

# 如何处理竞业限制问题

■王东

竞业限制问题是公司劳动人事管理中的一个难点问题，其与保护公司商业秘密、劳动者择业权与用人单位利益、保护商业秘密的环境等交织在一起，加之各级法律规定不一致，使企业在竞业限制合同管理中感到困惑。

现行法律中并无完整的竞业限制概念。笔者认为，竞业限制是指用人单位与负有保密义务的劳动者签订协议，约定劳动者离职后一定条件下不得从事与用人单位竞争的行业，并因此获得补偿的行为。2013年2月，最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》（以下称《司法解释四》）颁布实施后，竞业限制的法律纠纷将会出现一些新的变化，司法解释四规定的部分，各地将修改原来的做法统一按照司法解释实施，但未规定的部分，各地仍然会维持原裁判做法不变。

本文是在研究了大约一百个全国各地各级劳动争议指导意见、座谈会纪要以及民事审判工作座谈会纪要（劳动争议部分）的基础上，结合《司法解释四》作为框架，结合实践提出的一个实际操作建议。希望本文对公司人事经理的工作有所裨益。

## ■用人单位的单方解除权

案例：双方签订竞业限制补偿协议，

且用人单位支付竞业限制1个月后，希望解除该竞业限制协议，不再支付补偿，也不约束离职员工从事竞争行业。是否可以操作？

虽然《司法解释四》第七条有“合同必须信守”的规定，但因《司法解释四》第九条明确规定了用人单位有权在劳动者没有违约的情况下，在支付3个月竞业限制补偿的情况下单方解除竞业限制协议，所以，用人单位的单方解除权应当自此确立。解除权行使的方法，笔者认为，并不需要像部分学者所主张的那样必须通过提起司法程序——仲裁或诉讼来实现，只需要以书面通知的形式处理，并停止己方义务。例如，用人单位停止支付竞业限制补偿，而劳动者从事竞争行业即可。如果对方有异议，可以通过司法程序来确认。

如果没有明确约定提前解除竞业限制协议的规定，则公司人事经理在操作上，应当向离职员工发出“关于解除竞业限制协议的通知”，并一次性支付该员工3个月的竞业限制补偿金，同时结清之前的所有应付竞业限制补偿。

在准备竞业限制合同文本时，应当明确约定条款为“公司有权提前1个月通知劳动者解除竞业限制协议，公司在支付完解除前月份的竞业限制补偿后，不再承担其他支付义务”。因为，虽然有《司法解释四》第九条的规定，但法律并未

禁止双方约定解除。在约定提前通知的情况下，公司不再额外支付补偿，并不会损害劳动者的利益。

## ■劳动者解除权——因用人单位支付补偿的违约

在竞业限制协议约定了竞业限制义务及补偿的情况下，用人单位支付违约包括未支付或未足额支付竞业限制补偿的情况，由于这种违约，离职劳动者当然相应地获得解除竞业限制协议的权利。《司法解释四》第八条规定，用人单位原因3个月未支付竞业限制补偿的，劳动者有权解除。解除的方式同第一点一样，也可以通过书面通知的方式。

这个规定实际上完全改变了过去很多法院，包括广东省、江苏省、浙江省、湖北十堰市、宁夏回族自治区和山东省的“未按约定支付或工作交接完成未支付，则竞业限制没有约束力”的规定，限制了劳动者的解除权——即必须在3个月满的情况下才能解除，3个月内虽然没有得到竞业限制补偿，劳动者仍然必须受合同限制，不得从事竞争行业。当然，如果当地法院明确表示不受该解释约束，仍然坚持原先做法除外。

从实践来看，这个规定仍然有些缺漏。例如：在用人单位一直未支付的情况下当然解除无话可说。但是，用人单位可

能每个月都在支付竞业限制补偿，但数额不足双方约定或低于地方最低标准，或者说用人单位先足额支付了几个月，但后来又又不支付或不足额支付，按照《司法解释四》似乎又不能解除。

对公司而言，这个司法解释的漏洞似乎可以利用，但是笔者认为，在各地法院实际审判层面，法官们是不会给机会的。例如，以“累计足3个月不足额的，可以解除”的实务处理来解决这个漏洞。所以，建议用人单位仍然应当本着“诚实信用”、“合同应当信守”的原则，按时足额支付竞业限制补偿。

### ■ 未约定竞业限制补偿或补偿标准的

实践中，很多竞业限制合同未约定补偿或虽然约定补偿，但未约定补偿标准。《司法解释四》仅规定，劳动者履行了竞业义务的有权请求30%工资的补偿。笔者理解这包括竞业限制履行期满也包括未履行的请求。《司法解释四》没有规定，如果劳动者认为其没有约束力不愿意继续履行怎么办？

目前各省市的规定很不一样。一种类型认为，竞业限制协议有效，补偿标准可以按照地方规定的一个公平参考标准来确定。这种类型以北京、上海高院、苏州中院为代表，其认为，协议有一定约束力，双方应当协商补偿标准，如协商不成应当按照20%至50%或60%的离职前工资支付<sup>①</sup>；第二种类型认为，没有竞业限制的约束力，包括广东省高院（包括中山（佛山市中院）<sup>②</sup>、湖北十堰市中院、浙江省、宁夏回族自治区以及山东省。

笔者不赞成北京、上海认为有约束力的倾向。理由是：

首先用人单位未在合同里约定补偿或补偿标准，无论出于何种动机，都应当视为单方约定劳动者的义务而未明确其权利。因此，可以根据《劳动合同法》第

二十六条第（二）项的规定：“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利”的条款无效，认定该竞业限制条款为无效条款。

其次，由于未约定劳动者的补偿权利，故依据劳动法倾向于保护劳动者的基本原则，也应当认定该协议无效，从而恢复劳动者的自由状态，比强行规定最低补偿标准更有利于保护劳动者。

最后，即使从民法基本原则角度也应当认定为无效或未生效，你可以想象，一个买卖合同没有约定价格而生效吗？我国各地司法实践的这种混乱情形，应当在将来通过统一立法解决。

### ■ 竞业限制协议无效

根据前面的分析，未约定补偿或补偿标准的竞业限制协议当属无效。广东省中山市中级法院与浙江省仲裁委有专门条款规定，未约定补偿标准或补偿标准数额过低不足以维持生活的竞业限制协议无效。根据《劳动合同法》第二十六条的原则，可以延伸推广到非接触商业秘密的人员被迫签订竞业限制合同的、商业秘密已经被公开的、竞业限制合同超竞业限制行业范围的、超过法定两年时限的竞业限制约定，以及竞业限制补偿在每月的工资内提前发放的，都属于无效。

事实上，过去的司法判例中，有两种情形的竞业限制协议被认定无效，一种是广东省指导意见第二十六条中所指，规定了竞业限制义务但没有约定补偿的情形<sup>③</sup>，或者竞业限制协议显失公平<sup>④</sup>；另一种是劳动者并未掌握商业秘密故竞业限制义务没有存在基础<sup>⑤</sup>。需要说明一下，用人单位违法解除劳动合同，或劳动者被迫解除劳动合同的情形，劳动者可以解除竞业限制协议而不受约束。江苏省高院<sup>⑥</sup>、佛山市以及深圳市都有类似规定。目前，《司法解释四》

以及国家层级对此没有任何规定。笔者赞同江苏省高院等的做法，竞业限制协议属于对劳动者择业权的限制，既然用人单位违法在先，劳动者有权解除竞业限制协议。

各地规定中还有一种类似无效的情形，即各地法院或仲裁委直接规定“竞业限制协议对劳动者没有约束力”的情形，包括：用人单位违法解雇劳动者或使劳动者被迫辞职的；用人单位经济性裁员的；用人单位破产、关闭、停业、转行或解散的<sup>⑦</sup>。

笔者认为，竞业限制无效的关键不在于认定，而在于后续对双方在程序上和实体权利义务的处理。即：

对于约定补偿标准过低不足以维持劳动者生活（通常是低于最低工资标准），或低于当地竞业限制补偿标准的，以及非接触商业秘密人员签订竞业限制协议的，或用人单位违法解雇劳动者或使劳动者被迫辞职的，或商业秘密已经公开的，如果用人单位有支付竞业限制补偿，劳动者应当通过书面方式解除竞业限制协议。因为如果不通知用人单位解除，直接主张竞业限制协议没有约束力而同时接受用人单位竞业限制补偿不符合公平原则；或者在商业秘密公开的情况下，不通知劳动者即停止支付竞业限制补偿，劳动者误以为仍然有限义务存在，这样对劳动者也不公平。至于用人单位经济性裁员的、用人单位破产、关闭、停业、转行或解散等属于合同一方履约能力不能的，亦应当书面通知解除。

对于未约定补偿的，竞业限制合同超竞业限制行业范围的、超过法定两年时限的竞业限制约定，以及规定竞业限制补偿在每月的工资内提前发放的，由于违反了法律强制性规定，都对劳动者自始没有约束力。劳动者无需通知解除，可以直接不受其约束。

作为用人单位的人事经理，以上讨论比较繁琐，我们只要把握住一条，即在订立竞业限制合同时，应当避免那些无效或被认定没有约束力的情形，就规避了风险。同时，在发生商业秘密公开的情况下，也应当立即书面通知劳动者解除竞业限制协议，以同时免除双方的义务，合法终结竞业限制关系。在约定时，应当在合同条款里增加一条，即“如商业秘密已经成为公开信息，则公司有权以书面方式通知离职员工，解除竞业限制协议”。

### ■ 违反竞业限制义务的责任

根据上面的分析，用人单位在竞业限制协议中的主要义务是按照合法约定的标准和方式支付竞业限制补偿金，所以，用人单位违反竞业限制合同的责任在于劳动者有权在3个月不支付或实务中按照累计3个月未支付的情况下，请求解除竞业限制协议，并同时主张已经履行竞业限制义务期间（可能超过3个月）的竞业限制补偿。本节主要分析劳动者违反竞业限制补偿的违约责任。

①上海市高级人民法院《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见（2007）》第十三条规定：劳动合同当事人仅约定劳动者应当履行竞业限制义务，但未约定是否向劳动者支付补偿金，或者虽约定向劳动者支付补偿金但未明确约定具体支付标准的，基于当事人就竞业限制有一致的意思表示，可以认为竞业限制条款对双方仍有约束力。补偿金数额不明的，双方可以继续就补偿金的标准进行协商；协商不能达成一致的，用人单位应当按照劳动者此前正常工资的20%至50%支付。协商不能达成一致的，限制期最长不得超过两年。

北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会《关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（2009）》第三十八条规定：用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制条款，但未就补偿费的给付或具体给付标准进行约定，不应据此认定竞业限制条款无效，双方在劳动关系存续期间或在解除、终止劳动合同时，可以通过协商予以补救，经协商不能达成一致的，可按照双方劳动关系终止前最后一个年度劳动者工资的20%至60%确定补偿费数额。用人单位明确表示不支付补偿费的，竞业限制条款对劳动者不具有约束力；

2010年苏州市中级人民法院、苏州市劳动争议仲裁委员会《劳动争议研讨会纪要》对有关竞业限制协议效力的补救问题进行了规定：上述情形，用人单位应当在劳动者履行完必要手续前，与劳动者协商经济补偿的标准；协商不成的，用人单位应当按不低于劳动者前十二个月平均工资三分之一的标准按月给予经济补偿。

②广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会《关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》第二十六条规定：用人单位与劳动者约定竞业限制的，应当在竞业限制期限内依法给予劳动者经济补偿，用人单位未按约定支付经济补偿的，劳动者可要求用人单位履行竞业限制协议。至工作交接完成时，用人单位尚未承诺给予劳动者经济补偿的，竞业限制条款对劳动者不具有约束力。

③广东省指导意见规定，在工作交接完成时仍然没有承诺的，竞业限制对劳动者没有约束力。这种表述甚为奇怪。

④湖南省高级人民法院对广州易达建信科技开发有限公司（下简称“易达公司”）诉姚向东竞业限制合同案作出终审判决，以竞业限制条款违反了签订合同的平等、公平原则属无效条款为由，驳回了易达公司要求的姚向东支付违约金10万元的诉讼请求。

⑤江门市中院法院鹤山银雨灯饰有限公司与王绪林竞业限制纠纷案。

⑥江苏省高级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的意见（2004）》第二十六条规定：用人单位与劳动者约定竞业限制条款的，应当在劳动合同解除或者终止后给予劳动者经济补偿。用人单位未给予劳动者经济补偿的，约定的竞业限制条款对劳动者不具有约束力。用人单位无正当理由解除劳动合同导致劳动关系终止的，竞业限制的约定失效。当事人应对竞业限制适用的地区、时间以及禁止劳动者从事行业的范围作出合理约定，对超出必要程度的竞业限制条款，人民法院可以认定该条款对劳动者不发生约束力。

⑦浙江省劳动仲裁委规定，佛山市中院法院规定以及中山市中院法院规定，但笔者未列“未支付竞业限制补偿”的情形，因为司法解释四明确规定超过三个月未支付才可以解除，故本文排除此项。

⑧广东省高院——路军与华深达实公司、赛飞公司竞业禁止纠纷一案。

### 劳动者违反竞业限制义务的责任

目前实务中,违反竞业限制义务的责任包括:退还竞业限制补偿、支付违约金、继续履行竞业限制义务。根据《司法解释四》,支付违约金与继续履行竞业限制义务的责任可以同时承担,但是,退还竞业限制补偿是否可以同时适用?笔者认为,劳动者离职后未从事竞争行业期间的竞业限制补偿的支付,由于实际履行了竞业限制义务,故无需退还。但已经支付竞业限制补偿但劳动者违反义务的时间段,用人单位有权主张退还。

### 劳动者在承担竞业限制违约金后是否继续履行竞业限制义务

《司法解释四》第十条规定,违反竞业限制义务承担违约金后,用人单位可以要求继续履行该义务,继续履行的方式是值得研究的问题。实践中比较典型的案例是金蝶软件(中国)有限公司广州分公司诉胡忻竞业禁止及保密协议纠纷一案,一审二审判决都是判令劳动者辞职,在竞业限制期内不得再到新用人单位任职并承担违约金的责任。

下面笔者具体分析一下劳动者受聘于新用人单位以及劳动者自营的两种违反竞业限制的情形。

劳动者受聘于新用人单位的情形。由于劳动者所享有的辞职权利,故仲裁或法院判令劳动者辞职不存在法律上的困难。事实上,金蝶软件案的判决和执行也证明了这一点。如果劳动者与新用人单位因培训产生了服务年限的义务,该辞职产生违约责任的,笔者认为,该劳动者应当承担;劳动者与新用人单位的劳动关系合法,故劳动者仍然享有对新用人单位的权利;劳动者如在特殊待遇期内(例如女职工三期、停工留薪期或疾病医疗期等),劳动者可在停工的前提下待特殊待遇期结束后离职。

劳动者自营竞争行业的情形。劳动

者通过设立新公司、投资入股、入伙等方式自营的,法院可以根据具体情况判令其将股权、资产等转让并退出竞争行业。虽然实践中难以掌握,例如,转让的时间、转让成功之前劳动者的行为模式等,但笔者认为,也只能是先有原则规定,实际问题再具体处理。例如,未在生效裁决规定的事件内履行,是否发生二次违反竞业限制义务的效力等,都需要在实践中思考并完善规则。

### 违约金的数额问题

在设立竞业限制协议时首先要考虑的就是违约金的金额。《劳动合同法》在立法的过程中,曾经有过动议建议竞业限制违约金不超过已经支付的竞业限制补偿的3倍,但是该提议最终没有写入法律条文里。但是,这个数据可以作为一个参考。

在广东省、浙江省、山东省、天津市的高院和仲裁委的规定里,都有关于违约金过高过低可以适当调整的规定。并且,根据我国民法的基本原则,以及2011年《全国民事审判工作会议纪要》第五十六条的规定,即使那些没有此规定的地方,也可以直接依据当事人请求调整违约金。

因此,人事经理们在准备竞业限制补偿协议的时候,可以将竞业限制违约金规定为已经支付竞业限制补偿的3倍,以避免被司法机关调整的后果。同时,由于竞业限制违约责任与商业秘密侵权责任在司法实践中可以并行<sup>⑧</sup>,所以,用人单位仍然可以商业秘密侵权来主张侵权损害赔偿,以打击离职员工违反竞业限制义务以及侵犯商业秘密的行为。

### 如何处理劳动者违反竞业限制义务入职新用人单位

目前,法律并无规定新用人单位应当承担何种责任。笔者认为,根据合同相对性的原则,在请求竞业限制违约金的劳

动争议案件中,用人单位无法请求新用人单位承担连带责任。但是,如果有明确的证据,证明新用人单位明知劳动者有竞业限制义务,通过聘用该劳动者的方式获得原用人单位的商业秘密并非法使用,则原用人单位有权通过侵权诉讼的方式,要求劳动者与新用人单位承担连带侵权损害赔偿赔偿责任。

从这点意义上讲,作为人事经理,在商业秘密保护上需要做以下工作:完善公司的保密制度并要求相关劳动者签署保密制度,对商业秘密作一定程度的书面技术描述,并要求劳动者在该文本上签字,以固定该商业秘密的证据。这样的工作,将有利于未来的侵权诉讼举证。

### 其他应注意事项

如果双方签订了竞业限制协议,以下几种特殊情况需要注意:

第一,在竞业限制合同的签订过程中,要将完整的合同必要条款加入,包括竞业限制期限。

第二,竞业限制补偿协议争议属于劳动争议,因为该协议属于劳动合同的一部分,故竞业限制纠纷必须经过劳动仲裁前置处理。根据劳动仲裁时效规定,竞业限制违约金、竞业限制补偿的返还、竞业限制协议的解除等请求,其仲裁申请时效为1年,自相关事实发生后1年内提出。

第三,作为重要的竞业限制解除书面通知,应当以快递方式发出,以留取通知证据。应当在快递单据的收件人和发件人栏目清楚写明劳动者和用人单位的名称地址,并在“备注”栏注明“关于因xxx解除竞业限制协议的通知”。

作者单位  
广东海派律师事务所