

企业应对员工在职竞业和舞弊行为的路径选择-兼议民事救济路径与《刑法修正案(十二)(草案)》中新的刑事追责路径

作者：吴琼



如何防范公司的高管及员工利用其供职期间掌握的公司商业秘密和相关资源进行不正当竞争？员工如在职期间筹设同业竞争公司，抢夺公司的商业机会和客户资源，为自己或亲友输送利益等，公司应如何应对和维权？

在企业的经营管理中，部分员工在利益的驱使下可能会行险徼幸，实施上述“损企肥私”的行为。这类行为通常具有隐蔽性和持续性，可能给企业带来巨大的经济损失和负面影响。

在现有的民事救济路径中，《公司法》虽然明确规定了忠实义务，禁止董事和高级管理人员经营同类业务和谋取公司商业机会的行为，但却受限于行为人的主体身份，无法涵盖普通员工；劳动法领域的惩戒措施则以解除劳动合同为主，用人单位能够获得损害赔偿的机会和额度都较为有限；《反不正当竞争法》则未将题述行为列举为典型的不正当竞争行为，除非其伴随侵犯商业秘密等行为，否则证明其构成不正当竞争亦存在难度。加之民事诉讼中调查、取证手段的限制和举证责任的分配规则，如何处理应对该类内部腐败行为、惩戒涉事员工、维护企业的合法权益，是诸多企业所面临的难题。

近日发布的《刑法修正案(十二)(草案)》，将现行刑法规定的非法经营同类营业、为亲友非法牟利和徇私舞弊低价折股、出售（国有）资产三项有关违背忠实义务的罪名主体从国有公司、企业扩展到民营企业。这可能成为非国有企业应对上述问题的新路径。

本文将围绕员工在职期间经营同类业务、腐败背信的行为，尝试总结和对民事方面和刑事方面可能的处理路径，以期为企业提供系统性的解决思路。

一、现有的民事救济路径

（一）公司法

我国《公司法》第一百四十七条规定董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实、勤勉义务，不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产；第一百四十八条明确禁止公司的董事、高级管理人员利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自己经营或为他人经营与所任职公司同类的业务。如董事、高级管理人员违背上述义务，应承担对公司的损失赔偿责任，且其违法所得收入应归为公司所有。[1]

但如前所述，该等义务和责任受限于行为人的主体身份，无法涵盖企业的普通员工。

（二）劳动法

我国劳动法领域，并未直接明确劳动者在职期间负有法定的竞业禁止/限制义务，仅在《劳动合同法》第二十三条、二十四条中规定了用人单位可与劳动者约定离职后的竞业限制义务及其违约责任，且适用主体限定为高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。

司法实践中普遍认为，用人单位也可与劳动者约定在职期间的竞业限制义务和违约责任[2]。但在双方没有约定的情况下，劳动者在职期间是否有“天然的”义务不能经营同类业务？这一问题存在争议的。

部分裁审机构认为，劳动者对用人单位负有忠诚义务，其行为不应违背诚实信用原则与公认的商业道德；劳动者在职期间开展同业竞争行为的，属于对前述义务的违反，用人单位有权依据《劳动合同法》第三十九条第（二）项和/或第（三）项予以辞退；如劳动者给用人单位造成损失的，用人单位有权要求其承担损失。例如：(2022)苏04民终4880号案中，徐某在A公司工作期间担任B公司的法定代表人、唯一股东，同时还担任C公司的监事，B、C两公司的经营范围与A公司的经营范围重合。江苏省常州市中级人民法院认为：“劳动者作为用人单位的成员，在劳动过程中应当维护、增进而不损害用人单位利益，这是基于劳动关系的人身性、隶属性 and 诚实信用原则而产生的忠诚义务。劳动者失职、营私舞弊、未经允许同时从事其他业务，其行为已违反忠诚义务，对用人单位利益造成重大损害的，用人单位可以即时将劳动者辞退。”

但同时，也有部分裁审机构认为，普通劳动者并无竞业禁止的法定义务，如双方没有约定在职期间的竞业禁止义务，则用人单位据此解雇员工或主张损害赔偿，缺乏明确的法律依据。

上述分歧给企业运用劳动法应对题述行为造成了很大的不确定性。且由于劳动法用于调整非平等民事主体之间的法律关系，对劳动者存在倾向性保护，因此用人单位想据此追究劳动者的责任，特别是在解除劳动合同之外寻求损害赔偿的救济，存在较多的挑战和限制。

（三）反不正当竞争法

企业内部人员利用职务便利，在职期间筹设同业竞争公司，抢夺公司的商业机会和客户资源等，本质上也是一种不正当竞争，公司有可能依据《反不正当竞争法》（“《反法》”）进行维权，追究其民事责任和行政责任。

不过，上述行为并不属于《反法》项下明示列举的典型不正当竞争行为。如果上述行为伴随着侵犯商业秘密等典型不正当竞争行为，将可以据此进行追责。否则，上述行为只能适用《反法》第二条第一、二款的兜底性规定：“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。”（2009）民申字第1065号案中，最高人民法院对该兜底性条款的适用进行了确认，认为适用《反法》第二条第一、二款认定构成不正当竞争应当同时具备以下条件：一是法律对该种竞争行为未作出特别规定；二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害；三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性。

因此，如何证明上述行为确属违反诚实信用原则和公认的商业道德、且给公司造成了实际损失，往往是该类案件的审查重点和证明难点。

二、新的刑事追责路径

《中华人民共和国刑法修正案（十二）（草案）》于2023年7月25日首次提请十四届全国人大常委会第四次会议审议，并于2023年7月27日起公开征求意见。本次草案共拟修改刑法7条，涵盖行贿犯罪的处罚规定和民营企业内部人员腐败犯罪两个方面。

这次刑法修改完善民营企业内部人员腐败相关犯罪规定，针对的是企业内部关键岗位人员因腐败侵害企业、企业家利益的行为。为加强对民营企业权益的平等保护，防范“损企肥私”行为，草案将现行刑法第一百六十五条、第一百六十六条和第一百六十九条规定的非法经营同类营业、为亲友非法牟利和徇私舞弊低价折股、出售（国有）资产三个有关违背忠实义务的罪名主体从“国有公司、

企业”扩展到民营企业。根据草案，民营企业相关人员从事前述行为，应依照对于国有企业相关人员的规定追究刑事责任。

现行《刑法》	《草案》
第一百六十五条：非法经营同类营业罪	
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。	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。 <u>其他公司、企业的董事、经理有前款行为的，依照前款的规定处罚。</u>
第一百六十六条：为亲友非法牟利罪	
国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，有下列情形之一，使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金： （一）将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的； （二）以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的； （三）向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。	国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，有下列情形之一，使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金： （一）将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的； （二）以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的； （三）向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。 <u>其他公司、企业的工作人员有前款行为，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。</u>
第一百六十九条：徇私舞弊折股、出售国有资产罪	
国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员，徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。	国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员，徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。 <u>其他公司、企业直接负责的主管人员有前款行为，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。</u>

在立法层面，这次修改进一步丰富完善了刑法涉侵害民营企业财产相关的罪名体系，包括现行刑法已经规定的职务侵占罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪等，以及草案此次增加的三个背信类犯罪。

在实施层面，全国人大常委会法工委刑法室负责人在就刑法修正案（十二）草案答记者问中强调：“贯彻执行好刑法上述有关民营企业腐败犯罪规定，更好推进民营企业腐败治理工作，需要进一步注意做好以下方面的工作：一是准确把握政策尺度。我国民营企业发展不平衡，情况还比较复杂，很多企业治理结构和日常管理不规范，有的还是家族企业，在案件处理上要充分考虑企业实际情况。特别是对于涉及企业内部股东之间的矛盾纠纷，要注意把握好犯罪界限和民刑交叉法律问题，防止利用刑事手段干涉企业正常生产经营活动。二是执法司法中要加大对民营企业保护力度。这次修改是在法律上落实平等保护的重要举措，同时执法司法中更要落实好平等保护。从一些企业反映看，实践中有的部门对企业报案不够重视，企业存在立案难的情况，这一问题也要认真研究。……三是进一步完善民营企业源头防范和治理腐败的体制机制。要坚持系统观念，综合治理，在给予企业刑法保障手段的同时，有关方面也要引导、支持企业建立完善内部反腐败工作机制，规范内部人员权力运行和监督，建立完善审计监督体系和财会制度，加强企业廉洁文化建设等。”

上述思路一方面秉持了刑法的谦抑性，另一方面也强调了加大对民营企业保护力度、关注立案难等情况，以及引导企业建立内部防范机制的主动作用，相信会对民营企业治理内部腐败提供有效助力。

在草案此次增加的三项适用于民营企业的背信类犯罪中，“非法经营同类营业罪”与题述行为的关系最为密切，以下就该罪的几个重点问题予以提示：

（一）非法经营同类营业罪的犯罪主体

虽然三项犯罪的主体均为企业的内部人员，但具体人员范围存在差异：

- “非法经营同类营业罪”的犯罪主体为企业的**董事、经理**；
- “为亲友非法牟利罪”的犯罪主体为企业的**工作人员**；
- “徇私舞弊折股、出售（国有）资产罪”的犯罪主体为企业**直接负责的主管人员**。

我们理解，将非法经营同类营业罪的犯罪主体限缩为董事、经理，一方面是由于该行为较之为亲友非法牟利的行为更加中性，其可归责性源自于关键岗位人员拥有管理公司事务的最高权利和最多内情，如果允许其在公司外与该公司自由竞业，存在为了谋取私利而损害公司利益的高度可能性；另一方面，作为法定犯，该罪的构成前提是违反了对公司的法定忠实义务，因此不宜超出《公司法》上规定的具有忠实义务（特别是竞业禁止义务）的人员范围。也就是说，对于一般工作人员而言，其经营同类业务的行为本身并不会构成犯罪，只有在存在“为亲友非法牟利罪”中所列举的篡夺公司机会、进行高价/低价交易等情况下才会构成犯罪。

《公司法》第一百四十八条规定的竞业禁止人员范围是“董事、高级管理人员”。根据《公司法》第二百一十六条第（一）项的定义，“高级管理人员”是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

那么，对于非法经营同类营业罪中“经理”的具体范围，与公司法中相关概念的关系，目前在司法实践中存在不同观点：

- **观点一：应严格等同于公司法项下的“经理”的定义。**例如，在最高院发布的《刑事审判参考》2002年第7集总第27集第187号指导案例《杨文康非法经营同类营业案——非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪之区分》中，法院认为“经理是由董事会聘任，对董事会负责，负责公司的生产经营管理工作，组织实施董事会议决议、公司的年度计划和投资方案等的高级管理人员。……作为法定犯，非法经营同类营业罪的主体要件应直接援引相关法律规定，而不宜作出扩大解释。”
- **观点二：应等同于公司法下“高级管理人员”的定义。**例如，中央纪委国家监委网站2022年发表的《纪法解读 | 非法经营同类营业罪如何认定》中认为，“根据公司法的规定，……经理层主要包括经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。刑法在该条中规定的“经理”，与公司法规定的“高级管理人员”范围一致。”
- **观点三：应涵盖中层管理人员（例如部门经理、业务经理、项目经理等）。**上述观点一和二的共同点是均排除了不属于公司法规定的“高级管理人员”范围、基于日常称谓的中层管理人员，但司法实践中也存在将中层管理人员认定为“非法经营同类营业罪”的案例。例如，在(2016)冀刑再5号《宋某非法经营同类营业再审刑事判决书》中，河北省高级人民法院认为宋某是天津水泥设计院主管科研开发和市场工作的副院长，符合非法经营同类营业罪的主体要件。在(2019)冀0205刑初208号《袁某、申某贪污罪一审刑事判决书》中，河北省唐山市开平区人民法院将公司的市场营销部经理也认定为非法经营同类营业罪的主体。

（二）非法经营同类营业罪的客观构成要件

1. **“同类营业”的认定。**对于刑法中“同类营业”的认定应当采取实质判断标准，而不以公司登记的经营范围为限。

有观点认为，除了典型的横向竞争关系外，如果行为人经营的外部公司与所任职的公司存在纵向的上下游合作关系，外部公司通过与本公司的交易、获取购销差价来获取非法利益，也应构成非法经营同类营业罪。该等观点的主要理由为，如果为亲友经营的公司牟利能构成亲友非法牟利罪，那么为自己经营的公司牟利其行为性质更加严重，理当予以刑法规制。

就此问题，司法实践中存在不同观点。也有案例中法院认为，本着罪刑法定的原则，不应将“同类营业”作扩大解释。而且公司法第一百四十八条中明确区分了“与本公司订立合同或者交易”与“经营与所任职公司同类的业务”，刑法只将后者规定为犯罪，应认为立法已有特殊考虑。如果外部公司与任职公司的交易行为严重损害了任职公司利益，构成为亲友非法牟利罪、职务侵占罪等其他罪名的，可依照刑法相关规定处理。

2. **“经营”的认定。**非法经营同类营业罪要求行为人具有具体的经营活动。不管是为自己还是为他人，行为人的经营行为通常应是积极的作为。如行为人只是在外部公司中存在投资收益或收取报酬，而没有参与经营，则有可能属于受贿罪或为亲友非法牟利罪等其他罪名。
3. **“利用职务便利”的认定。**经营活动必须是利用职务之便，如利用本单位经营的信息、利用其对生产经营的管理职权、利用其人事权力或外部资源等为自己经营的企业营利。
4. **“获取非法利益且数额巨大”的认定。**行为人非法经营同类营业获取了非法利益，并且达到了数额巨大，才可能构成本罪。根据2010年5月最高人民检察院、公安部印发的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》的规定，该罪的立案追诉标准为**“获取非法利益，数额在十万元以上的”**。2022年5月最高人民检察院、公安部印发修订后的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》，但因国家刑事案件管辖分工调整，其中对于非法经营同类营业罪的入罪门槛未予规定，因此在更新的追诉标准出台前仍应参照前述标准。

三、结语

综上，若《刑法修正案（十二）》最终正式颁布实施，则民营企业也将被纳入“非法经营同类营业罪”、“为亲友非法牟利罪”、“徇私舞弊折股、出售国有资产罪”三项背信类犯罪的保护范围，在公司法、劳动法、反不正当竞争法等民事救济路径之外，为民营企业提供了新的刑法保障手段。

同时，为了更好地维护自身的合法权益，企业亦应着力完善源头防范和治理内部腐败的体制机制，具体可以包括：（1）在治理结构和日常管理中加强管控，规范内部人员权力运行和监督；（2）在公司章程、规章制度以及股东、管理层和员工相关的协议文本中，明确和细化与经营同类业务、兼职、利益冲突、反腐败等相关的治理规则，为公司维权提供充分依据；（3）建立完善审计监督体系和财会制度；（4）加强企业廉洁文化建设，加强培训和考核；（5）完善内部举报、调查机制和违规事件追责处理预案等。

