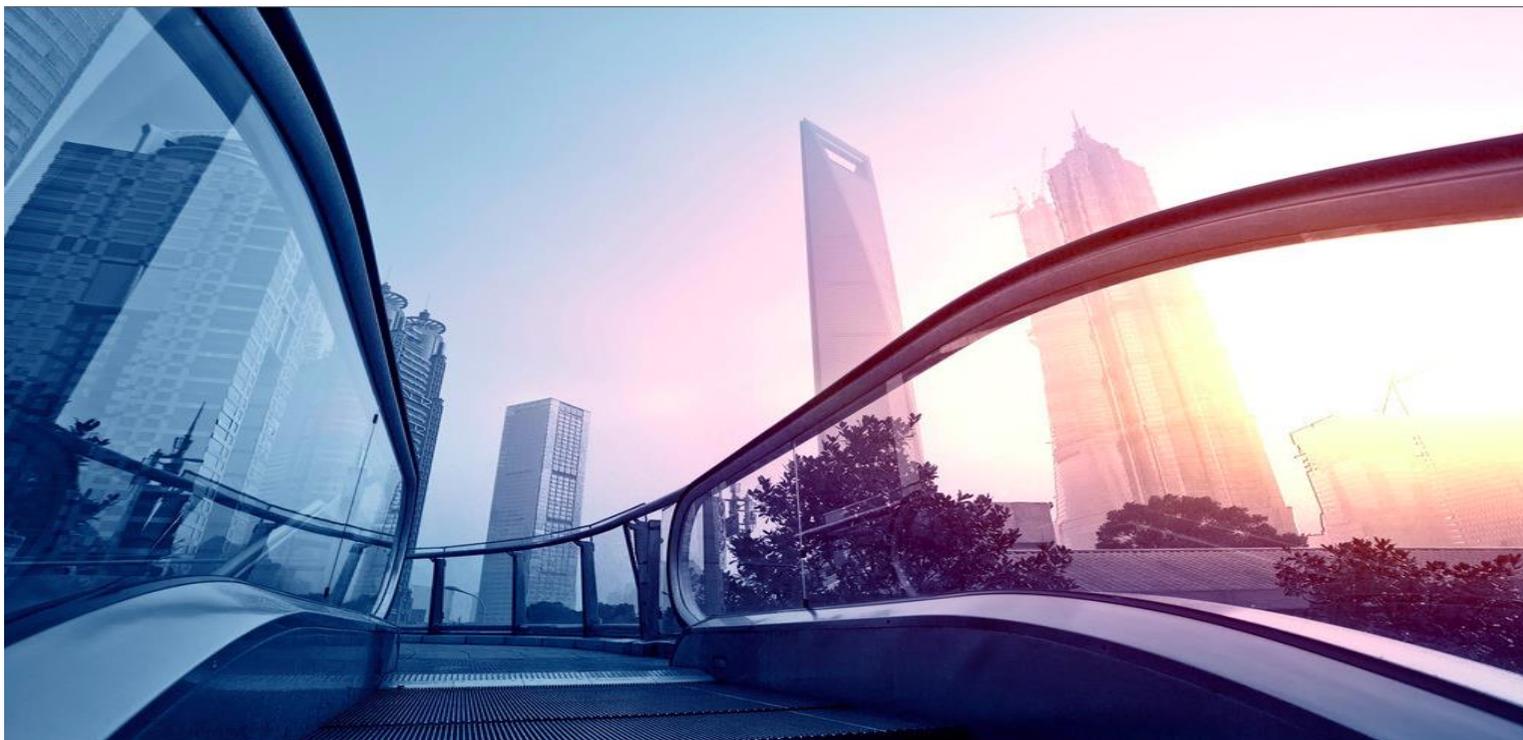


大成涉外争议解决法律资讯

Dacheng Newsletter Cross-border Dispute Resolution



2015年5月 MAY 2015

主编：谭家才 本期责编：韦龙艳

编委（按姓氏拼音排序）：刘蓉蓉 刘逸星 李新立 潘激鸿 周姣璐 王峰

目录

★资讯

News

- 一、 拟立法放宽境外非政府组织在我境内设分支机构的限制
A Draft Law Would Relax Restrictions on the Establishment of Branches by Non-governmental Organizations (NGOs) in China
- 二、 外国投资法重构中国外商投资立法体系
The Chinese Legal System regarding Foreign Investment will be Reconstructed by the Forthcoming Foreign Investment Law

★律师视点

Lawyer's Viewpoints

- 三、 浅析现行法律规定下的竞业限制补偿标准及强制履行制度
An Analysis of the Chinese Current Laws Concerning the Standard of Non-Compete Compensation and Its Compulsory Enforcement Mechanism
- 四、 保密协议(二):保密协议模板的起草及常规性风险的识别
Non-Disclosure Agreement (II): NDA Templates Drafting and Conventional Risks Identification

★大成（上海）涉外争议解决律师团队介绍

Brief Introduction of Dacheng (Shanghai) Cross-border Dispute Resolution Team

【新法资讯】

拟立法放宽境外非政府组织在我境内设分支机构的限制

本报北京4月21日讯 记者李哲报道：十二届全国人大常委会第十四次会议已经对境外非政府组织管理法草案进行二审。草案二审稿规定，除国务院另有规定外，境外非政府组织及其代表机构不得在中国境内设立分支机构。

草案一审稿规定，境外非政府组织及其代表机构不得在中国境内设立分支机构。草案二审稿放宽限制，增加了“除国务院另有规定外”的内容。

在对境外非政府组织合法权益的保护等方面，草案二审稿增加了一些保护性规定和便利措施。根据二审稿，境外非政府组织在中国境内依法开展活动，受法律保护。开展临时活动的境外非政府组织可以委托中方合作单位向业务主管单位和登记管理机关申请办理相关手续。登记管理机关应当建立互联网信息服务平台，公示境外非政府组织申请设立代表机构以及开展临时活动的程序，供境外非政府组织查询。对境外非政府组织代表机构进行年度检查不得收取费用。

有部门提出，目前国家机关与境外机构开展合作已有严格的审批程序，国家机关可以按现行的外事工作制度办理审批手续后到公安机关申请临时活动许可。国务院公安部门也可以确定人民团体、事业单位与境外非政府组织开展临时活动按照以上规定办理相关手续。因此，草案二审稿将规定修改为：境外非政府组织开展临时活动，应当经业务主管单位同意。但是，国家机关或者经国务院公安部门确定的单位为中方合作单位的，可以按照国家规定办理审批手续。

（摘自经济日报）

外国投资法重构中国外商投资立法体系

2015年年初, 商务部在其官方网站公布了《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》(以下简称“草案”), 引起了社会各界的广泛关注。就此法律的出台带来的变化及其意义, 法制日报邀请国际法专家学者为我们解析这部法律草案。

1. 与“外资三法”相比, 这次的草案有哪些重要变化?

单文华: 外国投资法(草案)一旦成型, 将根本性地重构中国外商投资立法体系。

李晶: 草案内容反映了在外资监管领域政府职能的转变与简政放权, 确立了全新的外资监管体制, 主要包括:

第一, 将取消现行对外商投资的逐案审批体制, 采取准入前国民待遇和负面清单的外资管理方式, 构建“有限许可加全面报告”的准入管理制度。

第二, 对“外国投资者”以及“外国投资”进行了系统定义。

第三, 确立了相应的国家安全审查、信息报告、投资促进、投资保护以及投诉协调处理等制度。

第四, 对外国投资企业的行为加强监督检查, 强化事中、事后监管制度。

2. 制定统一的外国投资法, 将有哪些影响或意义?

李晶: 草案一旦生效, 将切实减少对外资投资的限制, 放宽外资准入的标准, 有利于投资环境的优化。在政策方面的影响包括:

第一, 对我国投资立法的梳理和重建。新法通过前后, 将开展全面的法规清理, 其范围之广、工程量之大或将比肩“入世”前后的法律清理。

第二, 对我国外资管理体制的改变。该法将取消现行对外商投资的逐案审批体制, 采取准入前国民待遇和负面清单的外资管理方式, 构建“有限许可加全面报告”的准入管理制度。一方面, 政府简政放权; 另一方面, 事中、事后监管制度需要逐步完善。

(摘自法制日报)

【律师视点】

浅析现行法律规定下的竞业限制补偿标准及强制履行制度

文 / 潘激鸿

随着市场经济的发展、自由竞争的升级及人才流动日趋频繁，一方面“跳槽”、“兼职”、“假公济私”等行为已经引发诸多商业秘密侵权事件；另一方面，企业以保护商业秘密为目的过分侵害劳动者的劳动权和择业权的现象亦是屡见不鲜。竞业限制制度是在上述情况下，因保护用人单位商业秘密权，合理限制竞争应运而生之法律制度。一方面，其可以优化劳动力配置，保护劳动者的自由择业权；另一方面，亦能够有效的保护企业的商业秘密免于因人才之流动而遭受泄密之侵害。在欧美的实践中，其一直是契约自由与公共利益平衡机制的产物，适用及判断标准一直随着竞争法及劳动法的发展而不断变化、充实。

遗憾的是，我国竞业限制制度的发展历史较短，在理论和实践中尚存在诸多不足，一方面，有关竞业限制的全国性规范原则

性太强，可操作性较差；而另一方面，地方性规定则又标准各不相同，缺乏系统性，未能形成完善有效的竞业限制法律制度体系。以竞业限制义务的继续履行问题为例，尽管继续履行是对违反竞业限制义务的最重要救济，同时也可能是企业所最迫切见到的救济措施，在过去相当一段时期内，在上海，基于对劳动关系强烈人身属性的顾虑，上海地区的仲裁及法院更加倾向于以通过支持违约金的方式来制裁违约的员工，而不是强制要求员工继续履行原竞业限制协议¹；而在北京，在某些案件当中，相关仲裁及法院则可能通过追加第三人的方式，将违约员工的新用人单位引入到案件当中，从而在同一案件中直接确认及判决，员工应当继续

¹这突出表现在在某些审判活动中，如果当事人的诉讼请求为要求员工离开某用人单位，则法院会裁定或告知当事人此项诉请并非法院处理范围。

竞业限制义务，而新用人单位应当与其解除劳动合同；进一步，则江苏，则有可能出现，法院直接判决要求违反竞业限制的员工离开新用人单位的情况。

此外，关于竞业限制补偿金的最低支付标准，各地规定在过去亦不相同：上海和北京的最低标准是该劳动者离职前十二个月平均工资的 20%；江苏的最低标准是该劳动者离职前十二个月从该企业获得的报酬总额的三分之一；深圳、天津和浙江的最低标准是该劳动者离职前十二个月从该企业获得总报酬的二分之一。又如，关于未约定竞业限制补偿金的竞业限制协议是否有效，各地观点也不统一。江苏（江苏省高院、江苏省劳仲委《关于审理劳动争议案件的指导意见》）、浙江（浙江省高院、浙江省劳仲委《关于审理劳动争议案件若干问题的意见》）等地区认为未约定竞业限制补偿金的竞业限制协议对劳动者不具有法律约束力。而上海（上海高院、上海劳仲委《关于适用劳动合同法若干问题的意见》）、北京（北京高院、北京劳仲委《关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》）、广东省（广东省高院、广东省劳仲委关于《劳动合同法》若干问题的指导意见）等地区则认为未约定竞业限制补偿金，竞业限制条款仍对双方有约束力。上述意见的不统一不可避免地导致了司法实践中同案不同判的结果。

2013 年最高人民法院出台的《关于审理劳动争议案件适用

法律若干问题的解释（四）》（以下简称“《司法解释四》”）在相当程度上解决了同案不同判的窘迫状况。具体规定节选如下：

第六条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制，但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿，劳动者履行了竞业限制义务，要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的 30%按月支付经济补偿的，人民法院应予支持。

前款规定的月平均工资的 30%低于劳动合同履行地最低工资标准的，按照劳动合同履行地最低工资标准支付。

第七条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，当事人解除劳动合同时，除另有约定外，用人单位要求劳动者履行竞业限制义务，或者劳动者履行了竞业限制义务后要求用人单位支付经济补偿的，人民法院应予支持。

第八条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。

第九条 在竞业限制期限内，用人单位请求解除竞业限制协议时，人民法院应予支持。

在解除竞业限制协议时，劳动者请求用人单位额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿的，人民法院应予支持。

第十条 劳动者违反竞业限制约定，向用人单位支付违约金后，用人单位要求劳动者按照约定继续履行竞业限制义务的，人民法院应予支持。

遗憾的是，尽管《司法解释四》对于实践中的主要分歧进行了释明，但依然存在几个悬而未决的问题：如，在实践中经常会出现竞业限制补偿金约定不合理的问题，在该情形下，竞业限制协议是无效或有效？又如，劳动者拒不履行竞业限制义务，用人单位可以采取哪些救济措施进行规范？就此，笔者试做如下探讨，供读者诸君参考。

在实践中经常会出现竞业限制补偿金约定不合理的问题，即约定的竞业限制补偿金低于法律规定的最低标准，这种情形下，竞业限制协议是无效或有效，严格意义上，目前法律对于此没有规定，笔者认为《司法解释四》也对此问题进行了回避。对此问题，笔者认为宜对竞业限制协议做“部分有效”处理，即参照《司法解释四》第六条的规定，确认竞业限制义务的设定有效；但低于法定强制标准的补偿标准则做无效处理，用人单位需将补偿标准提高至法定强制标准。这种处理方式类似于劳动合同中约定的工资低于最低工资的处理方式。

但，在实践中，此类“不足额”约定可能会导致履行当中产生一种相对复杂的情形，即如果劳动者已经提示用人单位其补偿标准低于法定标准，但用人单位拒不改正的，应当如何处理？在这种情况下，笔者则建议参照《司法解释四》第八条的规定，赋予劳动者单方解除权，而不是在承认竞业限制协议效力的情况下，纵容用人单位怠于履行补偿义务的情形。笔者给出上述处理意见的主要理由是：补偿金条款是竞业限制协议的核心条款，且法律已明确规定补偿金的最低限，但用人单位依然约定不合理的竞业限制补偿金，是属于过错在先。但如果因此直接认定该类竞业限制协议无效，反而不利于保护已经履行部分竞业限制义务及愿意继续履行竞业限制义务的劳动者。因此其在该种情况下，将竞业限制协议解除权赋予无过错的劳动者，有利于避免用人单位利用强势地位约定不平等条款，确保竞业限制协议的核心条款在任何情况下都经得起合理与否的检验，保护劳动者的合法权益。

就劳动者拒不履行竞业限制义务，法院如何强制劳动者履行，于实践中仍有争议。有观点认为，不能强制劳动者继续履行，其理由是：劳动关系具有人格的从属性。基于劳动关系的人身属性，劳动关系是不能强制建立的，同理也不能强制劳动者不去某单位工作，因为这样就等于限制了劳动者的人身自由。但，笔者认为，如果不能强制劳动者继续履行，那么法律规定的“劳动者

按照约定继续履行竞业限制义务”岂不失去了意义？实务中该如何敦促劳动者继续履行竞业限制义务这个问题，是值得我们深思的。

就此，上海市浦东新区人民法院的相关实践，可以提供有益参考：

尚某曾是远东国际租赁有限公司（以下简称“远东租赁”）项目经理，双方签有《竞业限制协议》，约定远东公司每月向尚某支付 8000 元作为竞业限制补偿金，尚某离职两年后负有竞业限制义务。但尚某 2013 年 6 月 18 日从远东公司处离职后即进入平安国际租赁公司（以下简称“平安租赁”）从事相近业务。为此，远东租赁向上海市劳动仲裁委员会申请仲裁，要求尚某继续履行竞业限制协议并赔偿相关损失。上海市劳动仲裁委员会支持了远东租赁的仲裁请求。但仲裁生效后，尚某没有继续履行竞业限制义务。于是，远东租赁向浦东法院申请强制执行。浦东法院向尚某发出执行通知，责令其履行义务。而且约谈尚某，告知其

行为的违法性及拒不履行生效法律文书的后果。同时，浦东法院又向尚某新入职单位平安租赁发出协助执行通知书，要求其限期解除与尚某的劳动关系，并办理相关退工手续。经过承办法官的释法和教育，尚某对其行为的违法性有了充分认识，立即向公司提出辞职申请。平安租赁也在同一天与尚某解除了劳动关系，并办理了退工手续。

笔者认为本案为“竞业限制义务的继续履行”做了很好的借鉴。但倘若经过释明后劳动者及新用人单位仍拒绝履行应尽法律义务的，有关人民法院应考虑“拒不履行判决、裁定罪”的适用，不仅该劳动者应承担相应的法律责任，新用人单位在“明知”的情形下，不立即与该劳动者解除劳动合同的，亦应承担连带责任。

以上仅为笔者个人于竞业限制事务实践中就现有法律规定执行状况的浅薄思考，恐不能全面反映相关制度的运行状况及理论发展，仅希望本文的写作能够起到抛砖引玉、投石问路之效。如有不足，还请各位包涵及指教。

作者介绍



潘激鸿律师，北京大成（上海）律师事务所律师，毕业于日本大阪大学法学部、中国人民大学法学院，并至美国华盛顿大学法学院交换留学，曾供职于日本著名的律师事务所。主要业务领域：外商投资、并购、劳动人事、公司法律事务等。电子邮箱：jihong.pan@dachenglaw.com

保密协议(二): 保密协议模板的起草及常规性风险的识别

文/韦龙艳

以《保密协议一》所述的个案定制方式起草保密协议是项费时费力的创造性智力劳动。律师们当然都乐意以 **Billable Hour** 迎战,但保密协议是客户启动正式洽谈前的定心丸,起草时间通常较短,能容律师深思熟虑、慢慢推敲的情况并不多。一份在实践中不断完善的保密协议模板,不仅是敏锐嗅出各条款常规性风险、规避协议“陷阱”的压箱法宝,亦是争分夺秒追赶 **Deadline** 的应急方案。参照市场参与方普遍接受的行业 **NDA** 格式文本起草模板是个靠谱的方法。下文将就 **NDA** 主要条款逐条论述,罗列笔者大量保密协议起草实践中嗅到的常规性风险,供参考。

一、何时签订保密协议

通常在潜在交易洽谈初期,交易双方通过签订保密协议以获取更详尽的信息而评估潜在交易的价值,并决定是否搭建合作关系。同时,保密协议亦广泛应用于劳动合同中,以防止雇员泄露在职期间获取的商业秘密。

二、保密协议的类型

保密协议分为单边(**One Sided**)和双边 (**Mutual**) 两种类型。某些片面的观点认为单边保密协议更利于单边利益的保护。然而,除非起草者能够准确预判现在及将来的信息共享、信息传递都是单向的,否则选择单边保密协议会接收方将面临保密信息得不到保护的风险。事实上,双边保密协议亦是可以实现合同起草倾向于保护一方利益的,下文将详细阐述。总体而言,即使日后证实保密信息的传递始终是单向的,双边保密协议是有利无弊的万全的选择,应当优先选择适用。基于上述原因,应准备利于披露方的及利于接收方的两个不同合同模板,并根据客户须承担信息披露义务的多少而选择适用。

三、保密信息的“定义”条款 (**Definition of Conditional Information**)

定义条款是保密协议最重要的条款,是界定保密协议保护对象的依据,是防止商业秘密进入公知领域的重要保密措施。笔者归纳总结了以下几种常用保密信息定义方式并就其利弊简要分

析：

1. 罗列式定义方式 (Specific Description)。采用商业模式、财务信息、客户信息等类型化词汇罗列保密协议保护的信息范畴。在信息罗列时，通常存在易疏忽遗漏或信息类型难以界定的风险，所以适用此定义方式时应考虑所罗列的范围是否得当？罗列的类型是否准确定义了需保密的信息？多数高新技术披露方为使保密协议保护的主体更明确，会采用合同附件的形式，详细罗列其要求接收方保密具体信息。

2. 概括式定义方式 (General Description)。此定义方式通常将范围宽泛地扩大至披露方提供的所有信息，甚至包括已进入公知领域的信息，所以较有利于披露方。但该描述方式过于笼统、不确定性强，易导致法律上及操作上的双重风险。(a) 操作上的风险。在起草保密协议时，披露方经常错误地仅专注于规避接收方故意泄露或故意不当使用保密信息的风险，但实践中接收方非故意侵权的情形大量存在。所以，若保密信息范围的界定不具有明确指引性，接收方辨识保密信息的难度将增大，从而导致非故意侵权的可能性增加、商业秘密泄露的风险增大、不利于实现披露方保密协议的合同目的。(b) 法律上的风险。在大量商业秘密侵权案例中，法院倾向于认为：保密协议明确界定需要保护的商业秘密的范围，是信息所有人是否已采取合理保密措施的重要依

据。过于宽泛的定义条款因不具可有执行性 (Unenforceable) 而视为对商业秘密未采取合理保密措施，且因商业秘密一旦公开即失去保密性，所以在此情形下法院通常不支持披露方要求保护商业秘密的诉请。因此，若保密信息的范围界定得过于宽泛，商业秘密无法得到法律保护的风险将增大。

3. 区间式定义方式 (Period Description)。为保护口述或视像等不通过物理载体记载及传播的保密信息，应签订备忘录约定特定期间内披露的信息均应视为保密信息。如，技术转让合同包含技术服务及技术培训等内容的前提下，约定披露方在服务期间或培训期间披露的、或接收方在此期间直接或间接获取的所有信息都是保密信息，以降低服务或培训期间披露的商业秘密泄露的风险。

4. 有保密标识的信息 (Marked Items)。以加印保密标识为界定保密信息的认定标准，通常采用如下措辞：“披露方标明为‘保密’的信息才视为保密信息”。对接收方而言，该定义方式范围最缩减、内容最明确、对其最有利。但对披露方而言，该定义方式存在如下风险：(a) 口述或视像等不通过物理载体记载及传播的保密信息无法加印保密标识，所以若披露方拟披露的信息包含上述非实质形式的信息，添加保密标识的方式将缺乏可行性；(b) 公知、自主研发或通过第三人合法获取的信息并不因披

露方加印保密标识而获得商业秘密的法律保护；(c) 若信息披露数量较多、持续时间较长，披露方雇员因疏忽而忘记加印保密标识的风险将增加，而导致披露方想通过保密协议保护的商业秘密被遗漏在保密协议保护范围之外。

磋商过程中，接收方会极力主张该定义方式，而多数披露方会因上述风险而坚决反对适用。为促进可行方案的达成，建议采取以下较为折中的措辞：“披露方标明为‘保密’的信息才视为保密信息。无法加印保密标识的信息，披露方应在信息披露后____日内向接收方书面声明该信息为保密信息”。

5. “定义条款”的起草建议及范例

根据上文比较分析，可知各定义方式均有利弊。所以，起草定义条款时，应根据客户需要披露信息量的多少，选择适用于披露方/接收方的方式或者将几种方式巧妙糅合加以适用：

有利于披露方的起草建议及范例。对披露方有利的“定义”条款有如下共同特征：(a) 保密信息定义条款采用的措辞越宽泛、越笼统、涵盖所有披露方披露的全部保密信息，将越有利于披露方；(b) 要求披露方采取信息管理措施（如加印保密标识等）越少越有利于披露方；(c) 包含“有理智的人知道或应合理理解为保密的”的兜底定义条款，更有利于最大程度地保护披露方的保

密信息。以下为有利于披露方的定义条款范例：

Any proprietary information that is disclosed by Disclosing Party to Receiving Party which relates to Disclosing Party's business (including without limitation, business plans, financial data, customer information, marketing plans, etc.), technology (including without limitation, technical drawings, designs, schematics, algorithms, technical data, product plans, research plans, software, etc.), products, services, trade secrets, know-how, formulas, processes, ideas, and inventions (whether or not patentable) or which should be reasonably understood by Receiving Party as the confidential or proprietary information of Disclosing Party.

有利于接收方的起草建议及范例。对接收方有利的“定义”条款应当：(a) 明确且缩限地定义保密信息的范围；(b) 明确约定超出 a 项界定范围的保密信息均不是保密协议保护的主体；(c) 要求披露方履行繁琐、详尽的保密信息管理措施，如加印保密标识或书面申明为保密信息的才属于保密协议的保护范畴。以下为有利于接收方的定义条款范例：

Any proprietary information that is disclosed by Disclosing Party to Receiving Party and identified as confidential or proprietary

at the time of disclosure, or, if disclosed orally, which is identified as confidential or proprietary at the time of disclosure and such designation is confirmed in writing no later than thirty (30) days after such disclosure. Confidential Information includes, without limitation, all proprietary information which relates to Disclosing Party's business (including without limitation, business plans, financial data, customer information, marketing plans, etc.), technology (including without limitation, technical drawings, designs, schematics, algorithms, technical data, product plans, research plans, software, etc.), products, services, trade secrets, know-how, formulas, processes, ideas, and inventions (whether or not patentable).

此外，还有一项风险常被疏忽，即：保密协议本身是否属于保密信息的范围，应该在合同中明确。这对于涉及上市公司的重大交易而言，尤为重要。

四、保密信息“除外”条款 (The Exclusions Clause)

对于接收方而言，该条款是最重要的条款。虽然接收方可以依据公知信息、自主研发、从第三方合法获取、或法律要求时对保密信息披露等合法事由进行抗辩，但在大量商业秘密侵权案例

中，法院倾向于认为：因被申请人（接收方）更便于证明申请人（披露方）主张其“抄袭”或“不当使用”的涉案信息属于公知信息等除外情形，应承担举证责任。因此，对于接收方而言，合同将除外条款约定得越详尽越有利于减轻接收方的举证责任。

而对于披露方而言，可通过以下途径提高接收方适用“除外”情形抗辩时的举证标准，以加大接收方的举证难度：

1. 约定举证责任由接收方承担，且约定具体举证标准。国内诉讼中举证主要依据《证据规则》，但是国际商事仲裁中举证通常依据《IBA 证据规则》，依据该规则当事人可以就举证责任和举证标准对规则酌情进行修改。因此，保密协议可将举证规则修改为以下对披露方更有利的方式和标准：**In any dispute with respect to these exclusions, the burden of proof will be on recipient and such proof shall be by clear and convincing evidence.**

2. 约定接收方必须提供书面证据证明除外情形。即，若接收方欲通过“除外条款”排除保密协议的适用，须提供书面材料证明涉案信息符合除外条款约定的情形。

3. 针对“信息的接收方已合法知晓而对其无保密义务”的除外情形 (Already Known)，披露方可以要求接收方罗列其在合同签订前已合法知晓的技术发明、商业秘密等信息作为保密协议

的附件。该措施通常在签订与劳动合同相关的保密协议时适用，以明确界定雇员的保密范围及职务发明的归属。

信息量小的接收方能比较轻易罗列出哪些信息为其合法知晓的信息，而对于信息量较大的接收方（如跨国公司）而言，却没有那么容易。在此情形下，揭露方可适用上文第2条所述规避方法在合同中约定：接收方必须有书面材料证明其在签订合同之前已经合法知晓保密信息，该抗辩才能成立。

五、信息披露机制条款

在信息交付过程中，接收方经常面临如下风险：双方在合同中通常未明确约定信息交付时间、交付地址及接收负责人等披露机制。在披露方通过非正式渠道转交技术资料并申明对这些资料的技术安全性和可靠性不负任何责任的情况下，若接收方因该技术无法正常使用而自主研发了相似技术，则易导致披露方主张其通过非正式渠道转交接收方的资料亦属于“保密信息”，从而控告接收方“抄袭”或“不当使用”。在上述争议中，因保密协议未约定信息披露机制，所以接收方因无任何可抗辩理由而只能“哑巴吃黄连”承担败诉风险。

为规避上述风险，保密信息接收方应在合同中明确约定保密信息披露方式、保密信息披露时间、保密信息接收负责人及接收

方书面确认等完善的信息披露机制。若合同双方属于相同行业或研发同类技术/产品的企业，接收方应更加谨慎约定上述保密信息披露机制及流程，以利于日后举证自主研发以抗辩。

六、“接收方保密义务”条款

接收方可向谁披露保密信息？披露信息之前应满足什么条件？接收方应采取什么保密措施？保密措施是否合理的认定标准？保密信息使用有何限制？这些问题都涉及接收方的保密义务，通常涵盖接收方“不可披露”且“不可违约使用”两个方面。

1. “限定使用”条款

保密协议“限定使用”条款通常采用如下措辞：“合同约定的目的”“为履行合同的目的”。然而保密协议时，合同双方处于磋商阶段仅通过签订保密协议以获取更详尽的信息以评估是否搭建合作关系，“合作关系”的具体内容需参见主合同，但是主合同多形成于保密协议签订之后。

基于上述特征，起草时应注意以下要点：(a) 首先，双方是否有合作意向？是否需要披露保密信息？若没有进一步磋商的意愿或没有披露保密信息的可能，则无须签订保密协议；(b) “合同约定的目的”“为履行合同的目的”等条款所指“合同目的”仅限于为确定是否搭建合作关系而进一步洽谈的目的，不应涵盖

主合同所有权利义务条款；(c) “披露发”就合同目的可选择较为宽泛的措辞，如“以确定是否进行合作”；“接收方”就合同目的可选择较为详尽的措辞，如“以确定是否与甲方签订授权乙方的大中华区排他许可协议”。(d) 且，应声明保密协议仅为进一步磋商的目的，没有约定合同双方承诺搭建合作关系的法律约束力。

在合同双方于主合同签订后签订保密协议以替代保密条款的情况下：(a) 披露方应就“限定使用”条款采取缩限且明确的措辞，(b)接收方应就“限定使用”条款采用较为宽泛的措辞。详见《保密协议一》²相关论述

2. 接收方披露保密信息时的保密义务条款

对披露方有利的保密义务条款应注意如下要点：(a) 限制可获取保密信息的人员范围；(b) 约定接收方披露信息前必须采取的具体保密措施；(c) 确定使用保密信息时应采取的保密措施；(d) 约定保密措施应达到的保密程度；(e) 约定接收方就其代表及关联方的保密义务承担连带责任。该条款的详细分析及起草建议，请参见《保密协议一》。

3. 保密信息使用限制

²保密协议(一): 保密协议必须走定制路线，杜绝批量生产

是否约定禁止使用解码、反向工程、逆向编纂或其他方法解读加密的资讯？“剩余条款”(Residual Clause)如何约定？即共同工作过程中，在不借助笔记或其他辅助手段的情况下，在记忆中留存的信息是否属于保密协议或商业秘密法律项下的保密信息？若不属于商业秘密，该信息的接收方是否可以在日后的产品或服务中合法使用该信息？若属于商业秘密，则该信息是否应包含在定义条款中？上述为在起草保密协议使用限制条款时需要考虑的、笔者认为比较有意思的风险点。

七、知识产权条款

该条与披露方的利益密切相关。有利于披露方的条款，应考虑如下问题：(a) 是否已包含不担保条款(No Warranties/As-Is)，即披露方对提供信息的准确性不作担保；(b) 是否已明确约定：保密协议不视为披露方对接收方授予任何明示或暗示的知识产权许可；(c) 是否已明确约定：保密协议的签署不视为合同双方成立合伙或搭建合作关系的承诺；(d) 知识产权所有权不应保密协议的签订而改变，归属于披露方。

与劳动合同相关的保密协议还应就职务作品的归属进行约定。职务作品的著作权一般归作者所有；且在无明确约定时，法院倾向于保护作者继续使用职务作品中涉及的技术和商业秘密。

作为保密信息披露方（雇主）应在保密协议中约定接收方（雇员）在职期间产生的职务作品及商业秘密归属于披露方（雇主）所有；雇员离职后，披露方（雇主）应通过竞业禁止协议有效保护商业秘密等知识产权。

八、“保密期限”条款

通常，保密义务不因合同的解除而终止，所以保密协议中通常应包含“保密协议期限”和“保密义务期限”两个期限。（1）保密协议的期限。未约定明确期限的协议视为无固定期限合同，可以随时选择终止。未约定合同期限的保密协议通常包含如下条款：“在我们中的一方终止本协议之前，本协议持续有效。我们中的任何一方因任何原因通过提前___天向另一方发出书面通知而终止本协议。本协议的终止不改变本协议有效时所存在的任何权利和义务。”（2）保密义务的期限。通常披露方要求保密义务的期限长于保密协议期限，通常措辞为：“一方收到另一方的保密信息后的___年内不可使用或披露该等保密信息。如适用法律要求更长的期限，则___年的期限不适用”。

作为保密信息的披露方，起草保密期限条款时应注意如下要点：（a）保密信息是商业秘密，一旦公开即失去保密性，需要通过保密协议进行有效保护。协议约定保密期限结束后保密义务消

失，则商业秘密将因不具有“不为公共所知悉”的特点而得不到法律保护，所以应根据保密信息的商业价值酌情考虑保密期限合理期间。（b）但是，保密期限不是越长越好，因为保密信息的商业价值会随着时间的推移而减小或消失，变成公知信息而成为接收方抗辩的理由。（c）同时，仔细核对保密协议约定的合同生效日期是否准确，避免合同生效日期晚于保密信息的交付时间的低级错误。

作为承担保密义务的接收方，起草保密期限条款时应注意如下要点：（a）应坚持要求约定一个明确的保密期限而避免在协议履行完毕或解除后承诺永久保密义务。（b）考虑保密期限的长短是否合理，保密信息是否超出法律规定的保护期间³。如：由于专利的保护期为二十年，因此就专利技术秘密的保密期限而言，保密协议期限与保密义务期限的总和原则上不应超过二十年；对于实用新型和外观设计专利的保密期限而言，保密协议期限与保密义务期限的总和不应超过十年；对于其他类型的保密信息，保密义务期限依据为市场参与方所普遍接受的惯例，即通常为收到信息后5年。（c）约定保密信息披露期间（Disclosure Period）更利于接收方，即：保密信息应于约定期间披露，超过约定期间披露的信息，除非披露方书面声明外，不视为保密信息。

³发明专利的保护期为二十年，实用新型和外观设计专利的保护期为十年。

九、违约责任条款

起草违约责任条款时应注意如下风险：(a) 通常商业秘密的损失难以计算，所以应约定明确违约责任，如违约金等；(b) 约定保全措施（Temporary Injunction / Injunctive Relief）。商业秘密一旦公开即失去其保密性。若未约定保全措施，则披露方在接收方违约时只能通过起诉要求其承担违约责任，而无法采取保全措施防止商业秘密继续泄露。保全措施是披露方控制保密信息继续泄露的有效手段；(c) 约定律师费及诉讼费用的承担方式。

十、合同终止后保密信息返还条款

通常保密信息返还条款会约定“合同终止后，接收方应在披露方要求后销毁、返还所有保密信息”。就该约定，需要考虑：为日后或有的涉诉举证及会计核算的需要，接收方的律师或会计师是否有保留一份保密信息复印件的权利？依据商业惯例，上述主体有权保留一份复印件。因此，接收方应在保密协议中就此权利明确约定。

十一、管辖法律条款

依惯例保密协议的管辖法律通常为披露方所在地的法律，商谈余地不大，除非有其他更好的原因或者接收方在谈判中占据绝对强势的地位。然而，根据公共利益原则，在不与公共利益相冲

突的情况下，同交易有合理联系（Reasonable Relationship to the Transaction）的国家/州的法律都可以作为保密协议的管辖法律。在未约定管辖法律的情况下，可依据冲突法规则（即“最密切联系地”的法律）来确定管辖法律。所以若接收方不愿意接受披露方的管辖法律条款，且没有通过谈判修改条款的可能，为了促进交易达成可采用较为折中的方法：直接将该管辖法律条款删除。日后若发生争议，可通过依据冲突法规则（即“最密切联系地”的法律）来确定管辖法律是较可行的对策。

十二、合同的完整性条款

起草保密协议完整性条款时，应约定保密协议与主合同保密条款的关系，相冲突时，以何约定为准。该要点在合同起草时通常易被遗漏。

作者介绍



韦龙艳，取得美国南加州大学法学硕士学位、美国纽约州执业律师、中国律师执业资格、英语专业八级资格。拥有跨国公司、律所及国家机关的多年工作经验。擅长公司法律事务、建筑房地产、涉外争议解决业务。韦龙艳现任大成律师事务所芝加哥分所顾问、上海政法学院客座教授、东盟比较法研究中心研究员。
电子邮箱：longyan.wei@dachenglaw.com

【大成（上海）涉外争议解决律师团队介绍】

我们的优势

- 团队中的大部分律师具有海外留学背景，部分律师获得了国外律师执业资格
- 核心律师皆具有 7 年以上诉讼执业经验，处理了大量涉外仲裁/诉讼案件
- 能够熟练运用英语、日语等作为工作语言。
- 部分律师具有在中国的法院、检察院、公安机关以及其他政府机关的工作经验
- 部分律师已被选聘为 CIETAC, SHIAC、SAC 等仲裁机构的的仲裁员
- 有广泛的全球网络，大成律师事务所在国内 42 家分所，海外 9 分所，是 World Services Group 的会员单位，且与世界很多中心城市的律师事务所建立了协作关系，可以为客户在全球范围内提供全方位、多层次的法律服务

大成（上海）涉外争议解决团队由 13 名核心律师组成，其中合伙人 4 名，律师 6 名，律师助理 3 名。伴随客户对法律服务的要求和需求不断提升，大成（上海）涉外争议解决团队不再仅仅提供传统意义上代理当事人/客户参加诉讼、仲裁等争议解决法律服务，而是在企业风险管理、交易框架规划，或在争议发生前尽早尽快地介入其中，以事前规划、协商、谈判等方式解决未来可能发生或者当前已经发生的争议。

主要服务范围

- 参与交易架构设计及相关文本起草
- 内资/外资企业风险控制
- 监管合规
- 诉前/仲裁前谈判
- 境内仲裁/诉讼
- 海外账款催收
- 国际贸易争议解决
- 跨境诉讼/仲裁

非常感谢您的阅读,

本资讯由大成（上海）涉外争议解决团队编辑。

如有任何问题, 请通过电邮 cdr@dachenglaw.com 联系我们。