

# 员工作为商业秘密侵权主体的可责性与法律责任

● 董寅

(苏州大学 王健法学院, 江苏 苏州 215006)

**摘要:**我国《反不正当竞争法》将商业秘密的侵权主体限定为“经营者”,使得员工侵犯用人单位商业秘密的行为得不到有效规制。从员工竞业禁止制度的完善,可使侵犯用人单位商业秘密的员工在法律上可责。对用人单位进行救济,即对侵权员工的非难方式,应因员工主体地位的特殊性进行特殊设置。

**关键词:**商业秘密;员工竞业禁止;保密义务

DOI: 10.3969/j.issn.1009-4458.2011.04.010

中图分类号:DF59 文献标识码:A 文章编号:1009-4458(2011)04-0024-02

商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。我国目前的立法未将商业秘密纳入知识产权的保护范围之内,而是将其以反不正当竞争法的形式予以保护。我国《反不正当竞争法》和最高人民法院出台的《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》对商业秘密的概念、保护范围、侵权行为方式及法律责任作出了比较具体的规定,但是我国《反不正当竞争法》对主体资格的限定,使得员工离职后侵犯原公司商业秘密的行为无法在反不正当竞争法律体系中进行追究。

## 一、员工侵犯商业秘密在反不正当竞争法中不可责

我国《反不正当竞争法》第十条规定:“经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密……”将商业秘密的侵权主体限定为“经营者”。并且,不止商业秘密侵权主体被限定为“经营者”,《反不正当竞争法》所规定的反不正当竞争行为主体均被限定为“经营者”,其第二条规定“……本法所称的不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。本法所称的经营者是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织和个人。”

对《反不正当竞争法》所称的经营者,一般有两种理解的角度:一种是从主体资格的角度,认为只有具有法定从事营利行为的主体资格的人才是经营者;另一种是从行为性质的角度,认为只要是以营利为目的,提供商品或服务的行为人即可以认定为经营者。第一种解释局限较大,据此,许多从事经营活动但不具法定经营主体资格的人破坏市场竞争秩序的行为将无法在反不正当竞争法律体系内进行规制。有学者戏称这一解释将使法律陷入“防君子不防小人”的尴尬境地。<sup>[1]</sup>第二种解释避免了对市场竞争秩序造成更大破坏的后果,也得到了较多认可。有学者对此进行了进一步的论述,将与经营行为有关的人分为三类:一是为自己谋求竞争优势的人,二是为别人谋求竞争优势的人,三是破坏他人竞争优势的人。这样,不论以营利性活动为职业的行为人,还是代表、代理他人从事经营活动的行为人,

以及无法定经营资格而从事经营活动的行为人都不能逃脱反不正当竞争法的恢恢法网。<sup>①</sup>根据这种理解和划分,固然可以将任或离任的员工侵犯用人单位的商业秘密行为纳入反不正当竞争法调整范围之内,但是,此举仍然无可避免地具有以下问题。

首先,将员工认定为经营者,毕竟是因司法实践需要对法律解释的无奈之举,有“司法枉曲立法”之嫌。若采此说,最终必须以立法性文件确立,否则全凭法官的认知判案,不能保证每位裁判者都达成统一认识。而以立法确定“与经营行为有关的人”皆为经营者,则是对法律的不恰当的扩大解释。因其将影响一系列以经营者为特定主体的法律行为和法律责任规定。溯本逐源,厘清商业秘密侵权主体才是问题解决之道。

其次,即使应用经营行为标准,员工侵犯现用人单位或原用人单位商业秘密的行为种类也未囊括殆尽。经营行为包括商品经营行为和提供营利性服务行为。所谓商品经营,是指以营利为目的的商品交换活动。所谓营利性服务,是指以营利为目的,以提供劳务为特征的经营行为。<sup>[2]</sup>那么根据经营行为标准,若员工出于泄私愤之目的,恶意披露用人单位的商业秘密,该行为一无营利的目的,二无交易对象,尚不能称之为经营行为,毋庸认定员工为经营者了。至于有学者通过分析经营者与消费者关系,经营行为与消费行为的关系,认为员工为泄私愤披露用人单位商业秘密的行为,虽不具营利性,对用人单位的影响不是其某个具体的特定的经营行为,但可以因此影响其一系列有关的经营行为,因此认定员工参与了经营行为。<sup>[3]</sup>笔者认为,这种以行为的关联性确定行为主体资格的分析有待商榷,如此将

收稿日期:2011-02-15

作者简介:董寅(1986-),男,江苏丰县人,苏州大学王健法学院经济法学研究生,研究方向:劳动法学。

<sup>①</sup> 该观点的提出者同时也写到,根据经营行为认定经营者,可以为《反不正当竞争法》规定的反不正当竞争行为的主体提供自圆其说的理论基础,以免出现法律调整的盲点和漏洞,但与其挖空心思作出澄清性规定,不如探索更好的方案,如将“经营者”删除,不再出现主体的要求,直接从行为特征上作出规定。

不恰当地扩大了竞争法律主体的范围, 每个人都可能成为反不正当竞争法上的经营者, 因为各种行为之间总具有关联性, 只是有的是直接关联, 有的是间接关联。倘若因为某行为与经营行为有间接关联, 就确定行为人参与了经营行为, 再根据经营行为标准认定其为经营者, 然后就可以放心地用反不正当竞争法去规制与经营行为有间接关联的某行为, 这种推理方法显然有违法治精神。

故商业秘密侵权行为, 当侵权人是员工(无论在任还是离任), 商业秘密权利人是用人单位(无论现在的还是原来的)时, 一定还要有另一个经营者为共同侵权人, 或者该员工同时也是一个经营者, 即员工有自营其他商品或服务的行为。否则, 该员工的商业秘密侵权行为就不属于以上所述的经营行为。

最后, 员工这类主体无法承担反不正当竞争法上的法律责任。我国《反不正当竞争法》对商业秘密侵权行为规定了两种法律责任: 责令停止违法行为和罚款, 责任性质均为行政责任。根据反不正当竞争法规定, 作出决定的行政机关为工商行政管理部门。员工一般受劳动合同中的竞业限制条款约束, 不得开展与用人单位具有竞争关系的业务, 因此员工一般不独立参与工商业活动, 更不具备独立工商业活动主体资格。侵犯用人单位商业秘密的员工若未自营或其他营工商业, 则不是工商行政管理部门的行政相对人, 无法承担由工商部门课罚的行政责任。

## 二、离任员工侵犯原用人单位商业秘密在当前法律体系中的不可责

根据经营行为标准, 员工的商业秘密侵权行为只有基于营利的目的方可视为经营者, 不管是为自身经营利益还是他人经营利益。若员工既无自营亦无他营之情形, 对在任和离任员工的商业秘密侵权行为, 当前的法律体系规制方法有所差异, 下面将分别论之。

在任员工侵犯用人单位的商业秘密权, 在为自营或其他营情形下即为竞业行为, 即使无营利目的, 也有公司法中的忠实义务规范和劳动合同法中的保密义务规范进行约束。根据我国《公司法》规定, 忠实义务的履行者为董事和高级管理人员, 而《劳动合同法》则把可约定保密义务和竞业限制条款的对象扩展到“负有保密义务的人员”, 故可包含一般职工。两种规范的理论基础不同, 所体现出的基本法理也不同。忠实义务的理论基础有“代理说”、<sup>14</sup>“委任说”<sup>①</sup>、“信托说”,<sup>15</sup>不管哪一种学说, 都是将董事与公司的关系放在基本平等的地位, 因忠实义务设定的初衷是抑制董事愈来愈膨胀的权力。而劳动合同法中的保密义务以及在保密义务上的竞业限制, 理论基础是“默示义务”,<sup>16</sup>仍体现着劳动关系中浓重的人身不平等特征, 故劳动合同对约定的保密义务和竞业限制作出了限制。

离任员工侵犯原用人单位的商业秘密权, 在为自营或其他营的情形下, 可以作为“经营者”同时受到反不正当竞争法和劳动合同法的规制。但在无营利目的之情形下, 若离任员工不存在其他竞业限制行为, 则无法适用劳动合同法对其进行规制, 亦无法适用反不正当竞争法对其规制, 理由如前文关于经营者的论述。这里也许还有一个问题要解决, 离任员工有离任董事和离任的一般职工之分, 离任董事可不可以受到公司法中忠实义务的约束? 这个问题有学者给予了肯定回答。<sup>17</sup>但笔者认为, 董事离任义务的理论基础应是不当得利, 离任后的董事不得利用本属于原公司的商业信息和技术信息来为自己谋利。这与董事忠实义务基于信义, 不得辜负公司的信任损害公司利益不同。董事离任后即不负有忠实义务, 因忠实的前提——

因信任而在任, 已不存在。故董事离任义务不是忠实义务的内容, 离任后的竞业限制也不是董事竞业禁止义务的内容。离任的董事、高管侵犯原用人单位商业秘密不应视为违反公司法上忠实义务规范。

因此, 离任员工侵犯原用人单位的商业秘密权, 固已丧失恪守忠实义务之基础, 若无营利之目的, 则既未违反劳动合同中约定的竞业限制条款, 又不符合经营者标准, 在当前的法律体系中不可责。

## 三、员工商业秘密侵权规制

毋庸置疑的是, 员工侵犯用人单位或离任员工侵犯原用人单位商业秘密的行为应当受到法律的规制。我国目前正处于市场经济快速发展过程之中, 员工携带用人单位的商业秘密跳槽或自营竞争性业务, 已成侵犯商业秘密的多发现象。社会亟需建立相关的法律制度, 以减少此类现象的发生。但是员工作为商业秘密权的特殊侵权主体, 在规制原则与方法上, 有不同于其他侵权主体之处, 既不能放任违法行为不理, 也不能矫枉过正伤害劳动选择权和自由流通的劳动力市场。

### 1. 侵权主体的可责性

员工应当作为侵犯商业秘密权的主体, 并可以在法律上问责。现行法律通过反不正当竞争法、公司法、劳动合同法来规制, 体系混乱, 漏洞较多。以竞争法规制员工与竞争法的立法宗旨相悖, 公司法和劳动合同法中的竞业禁止和竞业限制规范在一些问题上又颇显苍白无力。笔者认为, 竞业禁止固然是规范员工商业秘密侵权的归宿, 但我国的相关制度还需整合, 裨补缺漏。

从保护用人单位利益的角度出发, 可在公司法中将竞业禁止义务的主体扩展到普通员工。从保护劳动者劳动权的角度出发, 可在劳动合同法关于竞业限制的条款约定方面, 通过设定条件、范围、期限等来避免可能对员工的择业自由权造成的限制。一方面, 在职或离职的员工都应负有竞业禁止义务。劳动合同法中关于竞业限制条款约定的规定, 适用对象是离职后员工, 在职的员工同样也应纳入竞业禁止的义务对象范围之内。在未经用人单位同意下, 在职员工不得自营或为他人经营与用人单位具有竞争性的业务。“重要英美法系国家法院对劳雇双方在雇佣关系存续期间所签订禁止或限制受雇者竞业自由契约之合法性, 曾做出为数甚多之判决, 而这些国家学者之评论意见也极为丰富, 几已成为一独立之法域。”<sup>18</sup>我国学界对于劳动关系存续期间的竞业限制问题, 尚未形成深层次的广泛探讨。笔者认为, 在职员工的竞业禁止义务, 是员工侵犯商业秘密权在法律上具有可责性的前提, 采纳此制度是为必要。另一方面, 虽然竞业禁止义务有扩展到所有在任员工的可能, 但是在离任员工竞业禁止义务上, 义务约束的对象范围仍是立法和司法应牢牢限制的。用人单位既然是为防止商业秘密泄露而与员工约定竞业禁止, 那么受此规范的对象员工范围应以离职后可能会损害用人单位商业秘密的员工为限。在相当重视员工利益, 并且将相关的规定均予以立法化的德国, 对于有关离职后竞业禁止条款的约定, 在德国商法中有明文限制: “与未成年人或低薪资之受雇人所订之竞业禁止条款, 无效”, 所谓低薪资是指“雇佣契约终止时之最后一年之年薪少于一定之标准而言。此标准则依每年之物价指数变动, 由主管机关以行政命令发布之。”<sup>19</sup>以一定的工资额为标准, 将一部分低收入群体排除适用竞业禁止义务, 从用人单位利益与劳动者劳动权的平衡考量, 意义非凡。(转第47页)

<sup>①</sup> 我国台湾地区“公司法”第192条规定:“公司与董事间之关系, 除本法另有规定外, 依民法关于委托之规定。”我国台湾地区“民法”第528条规定:“称委任者, 谓当事人约定一方委托他方处理事务, 他方为处理之契约。”

原因可以造成边际收益的差异,而其中最重要的就是收入差别。高收入者往往比低收入者更重视医疗保健,也就是说,前者的边际效益高于后者。<sup>[11]</sup>马斯洛的需要层次理论指出,一般来说,人的需要有一个从低级向高级发展的过程,某一层次的需要相对满足了,才会向高一层次发展,追求更高一层次的需要。也就是说,农民只有在满足了自己生存需要的前提下,才会更多地关注诸如自身健康等方面的需要。

### 3 明确落实政府责任 稳步提高新农合保障水平

应该进一步强化政府的主体责任意识,切实提高新农合保障水平,真正地让人民受益于这项“民生工程”。首先,中央和地方政府应加大财政投入,及时足额落实到位,并通过各种有效渠道大量筹集新农合资金,逐步做到扩大报销范围和提高报销比例。其次,完善相关配套人员、技术、办公设备建设,加强基金监管,做好专户储存,专款专用,并定期接受广大农民的监督。再次,合理设计补偿方案,简化报销程序,为不同地区和不同农村群体提供多样化的医疗服务包和不同的补偿标准,逐步提高新农合的保障水平,减少或避免农民预期与实际保障水平之间的落差,让广大农民切身感受到新农合带来的实惠。

### 4 做好新农合与农村医疗救助、商业保险的衔接

我们可以借鉴国外的做法,将农民划分为富裕农民、贫困农民和普通农民等不同等级。我国新农合面向所有的农民,而实际上,多数贫困农民由于没有能力参加合作医疗则被挡在了新农合的大门之外。还有就是已经参加合作医疗而在患大病后无力承担合作医疗“门槛费”或自费部分的农民。对于这两部分农民,我们必须建立农村医疗救助制度,作为新农合的补充,为他们提供一定的福利性医疗保障,从而使农村医疗保障从制度设计层面上既覆盖所有的农民,又重点关注了农村的贫困弱势群体,体现了减轻农民就医经济负担,防止和减少农民因病致贫、因病返贫的目标。<sup>[12]</sup>而对于那些富裕农民,或者说是经济条件好、对医疗保障水平有更高需求的人群,可以发展商业保险,从而建立起满足广大农民基本医疗需求的多层次农村医疗保障体系。□

### 参考文献:

- [1] 卫生部 财政部 农业部 关于建立新型农村合作医疗制度的意见[Z]. 国务院公报, 2003(6).
- [2] 李向东. 新型农村合作医疗现状及发展研究[D]. 江苏大学硕士学位论文, 2010-06-23.
- [3] 王文利. 甘肃新型农村合作医疗存在的问题与对策[J]. 甘肃社会科学, 2009(2): 21.
- [4] 成志刚, 罗晓晴. 我国新型农村合作医疗研究综述[J]. 吉首大学学报(社会科学版), 2009 30(6): 54.
- [5] 龚文君, 周健宇. 宜宾新型农村合作医疗的现状、问题及对策研究[J]. 中国发展, 2009 9(1): 55.
- [6] 李向东. 新型农村合作医疗现状及发展研究[D]. 江苏大学硕士学位论文, 2010-06-25.
- [7] 鲁冠南. 完善新型农村合作医疗的制度性思考[J]. 中州学刊, 2008(4): 123.
- [8] 夏芹, 尹爱田, 尹畅, 宋春燕. 农民参与意愿考证新型农村合作医疗制度建设[J]. 中国卫生经济, 2010, 29(3): 54.
- [9] 龚文君, 周健宇. 宜宾新型农村合作医疗的现状、问题及对策研究[J]. 中国发展, 2009 9(1): 56.
- [10] 徐庆, 夏迎秋. 江苏省新农合可持续发展影响因素分析和对策[J]. 中国农村卫生事业管理, 2006(10): 22-23.
- [11] 谷彦芳, 宋风轩. 建立可持续发展的新农合制度的政策建议[J]. 中国卫生事业管理, 2008 25(3): 190.
- [12] 包国宪, 高选. 欠发达地区农村新型合作医疗可持续发展研究[J]. 甘肃社会科学, 2010(2): 48.

(接第25页)

### 2. 员工侵犯商业秘密的法律救济方式

在我国《反不正当竞争法》中,对侵害商业秘密行为的法律救济规定了两种方式,即行政救济和民事救济。前一种救济方式主

要是行政监督检查部门责令侵权人停止违法行为,并可以根据情节处以罚款。后一种救济方式主要是损害赔偿。除此之外,我国《刑法》还规定了侵害商业秘密行为的刑事救济方式,即追究行为人刑事责任。“但作为救济制度而言,在我国,无论是行政救济、民事救济,还是刑事救济,相对弱化的现状是显而易见的。”<sup>[10]</sup>而当商业秘密的侵权主体是员工时,这些救济方式的弱化更严重,有些甚至毫无用武之地。员工侵犯用人单位的商业秘密,应承担和可承担的法律救济方式有:停止侵害,支付违约金;损害赔偿。其中应当注意的问题有:

第一,在竞业禁止合同中,必须就当事人的违约金作出明确约定。如劳动关系双方当事人可事先约定违约金的数额幅度,或者预先约定损害赔偿的计算方法。如有这样的事先约定可以避免竞业禁止合同违约后确定损害赔偿额的困难,有利于合同纠纷的解决,也有助于减少当事人在未来可能承担的风险。对劳动者承担违反竞业禁止合同违约金数额的确定,应以实际发生的损失为限,一般不应超过双方当事人签订竞业禁止合同时所能预计的损失。我国《劳动合同法》相关条款对劳动者违反竞业禁止所承担的违约责任,仅仅规定了应向用人单位支付违约金,但没有设定违约金的上限。我国劳动者谈判能力不强,劳动合同格式化情况较普遍,法律不设上限,容易使劳动者承担与其经济能力不适应的风险,显失公平。因此,法律在就违约金的承担作出一般的原则性规定的同时,还应作出具体的上限规定,充分体现劳动合同法刚性规范与柔性规范搭配的天衣无缝。另外,法律还应明确规定离职劳动者在特殊情况下的免责条款和免除将来可能发生的责任,如约定商业秘密进入公有领域或因其他合法原因公开后,应当免除离职劳动者的义务,等等。

第二,在法律责任的选择与合并适用上,停止侵害可与支付违约金、损害赔偿合并适用,违约金与损害赔偿是否可以合并适用则要区别对待。一般合同法理论中,惩罚性违约金可以与损害赔偿并用,而同一损害的赔偿性违约金对于损害即使不能完全补偿,有违约金请求权的场合,不得形式损害赔偿请求权。<sup>[11]</sup>反映在员工商业秘密侵权责任的承担上,若没有竞业禁止合同的约定,自然只需承担损害赔偿责任。若竞业禁止合同约定了违约金,应视此为赔偿性违约金,劳动者的经济地位、主观恶性等决定了对其不应适用惩罚性赔偿的方式。因此,根据违约金与损害赔偿合并适用的一般原理,有违约金约定应只请求支付违约金,即使违约金数额不能完全弥补用人单位损失,也不得再要求损害赔偿。□

### 参考文献:

- [1] 谢晓尧. 竞争秩序的道德解读——反不正当竞争法研究[M]. 北京:法律出版社, 2005: 74.
- [2] 种明钊. 竞争法[M]. 北京:法律出版社, 2008: 114.
- [3] 孔祥俊. 反不正当竞争法原理[M]. 北京:知识产权出版社, 2005: 62.
- [4] 王宝树. 股份有限公司机关构造中的董事和董事会[J]. 外国法译评, 1994(1): 1-12.
- [5] 张民安. 现代英美董事法律地位研究[M]. 北京:法律出版社, 2007: 33.
- [6] 郑尚元. 员工竞业禁止研究[J]. 现代法学, 2007(4): 76-82.
- [7] 蒋大兴. 董事离任义务立法规制研究——兼论我国《公司法》之修改[J]. 法学评论, 2001(5): 103-113.
- [8] 焦兴锐. 重要英美法系国家对受雇者竞业禁止规范之研究[J]. 万国法律, 2003(10): 7.
- [9] 谢铭洋, 汤清华, 中原, 张凯娜. 营业秘密法解读[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2003: 83-84.
- [10] 胡良荣. 商业秘密的侵权救济与竞业禁止合同的规制[J]. 法律适用, 2007(10): 66-69.
- [11] 崔建远. 合同法[M]. 北京:法律出版社, 2003: 290-291.