

【法学研究】

# 论竞业禁止的立法完善

王宇红,晁艳琳

(西安理工大学 人文学院,陕西 西安 710048)

**摘要:** 竞业禁止是商法理论研究的一个重要课题,论述了董事、经理、一般雇员及代理商所负竞业禁止义务的立法不足及完善建议,并就如何强化违反竞业禁止义务的法律条款的可操作性进行了探讨。

**关键词:** 竞业禁止;立法缺陷;立法完善

**中图分类号:** D923.99 **文献标识码:** A

## Legislation Improvement on the Loyal Duty of Forbidding to Compete with Employers

WANG Yu-hong, CHAO Yan-lin

(School of Humanity, Xi'an University of Technology, Xi'an 710048, China)

**Abstract** The loyal duty of forbidding to compete with employers is an important issue in commercial law. Legislation insufficiencies and improvement suggestions about this loyal duty of the director, the manager, the employee and the agent are put forward. Also the question how to enhance the maneuverability of liability clauses as to breaking the duty is discussed.

**Key words** the duty of forbidding to compete with employers; legislation defect; legislation improvement

竞业禁止在各国商法中均有规定,并且是商法理论研究的一个重要课题。在市场竞争日益激烈的今天,现实生活中出现了大量与诚实信用原则相悖的竞业行为。中国现行立法对此虽有相应规定,但立法过于粗糙,可操作性不强。本文试就中国竞业禁止立法完善的有关问题作一全面研讨。

### 一、竞业禁止的内涵辨析

一般认为,竞业禁止的含义有广义和狭义两种。广义的竞业禁止,指对与特定营业具有竞争性的特定行为的禁止。即根据法律规定或当事人约定,权利人一方有权要求义务人一方在一定期限内不得进行针对自己的竞争行为<sup>[1]</sup>。这里的义务主体是不特定的多数人,如商标专用权、专利权等专有权利禁止权利人以外的任何人擅自行使。

狭义的竞业禁止,指对与特定营业具有特定民

事法律关系的特定人所为的竞争性特定行为的禁止。也就是说,权利人有权要求与其具有特定民事法律关系的特定人不为针对自己的竞争性行为<sup>[1]</sup>。这里的义务主体是特定的人,即与特定营业具有特定民事法律关系的特定人。特定民事法律关系,可以是委任关系,如中国《公司法》第61条对董事、经理竞业禁止义务的规定;可以是雇佣关系或代理关系。

笔者认为广义的竞业禁止并非严格意义上的竞业禁止,应采狭义说。首先,广义竞业禁止所要限制的行为本身就是一种违法行为,如假冒他人注册商标的行为。广义竞业禁止保护的专有性权利主体的利益通过权利本身的排他性就可以得到充分的法律保护。而狭义竞业禁止所要限制的行为本身并非当然违法,如经理人从事营业行为本身并不违法,只是由于其特殊职位而不应该从事某些竞争性的经营活动。狭义竞业禁止所保护的处于特定民事法律关系

一方当事人的利益如不以“竞业禁止”条款加以特别保护,就无法从立法上得到救济。因此有必要通过制定竞业禁止条款使特定民事法律关系双方的权利、义务趋于平衡。其次,综观各国有关竞业禁止的立法,均采用狭义定义。如瑞士《债务法》第818条有关私人有限公司竞业禁止的规定,意大利《民法典》第2391条有关董事的竞业禁止义务的规定等。中国亦应遵循国际惯例,以使中国法律与国际法律相接轨。不但有利于与其他国家进行相关领域研究成果的相互交流,也有利于相关的跨国司法问题的处理。

## 二、董事、经理的竞业禁止义务

中国《公司法》第61条规定:“董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动。从事上述营业或者活动的,所得收入应当归公司所有。”此即董事、经理的竞业禁止义务。就中国《公司法》上的这一规定,有几个问题需要进一步探讨。

### (一)董事、经理竞业禁止义务产生的内在依据

董事、经理的竞业禁止义务是由董事、经理忠实义务派生出来的。从根本上说,董事、经理的权利义务是由其与公司间的关系引起的,如何认定董事、经理与公司之间法律关系的性质呢?两大法系采不同学说:一种是英美法系的信托说和代理说。信托说认为,董事、经理是公司财产的受托人,董事、经理义务的本质以此为据而获得说明<sup>[2]</sup>。代理说认为,董事、经理作为代理人,与作为本人的公司共立于信任关系之中。董事、经理的义务依据代理的法理获得说明<sup>[2]</sup>。无论董事、经理被解为受托人,还是代理人,其义务的基本内容相同:一为注意义务,二为忠实义务。另一种是大陆法系的委任说。该说认为公司和董事、经理之间的关系是委任关系。就公司和董事、经理的委任关系而言,委托人是公司,受托人是董事、经理,委任标的是公司财产的管理与经营。这种委任关系仅依股东会的选任决议和董事、经理承诺任职而成立。董事、经理作为受托人,对于公司负有作为善良管理者的注意义务和忠实义务。在中国,普遍认为“引用委任关系说明公司与董事、经理关系,比较符合中国人的习惯和传统”<sup>[3]</sup>。

### (二)竞业禁止的范围

根据中国《公司法》规定,竞业的范围是“与任职公司同类的营业”。所谓“同类的营业”,可以是完全相同的商品或服务,也可以是同种或者类似的商品或服务。这一规定仅涉及同业竞业禁止的情况,缺乏对兼业竞业禁止的明确表述。兼业竞业禁止是指与

权利人的营业相关,或义务人兼任其他企业的无限责任股东或合伙事业的合伙人<sup>[4]</sup>。兼业竞业禁止是董事、经理竞业禁止义务的重要组成部分,亦乃各国立法通例。中国《公司法》仅以不得“从事损害本公司利益的活动”概括之,过于空泛。日本《商法》第41条规定:“(1)经理人非经营业主允许,不得从事为自己或第三人进行属于营业主营业范围的交易,或者担任公司无限责任股东、董事或其他商人的代理人。”德国《股份公司法》第88条规定:“(1)董事会成员未经监事会同意,既不允许经营商业,也不允许在公司业务部门中为本人或其他人的利益进行业务活动。他们未经同意,也不得担任其他贸易公司的董事会成员或者业务领导人或者由个人负责的股东。”这些对兼业竞业禁止的明确表述,值得借鉴。

### (三)竞业禁止的时间

关于董事应负竞业禁止义务的时间,中国《公司法》并未予以明确规定,据第61条推定,竞业行为既可发生于公司营业阶段,也可发生于公司准备营业或试营业阶段,还可发生于公司暂时终止营业阶段。至于董事、经理在被解任或辞任后是否仍负有对原任职公司的竞业禁止义务,仍是一个有争议的问题。一些学者认为,既然竞业禁止义务源于公司与董事、经理间委任合同的成立,委任合同一经终止,董事的身份也即终止,董事的竞业禁止义务亦就终止。只要董事在卸任后从事的竞争营业没有利用原任职公司的财产,即不构成违反禁止竞业义务<sup>[5]</sup>。然而,委任合同的效力终于董事、经理的卸任只意味着董事、经理对原单位有形财产控制力的终止,而其对公司的无形资产(如商业秘密)的控制力并不会因其卸任而丧失,如果董事、经理利用这种滞后控制力为自己谋私利,对其原任职单位的利益损害将是巨大的。从中国目前的现实情况来看,董事、经理等高层管理人员带着原单位的商业秘密“跳槽”另谋高就或是自立门户的现象已经屡见不鲜。这对公平合理的市场竞争秩序造成了极大破坏,亦不符合诚实信用原则<sup>[6]</sup>。目前世界各国成文法虽对董事、经理竞业禁止的时间界限没有作出明确规定,但从一些判例法来看,董事卸任后仍负有竞业禁止义务。在中国,针对立法保护的不力,公司常通过章程规定或任职合同约定约束董事竞业行为。因此,由立法确定董事、经理离职后合理期间(如2年)内的竞业禁止义务,有其积极意义。

### (四)“自营或者为他人经营”的含义

“自营或者为他人经营”究竟应理解为“以自己名义经营或者以他人名义经营”,亦或“为自己计算而经营或者为他人计算而经营”?前者以经营行为主

体为标准,后者以经济效益归属为标准。笔者认为应采用后一理解。若董事既不以自己名义,也不充任他人代理人或法定代表人,但从事竞业的经济效果却归属自己或他人,以前一标准为裁判依据,这一实质损害权利主体利益的行为便会成为“漏网之鱼”。

#### (五)董事、经理的竞业禁止是否应适度放宽

中国《公司法》上的董事、经理的竞业禁止规定采取的是绝对禁止性规定,即无条件禁止董事、经理为自己或他人经营与其所在公司业务同类的营业,未涉及例外情况。目前,各国立法一般都采取相对禁止性规定。日本《商法》第264条有关股份有限公司的避免营业竞争的义务规定:“(1)董事为自己或第三人进行属于公司范围的交易时,须在董事会说明有关该交易的重要事实,并取得其同意。(2)进行前项交易的董事,须及时将有关该交易的重要事实,报告董事会。(3)董事违反第一项的规定,为自己进行交易时,董事会得将其视为为公司而进行者”。瑞士《债务法》第818条有关私人有限公司的竞业禁止义务规定:“未经公司中其他成员的同意,公司经理不得涉足或从事与公司相竞争的业务”。绝对竞业禁止制度虽然有益于保护公司和股东权益,但也存在不足:(1)母公司委派其董事担任子公司的董事长、执行董事或其他董事时,如果母子公司的经营业务相同,则此类董事就违反了中国《公司法》规定的竞业禁止义务<sup>[7]</sup>。这显然会影响公司投资策略的实现。

(2)不利于董事会吸收经营贤才。许多非执行董事在公司的工作是业余性质的,报酬也极为有限,故在公司活动之外,尚有其个人利益之追求。过于苛刻的竞业限制势必影响此类董事的任职。(3)中国疆域辽阔,市场容量很大,董事可以通过选择不同地域来进行与其所任职公司相同或类似的营业,这种竞业一般不会危及其所任职公司的利益。因此,笔者主张采取相对禁止性规定,即如果经本公司股东会或董事会同意,在履行了法定程序的前提下,董事、经理可以免于承担竞业禁止义务。

### 三、其他义务主体的竞业禁止义务

竞业禁止的最初限制对象仅为公司的董事、经理等高级管理人员,发展至今,其限制对象的范围渐宽,公司中触及或有可能触及商业秘密的职员、以代理为业的商人等都会受此限制。

#### (一)一般雇员的竞业禁止义务

董事、经理的竞业禁止义务是基于法律条文的规定产生,而公司往往通过与一般雇员签定竞业禁止合同或在其他合同中订立竞业禁止条款,禁

止雇员以任何形式受雇于与其任职或曾任职单位有竞争关系的企业。此类合同或条款的效力在法学界是有争议的。有学者认为,此类合同或条款与中国《宪法》赋予公民的劳动权及《劳动法》赋予劳动者的平等就业和选择职业的权利相违背,应认定为无效合同或条款。另外一些学者认为此类合同或条款是防止企业商业秘密外泄的一个有力武器,应确认其法律效力。笔者认为,应在规范该类合同或条款合理性的前提下确认其效力,合理性主要体现在以下几个方面:(1)目标的合理性:该类合同或条款的订立是为了有效保护知识产权,而非限制职工择业自由、贸易自由。(2)对象的合理性:竞业禁止的义务主体应是因职务关系接触或者有可能接触本单位重要商业秘密的职员,而不能泛指全体职工。(3)范围的合理性:竞业禁止的范围应与职工在本单位任职时接触或可能接触的商业秘密范围相对应,而不应扩至行业领域或专业领域;另外,超过一定地域,雇员可不负竞业禁止义务。(4)方法的合理性:通过竞业禁止义务主体的自愿承诺,或通过签订竞业禁止合同或订立有关条款,或通过职员对本单位有关规定的认可或默示达到竞业禁止的目的<sup>[6]</sup>。(5)期限的合理性:在职竞业禁止期限自然应为义务主体在职期间,而离职竞业禁止的期限限制在离职后2年内为宜。(6)补偿的合理性:根据权利义务对等原则,企业应给予受限制职员一定的经济补偿,使他们的经济收入与不受限制的情况基本持平。具备了以上合理性的竞业禁止,在有效保护商业秘密的同时在一定程度上也保障了择业自由和公平竞争。

#### (二)代理商的竞业禁止义务

代理商是以其他商人的经营活动和交易行为提供代理、媒介服务为业的商人<sup>[1]</sup>。代理商以代理为业,熟悉本人的事务,为避免代理商凭借此优势地位进行针对本人的竞争行为,应为其设定竞业禁止义务。中国对代理商竞业禁止的规定散见于一些法规中,如《专利代理条例》第20条,《商标法实施细则》第25条,统一规定尚付阙如。日本《商法》第48条规定:“代理商非经本人允许,不得为自己或第三人进行属于本人的营业范围的交易,或者作为以同种营业为目的的公司的无限责任股东或董事。第41条(归入权)的规定,对于代理商违反前项规定的场合准用”。韩国《商法》第89条规定:“(1)代理商不能没有本人许可成为以自己或第三者的计算进行属其本人营业部类的交易或者以同种营业为目的之会社的无限责任社员或理事。(2)第17条第2项至第4项的规定(归入权等)在代理商违反前项的规定时适

用”。以上国外立法,在确定代理商的竞业禁止义务时,主要采取了相对禁止性立法,即本人的许可可以使代理商免于承担竞业禁止义务,中国在今后的立法中可以予以借鉴。

#### 四、违反竞业禁止义务的法律責任

竞业禁止义务作为一种以国家强制力为保障的法律义务,义务人若不履行其义务,将承担相应的法律责任。中国现行立法规定了违反者的民事责任、行政责任及刑事责任。

##### (一) 民事责任

中国《民法通则》第106条第1款规定:“公民法人违反合同或不履行其他义务的,应当承担民事责任”。第134条明确规定了“停止侵害”、“赔偿损失”等十种承担民事责任的方式。中国《公司法》第61条规定:“董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动。从事上述营业或活动的,所得收入应当归公司所有”。这项规定即为公司法上的归入权。

综上,违反竞业禁止义务的民事责任形式有:

(1)责令停止侵害;(2)请求赔偿损失;(3)行使归入权。若是义务人违反竞业禁止规定,自己获得了利益的同时也使公司利益受到损害,就发生了权利人的损害赔偿请求权与归入权的竞合。这时权利人究竟该行使哪项权利?国外立法上有关的规定也不一致。德国法规定,此时损害赔偿请求权与归入权可择一行使。而日本法规定,权利人可同时行使归入权和损害赔偿请求权。笔者认为应采用公平合理的原则,以权利人所受损失的数额为标准,若义务人竞业收入数额少于权利人因此所受的损失数额,则权利人在行使归入权的同时对于未弥补的损失额可再行使损害赔偿请求权;若竞业收入数额多于损失数额,则由权利人行使损害赔偿请求权弥补其损失,超过损失部分可收缴国库。总之,以当事人的财产状态均恢复到竞业行为发生前的原始状态为尺度。

##### (二) 行政责任

中国《公司法》第215条规定:“董事、经理违反本法规定自营或者为他人经营与其所任职公司同类

的营业的,除将其所得收入归公司所有外,并可由公司给予处分”。由立法规定公司的内部处分似有不妥:其一,公司是否给予违反竞业禁止义务的董事、经理行政处分应属公司依章程或内部规章自主决定的事项,公司法作出规定有过度扩张干预性之嫌,不必要也不合适。其二,公司内部的行政处分对普遍存在的“自立门户”行为缺乏威慑力。应适当加大对违反竞业禁止义务人的行政处罚力度。

##### (三) 刑事责任

中国《刑法》第165条规定:“国有公司、企业的董事、经理利用职务便利,自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业,获取非法利益,数额巨大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;数额特别巨大的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金”。该条立法适用主体仅限于国有公司、企业的董事、经理,范围太过狭窄。非国有公司、企业的董事、经理即使违反了竞业禁止义务,获取非法利益数额巨大的,也无法追究其刑事责任。不符合市场主体平等保护的原则。同时,若是义务人违反了竞业禁止义务,又给公司造成了巨大损失,但自身却未能获取非法利益,也不能追究其刑事责任。这不能不说是立法上的遗漏。对该条进行扩张性的司法解释,在非法所得标准之上兼设损失认定标准,对造成权利人损失“数额巨大”、“数额特别巨大”的,即使义务违反人未获利,也应追究其刑事责任。

##### 参考文献:

- [1] 张晓军.论竞业禁止[J].中国人民大学学报,1997,(1).
- [2] GOWER L C B. Gower's principles of modern company law [M]. 4th Stevens, 1979.
- [3] 王保树.股份有限公司的董事和董事会[J].外国法译评,1994,(1).
- [4] 英振坤.竞业禁止初探[J].法商研究,1995,(5).
- [5] [日] 井木俊守.董事的义务和责任(第3版)[M].中央经济社,1993.
- [6] 项艳.竞业禁止:一种人才流动中保护商业秘密的方法[J].法学天地,1997,(2).
- [7] 黄来纪.董事竞业禁止义务论[J].上海社会科学院学术季刊,1999,(3).