

学校编码: 10384

分类号 \_\_\_\_\_ 密级 \_\_\_\_\_

学号: 13020091150390

UDC \_\_\_\_\_

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

员工竞业引起的商业秘密即发侵权  
问题研究

Study on the Imminent Infringement of Trade Secret caused  
by the Employee's Competition

杨 正

指导教师姓名: 林秀芹 教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2012年4月

论文答辩时间: 2012年5月

学位授予日期: 2012年6月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评 阅 人: \_\_\_\_\_

2012 年 月

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（ ）课题（组）的研究成果，获得（ ）课题（组）经费或实验室的资助，在（ ）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

## 内容摘要

本文主要研究因员工竞业行为引起的商业秘密即发侵权问题：在明确了“员工竞业”及“商业秘密即发侵权”等相关概念的前提下，阐释员工竞业引起的商业秘密即发侵权的构成要件；通过对竞业禁止制度的反思，提出在员工竞业问题上引入即发侵权思想以完善对商业秘密权利的保护；在规制员工竞业方面，借鉴即发侵权的救济模式，采取了有别于竞业禁止制度的禁令救济方式。

除了引言和结束语外，本文分三章进行论述：

第一章首先对本文所述的员工竞业的概念加以认定，随后在明确了即发侵权概念的基础上，提出了员工竞业与商业秘密即发侵权两者存在因果关系，以这种关系为前提，分析了员工竞业引起的商业秘密即发侵权问题的构成要件。

第二章结合第一章相关概念的认定，基于员工竞业引起的商业秘密即发侵权与竞业禁止制度的对比，提出了竞业禁止制度存在失灵的情况，并在上述对比中，分析了因员工竞业引起的商业秘密即发侵权所呈现的问题。

第三章依据即发侵权的禁令救济制度，提出因员工竞业引起的商业秘密即发侵权问题的主要救济方式，即诉前禁令、诉中禁令以及诉终禁令。针对因员工竞业可能出现的滥诉问题，增加了申请禁令的条件，以提高申请门槛。

**关键词：**员工竞业；商业秘密；即发侵权；禁令

## ABSTRACT

This paper mainly studies on the imminent infringement of trade secret which caused by the employee's competition. On the premise of clearing the concept of employee's competition and imminent infringement, we may deduce the constitution elements of the imminent infringement of trade secret which caused by the employees competition. Through the reflection on the theory of non-competition, this paper attempts to solve the problem of employee's competition by introducing the ideology of imminent infringement. The method to regulate the employee's competition may refer to the relief mode of imminent infringement, that is, injunction mode.

Other than the preface and the conclusion, this paper consists of three parts:

Chapter1 first introduces the concept of employee's competition and imminent infringement, then analyses the relationship between the two, based that relationship, summarizes the constitution elements of the imminent infringement of trade secret which caused by the employee's competition.

Chapter2 compares the imminent infringement of trade secret caused by the employee's competition with non-competition, analyses the issues presented by the imminent infringement of trade secret.

Chapter3 based on the relief mode of imminent infringement, puts forward the main relief mode about the imminent infringement of trade secret which caused by the employee's competition. Additionally, in order to prohibit the excessive litigation, this part increased the application criteria of injunctions.

**Key Words:** Employee's Competition; Trade Secret; Imminent Infringement; Injunction

前 言.....	1
<b>第一章 员工竞业引起的商业秘密即发侵权问题的制度基础.....</b>	<b>2</b>
<b>第一节 关于员工竞业以及即发侵权概念的认定 .....</b>	<b>2</b>
一、对员工竞业概念的认定.....	2
二、对即发侵权概念的认定.....	3
<b>第二节 员工竞业引起的商业秘密即发侵权的构成要件 .....</b>	<b>5</b>
一、员工为实施商业秘密侵权而为竞业行为.....	5
二、员工竞业使商业秘密侵权的发生将不可避免.....	6
三、引起商业秘密即发侵权的员工竞业行为不因法律的明令禁止而转换成 侵权行为.....	7
<b>第二章 员工竞业引起的商业秘密即发侵权与竞业禁止制度的对比         分析 .....</b>	<b>8</b>
<b>第一节 与竞业禁止制度的对比分析 .....</b>	<b>8</b>
一、关于法律属性上的区分.....	9
二、关于对商业秘密权利救济的时效性区分.....	10
三、关于对商业秘密权利救济时间的区分.....	11
<b>第二节 竞业禁止制度的失灵 .....</b>	<b>12</b>
一、法定竞业禁止失灵下的问题呈现.....	12
二、约定竞业禁止失灵下的问题呈现.....	13
<b>第三章 员工竞业引起的商业秘密即发侵权的救济方式.....</b>	<b>14</b>
<b>第一节 诉前禁令 .....</b>	<b>15</b>
一、员工某竞业行为可能引起了商业秘密即发侵权.....	16
二、不采取有关措施，会给申请人合法权益造成难以弥补的损害.....	17

---

三、申请人须提供担保.....	17
四、责令被申请人停止竞业行为是否损害社会公共利益.....	18
<b>第二节 诉中禁令 .....</b>	<b>18</b>
一、参考专利法领域的适用标准.....	19
二、参考商标法领域的适用标准.....	20
<b>第三节 诉终禁令 .....</b>	<b>21</b>
一、诉终禁令的表述.....	21
二、诉终禁令的期限.....	22
<b>结 语.....</b>	<b>23</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>24</b>

厦门大学博硕士论文摘要库

厦门大学博硕士学位论文摘要库



---

**CONTENTS**

<b>Preface</b> .....	1
<b>Chapter 1 Institutional Foundation of the Imminent Infringement of Trade Secret caused by the Employee's Competition</b> ..	2
<b>Subchapter 1 the Concept of Employee's Competition and Imminent Infringement</b> .....	2
Section 1 the Concept of Employee's Competition.....	2
Section 2 the Concept of Imminent Infringement.....	3
<b>Subchapter 2 the Constitution Elements of the Imminent Infringement of Trade Secret caused by the Employee's Competition</b> .....	5
Section 1 the Employee Do the Business Strife with the Purpose of Infringing Trade Secret .....	5
Section 2 the Infringement of Trade Secret will Occur Inevitably .....	6
Section 3 the Employee's Competition Should not Change Characters while the Law Requirement.....	7
<b>Chapter 2 Compares the Imminent Infringement of Trade Secret caused by the Employee's Competition with Non-competition</b> .....	8
<b>Subchapter 1 Compare with the Non-competition</b> .....	8
Section 1 the Distinguish of Legal Property .....	9
Section 2 the Distinguish of Trade Secret Relief Limitation .....	10
Section 3 the Distinguish of Trade Secret Relief Process.....	11
<b>Subchapter 2 the Malfunction of Non-competition</b> .....	12
Section 1 the Malfunction of Legitimate Non-competition.....	12
Section 2 the Malfunction of Contractual Non-competition.....	13

---

<b>Chapter 3</b>	<b>the Relief Mode about the Imminent Infringement of Trade Secret caused by the Employee's Competition.....</b>	<b>14</b>
<b>Subchapter 1</b>	<b>Temporary Restraining Order .....</b>	<b>15</b>
Section 1	the Employee's Competition may Probably caused the Imminent Infringement of Trade Secret .....	16
Section 2	the Applicant will Suffer Irreparable Injuries .....	17
Section 3	the Applicant Should Offer Warranty Protection .....	17
Section 4	Consider the Social Public Interests .....	18
<b>Subchapter 2</b>	<b>Interlocutory Injunction.....</b>	<b>18</b>
Section 1	Reference to the Application of Patent Law .....	19
Section 2	Reference to the Application of Trademark Law .....	20
<b>Subchapter 3</b>	<b>Final Injunction.....</b>	<b>错误! 未定义书签。</b>
Section 1	the Indication of Final Injunction .....	21
Section 2	the Period of Final Injunction .....	22
<b>Epilogue</b>	.....	<b>23</b>
<b>Bibliography</b>	.....	<b>24</b>

## 前 言

鉴于商业秘密权利存在有“一旦失去便永远失去”的特质，商业秘密权利的保护较其他类型的知识产权保护而言，似乎更关注对侵权行为的事前预防，而员工的竞业行为更应是商业秘密侵权行为的预防重点。

我们拟一则案例来说明员工竞业引起的商业秘密即发侵权问题的存在及现实意义：A 是甲企业的员工，知悉甲企业某商业秘密，在职期间与甲企业签订了保密协议并约定离职两年内不得到有竞争关系的企业从事涉密产品的研发。后 A 在竞业限制期内到与甲企业有竞争关系的企业任职，将从事涉密产品研发。双方诉争至法院，法院在审理中认定双方签订的竞业禁止协议无效（如未规定补偿内容）。本案中，甲企业的商业秘密失去了竞业禁止协议的保护，面临着商业秘密即发侵权的危险，这种情况便属于因员工竞业引起的商业秘密即发侵权的一种类型。<sup>①</sup>

针对员工的竞业行为，目前的学术研究形成了以竞业禁止制度为主导的规制措施，然而鉴于该制度对商业秘密权利保护的不足，同时，又基于国内学者对即发侵权理论研究的日臻完善，使我们对规制员工竞业行为的分析有了更多角度的理论空间。本文将员工竞业与商业秘密即发侵权结合而论，拟从两者关系入手尝试引入即发侵权制度规制员工的竞业行为，突破针对员工竞业问题的单一制度（竞业禁止）下的权利保障瓶颈，以期预防商业秘密侵权行为的实际发生。

本文的主体思路是以确定员工竞业的概念为逻辑起点，结合商业秘密即发侵权的原理，总结出员工竞业引起的商业秘密即发侵权的构成要件，并以此为基础，通过与现有竞业禁止制度的区分，表明了竞业禁止制度失灵的情形下，员工竞业引起的商业秘密即发侵权所呈现的问题，最后提出了针对因员工竞业引起的即发侵权问题的救济途径。

---

<sup>①</sup>类似案例见：上海申拓机器有限公司诉颜某侵犯商业秘密竞业限制纠纷案。引自：罗坚梅.侵犯商业秘密典型案例[N].上海法治报, 2011-04-19(B4).

## 第一章 员工竞业引起的商业秘密即发侵权问题的制度基础

本章将解决何为员工竞业引起的商业秘密即发侵权问题。通过对问题的分解，在明确了员工竞业行为以及即发侵权概念的基础上，提出员工竞业引起的商业秘密即发侵权的构成要件，为在下一章的进一步分析做理论准备。

### 第一节 关于员工竞业以及即发侵权概念的认定

员工的竞业为企业的商业秘密泄露打开了方便之门，使商业秘密权利面临着即发侵权的风险，如何应对这些风险，首先需要对“员工竞业”及“即发侵权”两个概念有明确的认识。

本节主要分析员工竞业行为以及即发侵权行为，对两概念作出适当的认定，并以此为基础概括出两者的关系。

#### 一、对员工竞业概念的认定

竞业即同业竞争之意，可分为三种情况，一是平等合法的自由竞业；二是恶意竞争行为，如商业秘密侵权行为；三是为恶意竞争做准备的行为，如为商业秘密侵权所为的准备行为。

本文所讲的员工竞业是指商业秘密侵权的准备行为且引起了商业秘密即发侵权的行为。

从主体上分析，该竞业行为的主体包括了负有商业秘密保密义务的在职及离职员工。对竞业行为的主体作此认定的原因有以下两点：其一，“负有商业秘密保密义务”区分了并非完全基于保密义务但有竞业限制义务的情形，如我国于2005年颁布的《公司法》第149条规定的“董事、高级管理人员不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”。做这样的区分主要是考虑其有利于围绕商业秘密权利的保护展开论述；其二，员工的在职与离职状态

并不影响竞业行为的认定，这与上述商业秘密的保密义务是一脉相承的，知悉商业秘密的员工在职时负有保密义务自然是商业秘密保护的题中之意，而其离职时也负有保密义务的原因在于，基于商业秘密权利的保密义务之期限不因员工的离职而丧失，这种保密期限应与商业秘密权利的存续期间相同。

从员工竞业行为的类型上分析，由于该竞业行为是“商业秘密侵权的准备行为”，所以在分析员工竞业行为的类型时，可以参考商业秘密侵权的行为类型，与之相对应的准备行为便是本文所讲的竞业行为类型。引起商业秘密侵权的行为类型是开放的，因此作为其准备行为的竞业行为类型也具有开放性。仅以“披露行为”为例，员工违反了商业秘密权利人的保密要求而为的披露行为，构成了商业秘密侵权行为，而这种披露行为的准备行为，对应到员工竞业行为类型来讲，就是“不可避免披露”的行为，这种行为也正是引起商业秘密即发侵权的行为。

从员工竞业行为的进程来看，以商业秘密侵权为节点，这种竞业行为是商业秘密侵权的准备行为，即先有竞业行为而后将有商业秘密的侵权行为，如此解释的重点在于区分这样的竞业行为：先有了商业秘密的侵权行为，而后为的竞业行为。

## 二、对即发侵权概念的认定

作为世界贸易组织的框架协议之一的《与贸易有关的知识产权协议》（以下简称 TRIPs）对即发侵权有着在其调整范围内（流通领域）的描述：TRIPs 第 50 条规定了司法当局应对即发侵权所采取的临时措施，条文中有这样的表述：司法当局有权要求申诉人提供合理有效的证据，以便司法当局充分肯定地确认申诉人就是权利人，申诉人的权利正在受到侵犯，或者这种侵犯即将发生（such infringement is imminent）。<sup>①</sup>此处所述的“权利侵犯的即将发生”即是即发侵权之本义。

关于对即发侵权概念的认定，国内有学者称：“侵权行为尚未发生但

<sup>①</sup>The judicial authorities shall have the authority to require the applicant to provide any reasonably available evidence in order to satisfy themselves with a sufficient degree of certainty that the applicant is the right holder and that the applicant's right is being infringed or that such infringement is imminent...

存在着发生的危险，或虽然已经发生但尚未产生一定损害结果的行为”；<sup>①</sup>有学者认为：“即发侵权就是正在实施侵犯或者即将实施侵犯其权利的，损害结果还没有但是必将发生的侵害行为”；<sup>②</sup>有学者表示：“所谓即发侵权，是指侵权损害的后果即将会发生，但是尚未发生的侵权行为”；<sup>③</sup>还有学者指出：“即发侵权根据其英文原意（Imminent Infringement）是指即将发生的侵权行为，它只能是尚未发生的侵权行为，而不可能是已经发生的但实际损害尚未发生的侵权行为。”<sup>④</sup>

以上学者的分歧点主要有两点：一是即发侵权是否包含了实际的侵权行为；二是即发侵权行为是否包含侵权行为已经发生但尚未造成损害结果的行为。

笔者认为，即发侵权概念意指侵权行为的一触即发，强调的应是侵权行为的即将发生的紧迫性，不宜将已经实际发生的侵权行为归入其中，进而也就不可能包含“侵权行为已经发生但尚未造成损害结果的行为”。有学者认为：“在知识产权领域，不存在侵权成立但未给权利人造成损害的情形。”<sup>⑤</sup>郑成思先生同样认为，已经在实施的“已发”侵权行为以及虽已实施侵权行为但“尚未产生侵权损害”的行为不应被认为是即发侵权行为。<sup>⑥</sup>这种观点也得到了我国现有知识产权法律认可，即发侵权在我国相关法律条文<sup>⑦</sup>中的表述模式是：即将实施侵犯某知识产权的行为，如不及时制止将会使权利人的合法权益受到难以弥补的损失。

明确了即发侵权的概念，对本节第一项分析的特定竞业行为会有更清

<sup>①</sup>符琪. TRIPs 中的即发侵权问题[J]. 律师世界, 2001, (11).

<sup>②</sup>王宾容, 刘晓辉, 张颖. 商业秘密“即发侵权”的禁令救济[J]. 北京科技大学学报(社会科学版), 2007, (02).

<sup>③</sup>冯晓青. “即发侵权”该如何界定.[EB/OL] <http://www.cipnews.com.cn/showArticle.asp?articleid=18544>, 2011-1-27.

<sup>④</sup>张广良. 知识产权侵权民事救济[M]. 北京: 法律出版社, 2003. 222.

<sup>⑤</sup>同上.

<sup>⑥</sup>郑成思. 知识产权论[M]. 北京: 法律出版社, 2003. 291.

<sup>⑦</sup>在我国 2001 年修订的《著作权法》和《商标法》中, 分别增加了权利人有权对即发侵权申请诉前临时禁令和财产保全权利的规定: “著作权人或者与著作权有关的权利人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为, 如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的, 可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。” “商标注册人或者与利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其注册商标专用权的行为, 如不及时制止, 将会使其合法权益受到难以弥补的损害的, 可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。” 在我国 2008 年第三次修订的《专利法》第 66 条第 1 款中规定了权利人有权申请诉前临时禁令和财产保全的权利: “专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯专利权的行为, 如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的, 可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为的措施。”

晰的认识，即本文所讲的员工竞业并非商业秘密的侵权行为，而是与商业秘密的即发侵权存在着引起与被引起的直接因果关系的行为。

## 第二节 员工竞业引起的商业秘密即发侵权的构成要件

本节基于上节的分析，主要以构成要件的形式对员工竞业引起的商业秘密即发侵权问题作出较全面的描述。

### 一、员工为实施商业秘密侵权而为竞业行为

这是构成商业秘密即发侵权的首要条件。由于上文提到的“竞业行为”即是商业秘密侵权的充分准备行为，所以该条也可以表述成：员工为下一步要实施的商业秘密侵权做了充分的准备，这种充分准备行为也正符合即发侵权的认定标准。

“为下一步要实施的商业秘密侵权做充分准备”体现了商业秘密即发侵权行为过渡到商业秘密侵权行为一蹴而就时的临界点要求，此处提到的“充分准备”可能是在实践中认定即发侵权成立首先要面临的标杆，何为充分？这里需要对逻辑学上的两个概念——“充分条件”和“必要条件”加以区分：“充分条件”即是指：如果有情况 A，则必然有情况 B，如果没有情况 A 而未必没有情况 B，A 就是 B 的充分条件；相对应的“必要条件”则是：如果没有情况 A，则必然没有情况 B，如果有情况 A 而未必有情况 B，A 就是 B 的必要条件。

我们拟一则人才跳槽案例作分析：原告甲是生产某电子设备的企业，被告周某在甲企业的工作中知悉了某型号电子设备的技术秘密，后周某被调至乙企业，在乙企业从事该型号电子设备的设计工作。案例中，掌握了甲企业技术秘密的周某在乙企业从事该相关设备的研发行为是商业秘密侵权的准备行为，即本文所讲的竞业行为，若任由这个竞业行为的发展，则必将出现对甲企业技术秘密的侵权行为（披露行为），所以，这个竞业行为就可视为该商业秘密侵权行为的充分条件。同样的，若没有周某的竞业行为，乙企业也可能通过反向工程等其它手段知悉甲企业的商业秘密，故

周某的竞业行为并不是商业秘密侵权的必要条件。

## 二、员工竞业使商业秘密侵权的发生将不可避免

根据行为的发展态势,员工竞业引起的商业秘密即发侵权表现为侵权行为的发生将不可避免,这是继上一构成要件之“为侵权做了充分准备”的自然发展。

“在侵犯专利权、商标权及著作权案件中,侵权行为的发生是否不可避免的判定并不困难,而在商业秘密领域,若行为人实施了一定的行为,则可认定其将必然地或者不可避免地披露权利人的商业秘密,此原则便是美国法院在侵犯商业秘密权利纠纷中确定的‘不可避免披露原则’

(Inevitable Disclosure Doctrine)”<sup>①</sup>。美国学者 Matthew K. Miller 对“不可避免披露”原则有过这样的表述:“雇员与前雇主之间无竞业禁止之约定,但根据前后雇主的竞争关系、两者产品的性质以及雇员在前后两个机构中任职的相似性等证据,有理由认为该雇员在履行新职务的竞业过程中‘将不可避免’披露其前雇主的商业秘密,基于此种情形,法院将会认定雇员对前雇主的有潜在的商业秘密侵权行为,并依此认定发布禁止雇员在一定时期内在相关领域内竞业的禁令。”<sup>②</sup>“不可避免披露原则”所要禁止的是即发的商业秘密侵权行为或者说是商业秘密侵权威胁(Threatened Misappropriation of Trade Secrets)。我国法院在审理类似案件中,不可避免披露可以作为竞业引起的即发侵权的证据性原则加以考虑,而不是因为在原告无明确证据证明被告已经使用或者披露了某项商业秘密的无计可施之情况下而驳回原告的诉讼请求。<sup>③</sup>

关于即发侵权与不可避免披露原则二者的关系,有学者指出:即发侵权是“不可避免披露原则”产生的土壤,制止即将发生的侵害,避免不可挽回的损失,是商业秘密权利保护的固有概念,是一种高度理念。<sup>④</sup>不可避免披露原则是在即发侵权基础之上发展而来,是对即发侵权理论的补充,不应将两者对立起来或是用一方否定另一方的存在。我们可以认为,不可

<sup>①</sup>张广良.知识产权侵权民事救济[M].北京:法律出版社,2003.226.

<sup>②</sup>Matthew K. Miller.Inevitable Disclosure Where No Non-Competition Agreement Exists: Additional Guidance Needed[J]. Boston University Journal of Science and Technology Law Spring, 2000,6 B.U. J. SCI. & TECH. L.

<sup>③</sup>张广良.知识产权侵权民事救济[M].北京:法律出版社,2003.227.

<sup>④</sup>张玉瑞.商业秘密·商业贿赂[M].北京:法律出版社,2005.188.



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库