *Why Not a CEO Term Limit?*, 91 B. U. L. REV. 1263, 1263-1288 (2011)

The Talent Contract Between the Company and its CEO in the US--Taking the Commonly-Used Terms of Termination and Covenant Not to Compete for Example

Jerry Jui-Chien Cheng*

Abstract

The Company Act of Taiwan only defines the roles of directors, supervisors, and managers of corporations. The Securities Act of Taiwan also defines the roles of independent directors and the members of the audit committee and the compensation committee of publicly-traded companies. There is no related laws or regulations in the role of CEOs. Analyzing the relatively important contract terms between the companies and the CEOs and examining law review articles of the US might be a practical approach to understand the role and power of CEOs, which could be a useful reference to understand the character of CEOs of Taiwan. This article introduces the most commonly-used terms of termination and covenant not to compete and related issues of morals clause, trade secrets, the inevitable disclosure doctrine, and the garden leave provision in order to trigger the discussion of the laws of CEOs of Taiwan.

Keywords: CEO, termination clause, morals clause, covenant not to compete, trade secret protection, inevitable disclosure doctrine,

* Assistant Professor, Department of Law, Providence University; SJD, Maurer School of Law, Indiana University-Bloomington.

garden leave, mandate, employment, fiduciary duty