

# 营业转让中竞业禁止义务规范的实现

牛永超

宁波大学, 浙江 宁波  
Email: nyc65641@163.com

收稿日期: 2020年12月4日; 录用日期: 2020年12月26日; 发布日期: 2021年1月18日

## 摘要

营业转让作为商行为法应纳入商事法律体系中, 营业转让中的竞业禁止规则需协调转让人与受让人的利益冲突, 将双方的权利义务限制在合理的范围内, 应采取法定的竞业禁止方式, 同时允许当事人通过协议排除法律规定以及法定的竞业禁止规则作为补充适用和兜底适用。制定竞业禁止规则的内容应包括竞业禁止的主体、地域、时间、范围, 同时设置违反竞业禁止义务的法律责任, 使得营业转让的整体经营价值得以实现。

## 关键词

竞业禁止, 意识自治, 法定竞业禁止, 营业自由

# The Realization of the Obligation of Non-Competition in Business Transfer

Yongchao Niu

Ningbo University, Ningbo Zhejiang  
Email: nyc65641@163.com

Received: Dec. 4<sup>th</sup>, 2020; accepted: Dec. 26<sup>th</sup>, 2020; published: Jan. 18<sup>th</sup>, 2021

## Abstract

Business transfer is considered to be the law of commercial conduct that should be included in the commercial legal system. The obligation of non-competition in business transfer needs to coordinate the conflict of interest between the transferor and the transferee so that the rights and obligations of both parties are limited to reasonable limits. We should take the method prescribed by law, and should allow parties to exclude legal provisions through agreements. On the other hand, statutory rules are used for supplementary application and minimum-guarantee application. The

content of formulating non-competition rules should include the subject, region, time, business scope, and legal liability. These will help realize the overall operating value of Business Transfer.

## Keywords

The Obligation of Non-Competition, Party Autonomy, Statutory Obligation of Non-Competition, Freedom of Business

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

营业转让成为激活企业运行的有效途径，在日益繁荣的市场经济中已被广泛采用。目前，当事人在营业转让过程及后续存在许多争议，我国法律层面上对此没有进一步明确规定，法官只能依据合同法及诚信原则做出裁决。随着民法典的颁布与实施，商法通则的制定再次引起了学者的关注，营业制度作为讨论商事制度的重要范畴，包括商人制度和商行为制度[1]，营业转让制度应构成商法通则的基本内容。本文拟将对营业转让中的竞业禁止义务进行探讨，对竞业禁止的特殊性、实现方式、以及规则的设计进行分析。

## 2. 营业转让中竞业禁止义务的特殊性

营业转让是出让人出让企业综合财产的商事行为。从商事法律角度看，董事、高级管理人员的竞业禁止义务、离职员工的竞业禁止义务、营业转让中的竞业禁止义务都是为了保护企业的商业秘密。营业转让中的竞业禁止制度最终目的在于保障受让人的期待利益，使得营业转让行为最终得以实现，而其他竞业禁止则在于通过保护企业的商业秘密，提高企业创新的积极性。营业转让与企业合并、股权变更、重大资产的转让都是法律对企业资产变更的制度供给。从各个制度的功能价值看，营业转让在于维持原有的营业状态，不停止经营活动，仅仅由一个所有权主体转到另一个主体。与企业合并相比，所进行的法律程序以及整个过程中所进行的法律行为也不同，被合并的公司会被解散、主体因此而消灭，然而营业转让中被转让的企业主体并不因此被消灭[2]；与重大资产转让相比，营业转让更强调的是企业各要素资产组成有机整体的转让。

规制方式上具有双重性，主要针对义务的确立而言，竞业禁止义务的确立主要有两种形式：即法定形式和约定形式，一种是体现国家意志的法定形式，而另一种则是展现双方意识自治的约定形式。通常而言，董事、高级管理人员的竞业禁止是一种法定竞业禁止，而离职的竞业禁止是一种约定竞业禁止，而营业转让中的竞业禁止应为法定竞业禁止与约定竞业禁止两种方式的结合。通过不同形式确立的竞业禁止义务，也会面临不同的法律后果，前者由法律明确规定，违反竞业禁止义务所产生的是侵权责任；后者则由当事人自由约定，违反竞业禁止义务所导致的后果是违约责任。

营业转让中对转让人也有地域上的限制。与离职者的职业保密、董监高的竞业禁止仅关注所从事的有关行业不同。后者只要求不可以从事特定行业，而前者要求义务人在所在地域从事相关的经营活动不可以对受让人的营业产生客观上的实际影响，只要不在所限制的地域范围内，即使竞业禁止义务的承担者从事的相关营业范围与转让之前营业相同或者相似，也不因此受到竞业禁止的限制，然而否受到实际影响这个标准过于主观，法律在判断地域的有限性时多借助于所转让前企业的市场范围。

最后,从营业转让的性质而言,营业转让是经营企业的出让人与受让人之间所签订的债权债务关系,竞业禁止作为营业转让合同的条款内容之一,主要在于确认竞业禁止为从给付义务还是附随义务。一般而言,从给付义务附随于主给付义务,辅助主给付义务实现合同的目的,而狭义的附随义务的主要目的在于实现利益最大化。虽然都从属主义务,但也有一定的区别。营业转让中的竞业禁止义务的设置及实现与营业转让的主给付义务密切相关,转让人如果违反此项义务继续在同一区域内从事相同或相关的营业,将导致受让人的合同目的无法实现。因此,从与义务相关的主要目的来看,将营业中的禁止行为归纳为从义务更为妥当。其次,从合同的可诉性上看,狭义的附随义务与从给付义务的另一个重要区别在于是否可以单独提出诉讼请求。一般而言,义务人违反了狭义的附随义务,权利人不能请求法院判决对方履行义务,而在违反合同的从给付义务中,权利人有权要求法院对违约行为进行判决。因此营业转让中的竞业禁止义务属于从给付义务。

### 3. 竞业禁止义务的实现方式

我国法律目前没有对营业转让做出具体规定,在实践中依据当事人的意识自治,法院在判断竞业禁止协议的内容合法性时,参照合同法进行解释。从各国竞业禁止的立法规定和司法实践看,竞业禁止义务的承担来自于当事人的约定和法律的规定。英美法系国家的判例法,几乎未对转让人的竞业禁止义务予以规定,主要依据法院裁判决定。在美国得克萨斯州通过判例的方式,只要是交易双方所签订的内容是确定的,并且约定符合合理性原则,否则法院将会认定合同无效或者运用自由裁量权对条款约定的竞业禁止范围予以限制<sup>[2]</sup>。在大陆法系的国家中,日本、法国、韩国等都对竞业禁止的具体内容作出了相关规定。首先,采取约定的竞业禁止,在交易双方强弱不均衡时,交易双方极有可能怠于或疏于对转让人的竞业禁止义务作出约定,或者基于双方不平等的地位,而损害到另一方的权利<sup>[3]</sup>。基于商法制度原理中更强调维护交易公平原则和交易双方当事人地位平等的原则<sup>[4]</sup>,就有必要通过立法明文规定转让人的竞业禁止义务。其次,从法益平衡的角度看,保护受让人的权利是营业自由的表现,而转让人被剥夺的主要是自主择业权,涉及到一个人基本的生存权和发展权,若是恣意允许剥夺其权利,则必然与宪法对劳动权的保障相违背<sup>[5]</sup>,在营业自由与自主择业权相冲突时,应优先保护转让人的自主择业权<sup>[6]</sup>,因此有必要设立法定的竞业禁止。

营业转让制度中的竞业禁止还包括,基于对营业自由的保护,当事人对竞业禁止有约定时,应排除适用法定的竞业禁止;在当事人意识自治的前提下,体现对弱者的法律保护,法定竞业禁止规则应制定对转让人保护的兜底条款,当事人的约定不得超过法律规定的最长期限;如果当事人对竞业禁止没有采取明确的约定,则应适用法律规定,这体现了法律对营业自由和自主择业权的保护,有利于营业转让行为得以实现;如果当事人通过特别约定的形式排除法律规定的限制,说明转让人已经明确放弃了法律对其权利的保护,双方当事人共同经营同一事业有可能产生协同效应与规模效应,法律允许双方以特别约定排除转让方的竞业禁止义务<sup>[7]</sup>。

### 4. 竞业禁止规则的主要内容

营业转让中竞业禁止义务体现在转让人的义务条款中,营业转让的功能在于使企业继续运行下去,更注重对受让人营业利益的保护,但同样会限制转让人的自主择业权利,因此对竞业禁止义务的细化考量尤为必要,在竞业禁止的主体、期限、地域、范围方面应该有所限制。

#### 1) 竞业禁止义务的主体

营业转让人是承担竞业禁止义务的当然主体,有利害关系的主体是否承担竞业禁止义务需要进一步探讨。纵观域外立法,无论是韩国、日本、还是澳门地区的商法典,都明确规定了竞业禁止义务需要承

担的主体为转让人[8]。其中《澳门商法典》对转让的范围做了进一步的细化,规定在转让人之外,还承担竞业禁止义务的主体范围扩展至“与转让人之个人关系能使被移转企业之顾客转移之人”及转移出资的主要股东。能够使企业顾客转移的人,极有可能掌握转让营业的关键信息,如客户关系、经营诀窍等,若其在营业转让后利用该信息从事同业竞争,会与受让人抢占市场份额,形成竞争关系。营业转让发生于转让人与受让人之间,需要保护受让人的期待利益,如果对转让人做出扩大解释,也有可能突破合同的相对性。之所以禁止相关主体根本目的在于防止知悉企业商业秘密、销售客户、知识产权内容的人,利用这些优势开设同类企业,与所转让的企业形成市场竞争关系,损害受让人的可期待利益,受让人对此已支付了相应的经济代价。因此在确定营业转让人的主体范围时应着重考虑竞业从业者是否利用转让企业的相关便利条件。就营业转让中的转让者而言,一定会利用之前相关便利,成为所禁止的主体。而对于其他相关主体而言,为了保护转让人平等就业权利,需由受让人举证证明竞争主体采用了相关便利条件。同时对于那些利用这些基本的工作技能来谋取生活,进而影响生存权和发展权的人,应最大程度的予以保护。同时根据公司法法理以及对高级管理人员竞业禁止的限制规定,公司的控股股东也可以类推为对公司负有竞业禁止义务,尤其在一人公司和个人独资企业尤为明显,这些企业的决策权掌握在控股股东的手里,也享有企业转让的决定权[8]。因此在营业转让后股东也应当对受让该营业资产的受让人承担竞业禁止义务。

### 2) 竞业禁止义务的时间限制

对竞业禁止义务进行时间限制,既要使得竞业禁止的受让人期待利益得到保护,又避免转让人禁业时间太长以致损害其权利。域外立法中,《日本商法典》规定从营业转让时起的20年内,转让人不得经营同一营业;在转让人作出做特别约定的场合,该约定最长不得超30年[9];《韩国商法》第41条第一款和第二款规定,自转让时起10年内不得进行相同经营,当事人有特别约定,最长不得超过20年[10];《澳门商法典》规定竞业禁止期限为5年,即使当事人有约定最长也不得超过5年[11]。德国虽然没有明文法规,但德国的法院对此立场是,竞业禁止最高不得超过十年,一般应在两年以内;约定超过两年的,应当具有特别的理由[2]。因此,所有竞业禁止的时间限制中主要包括为时间确定和允许当事人约定的最长期限。在英美判例法的国家中,以美国德克萨斯州为例,德克萨斯州对竞业禁止确定了具体适用原则,除非能证明该条款是可执行的,主要指约定的事项是否明确,否则该条款被推定为无效[12]。换言之,若竞业禁止条款其中包含了对竞业禁止义务的时间、地域及活动范围的限制以使其具备合理性,且其对转让方施以限制是必要的。就时间限制而言,对受让方提供的关于商誉或其他商事利益的保护未超过必要限度,那么该竞业禁止的时间条款是有效的、可执行的。

时间要素既可以通过当事人协商确定,业应受到法律规定的限制。约定的时间期限过长,对转让人的利益是显然不公平的,甚至转让人因营业转让而永久丧失了从事相关营业的资格,这无疑与营业转让的制度价值相违背。因而,在最大限度的保障营业之受让人通过合理的方式继续营业之目的基础之上,保留转让人在特定条件下继续从事相关营业的可能性,是营业转让这一制度对于繁荣市场经济的重要价值体现。制定商事立法时首先要确立法定的竞业禁止年限。年限的确定可以考虑5年为限,一方面年也足以使转让企业在市场上原有的竞争优势消耗殆尽,而之后允许转让人与之展开竞争,使市场更加繁荣,另一方面,法定竞业禁止只有在当事人没有约定的情形下适用,受让人对竞业禁止要求期待性不高,无须过多的考虑受让人的期待利益。其次,当事人约定应以10年为限,超过10年的默认为10年,作为兜底条款。既然转让有约定,那么应最大程度的尊重意思自治。

### 3) 竞业禁止义务的地域限制

营业转让的地域限范围确定前,转让人放弃的是该行业内、该地域内的整个市场,而非放弃争夺所转让的客户关系。如果仅考虑放弃了争夺所转让的客户,该地域内还有其他客户,则没有对地域范围予



以限制的必要。客户已经被转让给受让人，不存在竞争的问题，只有在未开发的客户中才有讨论竞争的空间，受让人支付较高的成本来受让企业，一方面是为了利用转让的企业直接开始经营，另一方面为了避免与转让人竞争，能快速占领市场，这里的市场包括已经取得的市场和潜在的市场。因此本文认为，竞业禁止所限制的是地域内的整个市场。有竞业禁止规则的成文法国家中，地域限制为规则的重要内容之一。《法国商法典》规定商事营业资产所在地的一定公里范围内禁止出卖人竞业，或者规定哪个区域范围内禁止出卖人竞业。当事人没有在合同中约定竞业禁止地域范围的，则根据法律的规定确定其适用范围[13]。《日本商法典》第16条规定，转让营业的当事人在没有明确的意思表示情况下，在同一市镇、村区域内及相邻市、镇、村区域内，不得从事竞业[9]。《韩国商法》规定，在营业转让的情形下，若另无约定，在该同一特别市、广域市、市、郡及相邻的特别市、广域市、市、郡，进行同种营业；若出让人约定不进行同种营业时，该约定只在同一特别市、广域市、市、郡及相邻的特别市、广域市、市、郡[10]。德国法院在地域范围的确定上，认为所约定的范围，无论如何不能超出所转让的营业财产原有的经营地域。从立法内容来看主要体现在当事人之间没有约定，则适用于法律规定的竞业禁止范围；即使当事人对地域的范围有约定，也不得超过法律规范的范围。从范围的确定来看，法国以实际距离来确定竞业禁止的范围，而日本、韩国主要以行政区域为限来确定地域范围。英美法系国家虽然没有竞业禁止的成文法规，但其通过判例形式发展出的合理性标准亦同样适用于地域范围的限制。从公共利益的角度出发，竞业禁止条款是对商事活动的一种限制因而不应赋予其执行力，除非其能满足合理性标准。如果竞业禁止条款对转让人的限制超过了保护受让人合理的期待利益所必须的限度，那么该等限制无疑是不合理的。因此，对转让人的竞业禁止义务予以限制的合理性在于，竞业禁止义务本就产生于两种法益的博弈，即商事主体的营业自由与受让人对营业资产的期待利益。在此背景下，法律对受让人的保护不应当是无限制的，因为这势必会不公平地损害转让人的权利，转让人所承担的竞业禁止义务应以能实现营业转让之目的为限，以转让企业覆盖的销售地域为限。

在竞业禁止的地域范围确定上，应考虑企业转让前企业销售所辐射的范围，而且竞争的地域必须明确，否则对于转让人而言将无法作出具体判断。借鉴日本、韩国的做法，将地域范围与行政区划相挂钩，法律在判断地域的限制时应借助地、市、县、乡等行政区划进行判断与衡量。也允许当事人特别约定排除法律规定，但也要防止合约对转让人形成不合理的限制。

#### 4) 竞业禁止义务的范围限制

竞业禁止的范围指的是禁止转让人从事营业活动内容。各国对此规定也不一致，日本、法国将营业禁止转让的范围限定为与转让企业相同的营业内容。《澳门商法典》规定为因为所营事业而致使被转移的企业顾客进行转移的企业。这其实是对相同营业内容的另一种表述[11]。《法国商法典》规定出卖人不得再设立企业从事与商事营业资产买受人相同或类似的商事经营活动，也不得直接或间接从那些与买受人相同或类似的商事经营活动中获得利益[8]。法国不仅限制同一活动，而且也将类似的经营活予以限制，类似究竟何指也未能有清晰的范围。在美国的类似判例中，德克萨斯州的判例认为竞业禁止条款仅能限制营业转让时与之相关的营业活动[12]。因此，在特定的客户认定时的前提条件是营业转让之前是否存在交易关系，不应过分扩大客户的范围，否则有违竞业禁止的必要限度[14]。因此，竞业禁止义务的范围限制在于界定相同的营业活动，可以是具体的行业种类、经营范围或主营业务内容。比如某项技术领域或某种产品或某项服务等。

#### 5) 违反竞业禁止义务的法律責任

违反竞业禁止义务，当事人之间的转让合同有约定且有效的情况下，转让人需承担违约责任；当事人之间的转让合同无效或没有约定，需承担侵权责任，违约责任与侵权责任适用条件不同。《澳门商法典》赋予受让人请求损害赔偿外，还赋予其停止损害、要求关闭企业的其他权利。但是如受害人于知悉

或可知悉有关情况之日起三个月内不向法院提起诉讼,则上款所指的立即关闭请求权将会失效<sup>[11]</sup>。在法律责任制度设计时,可以请求停止侵害、损害赔偿。但是要求关闭企业应与相关法律相协调。企业的设立、退出是经营者自主行为,除非违反相关的法定事由而出现的导致行政机关、司法机关予以强制关闭。行政机关责令关闭主要因为企业违反了行政法规的相关规定,而营业转让属于商事制度的组成部分,因此从保护受让人期待利益的角度而言,请求关闭企业是对受让人的最大保护,若能使受让人的解散请求权得以落实,需要其他制度进一步衔接。

## 5. 结论

营业转让制度作为商行为制度的重要组成部分,营业转让中竞业禁止的特殊性决定通过合同法对当事人意识自治进行解释外,还需商法通则对此进一步作出规定。竞业禁止涉及营业自由和平等就业权冲突,需协调双方之间的权利与义务,在不损害受让人的期待利益前提下,应充分保障转让人的公平就业权,在当事人之间没有竞业禁止协议或协议无效的情况下,适用法定竞业禁止;在有约定的情况下,不能超过最低限度。竞业禁止主体应着重考虑是否利用了相关便利条件,时间要素应确立法定的竞业禁止年限以及最长年限,地域的限制考虑转让前企业销售所辐射的范围按照行政区划设置,营业范围的限制以行业种类、经营范围或主营业务的标准予以确立,法律责任中的解散请求权需要与相关制度相衔接。

## 参考文献

- [1] 朱慈蕴. 营业规制在商法中的地位[J]. 清华法学, 2008(4): 7-23.
- [2] 王文胜. 论营业转让的界定与规制[J]. 法学家, 2012(4): 103-114.
- [3] 蒋大兴. 营业转让的规制模型: 直接规制与功能等值[J]. 清华法学, 2015, 9(5): 41-62.
- [4] 范健, 王建文. 商法总论(第二版) [M]. 北京: 法律出版社, 2019.
- [5] 翟业虎. 竞业禁止法律问题研究[D]: [硕士学位论文]. 哈尔滨: 黑龙江大学, 2013.
- [6] 翟业虎. 竞业禁止的法益冲突及其衡平原则研究[J]. 河南大学学报(社会科学版), 2013, 53(5): 84-91.
- [7] 刘小勇. 国外营业转让规制及其在我国的引入——日本及美国法对我国的启示[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2010(2): 110-117.
- [8] 滕晓春. 营业转让制度研究[D]: [博士学位论文]. 北京: 中国政法大学, 2008.
- [9] 吴日煊, 译. 韩国商法典[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [10] 中国政法大学澳门研究中心, 澳门政府法律翻译办公室. 澳门商法典[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [11] 何主宇. 英美法案例研读全程指南[M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- [12] 周洪政. 我国商法设立营业转让规则的必要[J]. 商业研究, 2010(9): 185-188.
- [13] 刘成杰, 译. 日本最新商法典译注[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012.
- [14] 郭珣. 营业转让法律问题研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2016.