

关于深圳地区竞业限制和商业秘密保护的特殊法律规则探讨

作者：吴琼 陈星吾

深圳市享有经济特区立法权，可以根据授权对法律、行政法规作出变通性的规定。因当地科技创新型企业较为集中等特点，劳动用工、竞业限制和商业秘密保护等方面一直是深圳市进行立法创新的重要领域。例如在1995年颁布的《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》（2019年修订）、2008年颁布的《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》（2019年修订）以及2015年颁布的深圳市中级人民法院《关于审理劳动争议案件的裁判指引》中，均有一些凸显地方特色的规定和裁审口径。

2022年4月25日，深圳市市场监督管理局进一步发布了深圳市地方标准：《企业商业秘密管理规范》。该标准于2021年4月正式批准立项，由深圳（南山）商业秘密保护基地牵头，当地知名企业、律所和科研院所协同制定，并提供了《竞业限制协议》和《商业秘密保密协议》两份文本作为该标准的附录。为推动该标准的实施应用，目前深圳市已公布了两批试点企业名单。在性质上，《企业商业秘密管理规范》属于地方标准，企业可自主决定是否采纳及何种程度上采纳。

本文梳理了深圳在竞业限制和商业秘密保护方面的特殊规则，结合司法实践情况，探讨2022年标准协议条款对企业的参考意义和利弊，以期帮助企业设计和实施合法有效且符合自身需求的保护机制。



一、关于竞业限制责任承担主体的特殊规则：竞争企业特定情形下须承担连带责任

员工在离职后的竞业限制义务是一种约定性义务，并不是法定性义务。在员工违反竞业限制约定的争议中，根据合同的相对性原则，由于员工所加入的外部竞争企业并非签订竞业限制协议的一方当事人，竞业限制的约定对竞争企业没有约束力。因此，用人单位在劳动者发生入职或自营竞争企业等违约行为时，无权要求竞争企业对劳动者的违约责任承担连带责任。该等理解系基于《劳动合同法》等法律规定和最高院的相关裁审口径，也符合目前全国绝大部分地区的司法实践。

但是，深圳市就此问题存在突破性规定。《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》（2019年修订）第三十五条规定：“负有竞业限制义务的员工违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。负有竞业限制义务的员工违反竞业限制协议，同时违反保密义务给企业造成损害的，受损害的企业有权要求支付违约金，并可以依照本条例第三十条的规定提出赔偿损失请求。具有业务竞争关系的相关企业知道或者应当知道该员工负有竞业限制义务，仍然招用该员工的，应承担连带责任。”

根据以上条文表述，竞争企业承担连带责任的前提是其“知道或应当知道”该员工负有竞业限制义务。我们理解，竞争企业的责任性质应当是侵权责任，具体而言，与前两款相结合，可以在法理上解释为属于第三人侵害债权的范畴，属于对合同相对性原则的一定突破。这一规定在深圳目前的司法实践中也得到了适用。

如（2019）粤03民终25049号案例中，深圳市中级人民法院认为：“柴莉莉为天熙公司的股东和法定代表人，即天熙公司对于柴莉莉与萃流公司签订有竞业限制条款属于明知，一审认定天熙公司与柴莉莉承担连带责任符合法律规定。”该案中竞争公司即为该员工自己设立的公司，属于存在比较明显的“知道或应该知道”的情形。

又如（2021）粤03民终8384号案例中，深圳市中级人民法院认定了竞争企业的连带责任，并认为：“乐动公司明知或应未尽审查义务，招用从具有竞争关系的杉川公司处离职并负有竞业限制义务的胡丽麒，其对胡丽麒应付的竞业限制违约金承担连带责任。”可见，在该案中，法院认为企业在招录员工的过程中对于员工是否负有竞业限制义务负有主动审查的义务。

竞业限制制度是在企业的商业秘密保护与人才的自由流动这两者之间平衡的产物。我们理解，深圳出台这一特殊规则意在引导企业树立起对竞业限制制度充分尊重的态度，但也无疑会增加企业在招录人才过程中的审核义务和潜在责任风险。特别是在裁审机构对“应当知道”这一标准作宽松解读的情况下，企业若对拟招录员工是否负有竞业限制义务的情况审查不到位，或在已知受限的情况下仍然录用，则将面临就员工的违约金承担连带责任的风险。



二、关于竞业限制协议解除的特殊规则

关于竞业限制的解除权，在国家层面，根据《劳动合同法》、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》（“**最高院司法解释（一）**”）等相关规定，用人单位享有竞业期限内随时解除竞业限制的权利（但需要额外支付三个月的竞业限制补偿金），而员工仅在单位未支付竞业限制补偿金达到三个月的情况下享有解除权。而深圳关于竞业限制的解除，存在一系列较为特殊的规则。

（一）竞业限制期限未约定或约定不明确的情形下，用人单位和劳动者均享有解除权

关于竞业限制协议未约定期限或约定不明的情况，会产生哪些后果，在国家层面的相关规则中并没有明确规定。在大部分地区的司法判例以及地方性规则中，在约定不明的情况下，较为普遍的处理方式是将竞业限制期限视为两年，但并不会赋予双方特殊的解除权。

然而，《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》（2019年修订）第二十三条规定：“竞业限制的期限最长不得超过解除或者终止劳动合同后二年，超过二年的，超过部分无效。竞业限制协议中没有约定期限或者约定不明确的，视为无固定期限协议，可以随时解除协议，但应当提前至少一个月通知对方。”该条款一方面扩展了员工享有单方解除权的情形，一方面也免除了用人单位在上述特定情况下行使解除权需要额外支付补偿金的义务。

这一规定在深圳目前的司法实践中也得到了适用，如（2012）深宝法沙劳初字第24号案例中，深圳市宝安区人民法院认为：“双方未约定竞业限制的期限并不必然导致竞业限制条款的无效，该情形属于原、被告双方约定不明的情况。……被告邮寄律师函表示被告不存在竞业限制义务即行使了解除协议的权利，原告于2012年4月29日收到该邮件，双方竞业限制约定于通知之后的一个月即2012年5月29日解除。”

因此，在实践中，企业需注意在竞业限制协议或条款中明确限制期限，在员工离职时也应注意审核原有约定的明确性，及时进行必要的补充约定，以避免履行过程中的不确定性。

（二）劳动者享有单方解除权的条件，只需用人单位未支付竞业限制补偿金超过三十日

最高院司法解释（一）第三十八条规定，因用人单位原因导致三个月未支付经济补偿的，劳动者可请求解除竞业限制协议。而深圳市将上述期限缩短为了三十日。

首先，《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》（2019年修订）第二十条则规定：“对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。用人单位未按照前款规定支付经济补偿的，劳动者自用人单位违反约定之日起三十日内，可以要求用人单位一次性支付尚未支付的经济补偿，并继续履行协议；劳动者未在三十日内要求一次性支

付的，可以通知用人单位解除竞业限制协议。”其次，《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》（2019年修订）第二十五条和深圳市中级人民法院《关于审理劳动争议案件的裁判指引》第一百〇六条亦有同样规定。深圳市中级人民法院《关于审理劳动争议案件的裁判指引的说明》第三十条则进一步澄清和明确：“劳动者未在一个月内要求一次性支付的，仅是丧失了要求一次性支付的权利，其仍然可以选择解除竞业限制协议或是履行竞业限制协议并要求用人单位按月支付经济补偿。”

这体现了深圳市对于竞业限制情形下劳动者一方更大的倾斜保护力度，并且在目前深圳的司法实践中也得到了普遍适用。

值得注意的是，关于该等解除权的行使，存在两种观点：

一种观点认为，劳动者须以明示的方式（例如明确通知用人单位）作出解除的意思表示，否则协议无法自动解除。深圳地区法院在相关案例（如(2013)深罗法民四(劳)初字第748号、(2012)深罗法民四(劳)初字第1451号、(2016)粤03民终16627号案例）中有过明确表态。

另一种观点认为，在满足上述解除权条件的情况下，竞业限制业务可自行终止，不是必须以明示的方式作出解除的意思表示，或至少双方可以约定这种自行终止的机制。例如，深圳市今年4月发布的《企业商业秘密管理规范》附录B《竞业限制协议》（参考文本）中约定，用人单位逾期一个月不支付竞业限制补偿金的，竞业限制协议“自行终止”，似乎意味着赞同这一观点。^[1]我们理解，这一约定虽然看似更为高效，能够促使企业更积极地履行支付补偿金的义务，但同时也限制了劳动者选择继续履行并要求单位支付补偿的权利，甚至可能导致企业可以故意通过逾期一个月不支付补偿金的方式促使协议自行终止，从而免于支付额外三个月的补偿。这对于劳动者而言显然是不公平的。因此，我们理解该等约定条款的效力和效果还有待司法实践的验证。目前，我们暂未在公开渠道查询到深圳对此类“自行终止”的约定作出效力判断的案例。

解除权条款是竞业限制协议的关键条款之一，我们建议深圳市企业在考虑是否采纳参考文本的这一条款时暂采取较为谨慎的态度，以免引发不必要的争议。而对于劳动者而言，如依据此条款主张解除竞业限制义务，仍以明示行使解除权为宜。另外，企业也需注意在竞业限制期限内及时支付竞业限制补偿金，避免导致竞业限制约定被解除。

（三）用人单位违法解除劳动合同情形下，劳动者享有竞业限制解除权

在全国层面，竞业限制义务的效力并不受劳动合同解除合法与否的影响。即使企业的解除行为被认定违法，只要确认劳动合同已解除的事实（即未判定继续履行劳动合同），竞业限制义务即正常启动。

《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》（2019年修订）第二十七条规定：“企业违反法律或者劳动合同单方解除劳动合同的，该员工可以解除竞业限制协议。”

这一规定具有很强的开创性。在用人单位违法解除劳动合同的情形下，用人单位具有过错，规定劳动者享有竞业限制解除权似乎能在一定程度上体现对法益的平衡。这一规定在目前深圳的司法实践中也得到了适用。

关于在该等情形下解除权的行使，深圳法院明确劳动者须以明示的方式作出解除的意思表示，否则协议无法自动解除。如（2015）深南法粤民初字第50号案例中，深圳市南山区人民法院认为：“根据相关法律规定，竞业限制协议本身的效力并不受劳动合同解除的影响，即用人单位违法解除劳动合同，劳动者未对竞业限制协议行使解除权的，该竞业限制协议仍然合法有效，劳动者仍应当依约履行竞业限制义务。本案中，安姆特公司违法解除了与吕杰华的劳动合同，但吕杰华并未对双方的竞业限制协议行使解除权，吕杰华仍受该协议的约束，应当履行竞业限制义务。”

因此，企业在评估单方解除劳动合同的风险时，除了考虑到一旦构成违法解除可能导致支付赔偿金或继续履行的常规后果之外，还应当意识到也可能对竞业限制约定产生不利影响，避免作出顾此失彼的决策。

（四）技术秘密已公开情形下，用人单位和劳动者均享有竞业限制解除权

《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》（2019年修订）第二十六条规定：“技术秘密已经公开的当事人可以解除竞业限制协议。法律、法规另有规定的除外。行使竞业限制协议解除权的，应当书面通知对方，竞业限制协议的解除自通知到达对方时生效。但双方另有约定的除外。”

全国层面的法律法规中对此没有明确规定。竞业限制制度的本质是保护企业的商业秘密，商业秘密如果已经公开，理论上竞业限制就已失去保护的对象，此时似乎已无必要继续执行竞业限制。然而，实践中，关键员工接触到企业的商业秘密可能多种多样，不一定能够具象化为某一项或者某几项商业秘密。只有员工接触的全部商业秘密均已公开的情况下，才会导致竞业限制的正当性基础的丧失。因此，我们理解，以此作为形成竞业限制解除权的情形，并不具有很高的可行性和现实意义。另外，竞业限制本身的立法初衷之一是为了解决企业证明商业秘密侵权较为困难的问题，因此竞业限制案件中用人单位往往仅需要概括性地论证员工能够接触到商业秘密，即可证明其属于可以约定竞业限制的主体范围。而劳动者如果依据商业秘密已公开来主张解除竞业限制，纵然劳动者会有一定的举证责任，但也可能会导致用人单位需要实际举证证明劳动者掌握哪些具体的商业秘密，把双方的争议焦点集中在商业秘密的构成和状态、公开时点等问题，这可能会背离竞业限制制度的初衷。

并且，深圳市《企业商业秘密管理规范》附录B《竞业限制协议》（参考文本）相比规则层面更进一步^[2]，约定在“劳动者所掌握的用人单位重要商业秘密已经公开，而且由于该公开导致其对用人单位的竞争优势已无重要影响”的情形下，协议自行终止，似乎意味着劳动者无须以明示的方式作出解除的意思表示。我们理解，这一约定也会增加适用上的不确定性，例如，技术秘密公开的时点如何确定？企业依据该条主张协议自行终止的，是否还需支付额外三个月的补偿？我们目前也暂未检索到将技术秘密已公开情形下是否享有解除权作为争议焦点的案例，这一规则能否在实践中得以适用还有待验证。综合来看，企业在自身的协议文本中参考这一条款时还需谨慎考虑。

当然，考虑到深圳已有明文规定，企业在向员工追究竞业限制违约责任时，应意识到存在员工以此理由进行抗辩的可能性，需有意识地加以防范。



三、关于竞业限制补偿的特殊规则

（一）竞业限制补偿金的标准更高

在全国层面，对于竞业限制的补偿金，并没有强制性的最低标准，而是赋予双方可以自行约定的权利；在约定不明的情况下，最高院司法解释（一）第三十六条第二款规定了参考标准，即按劳动者劳动合同解除或终止前十二个月平均工资的30%支付，如该标准低于劳动合同履行地最低工资标准的，按最低工资标准支付。

而《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》（2019年修订）第二十四条规定：“竞业限制协议约定的补偿费，按月计算不得少于该员工离开企业前最后十二个月月平均工资的二分之一。约定补偿费少于上述标准或者没有约定补偿费的，补偿费按照该员工离开企业前最后十二个月月平均工资的二分之一计算。”因此，在深圳，双方可以约定的补偿金最低不得少于离职前十二个月月平均工资的50%，否则员工有权按此标准主张补足。

（二）劳动者特定情形下有权请求一次性支付补偿金

如上文所述，在用人单位未依约支付补偿金时，《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》（2019年修订）第二十条赋予了劳动者在逾期三十日内要求补偿金一次性支付的权利。这在一定程度上是对用人单位的督促和惩罚，同时为了利益平衡，条例对劳动者的该项权利进行了时间上的限制，即需要在用人单位违约的三十日内行使。

四、关于竞业限制违约责任的特殊规则

（一）明确在职期间约定竞业限制违约金有效

在全国层面，法律上对于劳动者在职期间的竞业限制义务是否可以约定违约金没有明确规定。我们倾向于理解，《劳动合同法》第二十三条并未禁止双方约定在职期间的竞业限制义务及相应的违约金，且理论上讲，劳动者在职期间不进行竞争行为是劳动合同附随的忠实义务，在职期间的竞业行为比离职后的性质更恶劣，也更应允许约定违约金。但司法实践中对此问题的观点并不统一，有法院支持针对在职期间的违约金约定，也有法院依据对劳动合同法第二十三条中的“在解除或者终止劳动合同后”的文义解释，认为在职期间的竞业限制违约金约定无效。

而《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》第一百零六条则对此作出了明确规定：“劳动者在职期间违反竞业限制义务，用人单位依据双方约定要求劳动者支付违约金的，应予支持。”由此就明确肯定了用人单位与劳动者关于在职期间竞业限制约定的效力。

（二）明确竞业限制违约损害赔偿额的计算方式

竞业限制纠纷的索赔方可能会在固定数额违约金的基础上要求赔偿额外的损失，而抗辩方往往会以违约金高于实际损失为由要求调减。关于违反竞业限制义务的实际损失如何确定，法规层面无明确规定，双方之间的协议大多也不会进行明确约定。司法实践中，裁审机构通常会综合考虑多个因素酌情评定，最终赔偿金额较大程度取决于法官的自由裁量权。这使得索赔方在证明损失方面较为被动，也较难预期最终获赔金额。

《企业商业秘密管理规范》附录B《竞业限制协议》第四条第3款^[3]对此提供了参考条款：首先计算企业的实际损失，即企业因劳动者的违约行为而减少的产品销量总数乘以单位产品的利润，如果按照该方法难以计算，则按劳动者及相关第三方因违约行为所获得的全部利润计算，即劳动者及相关第三方从与违约行为直接关联的每单位产品获得的利润乘以销售总数。

我们理解，这一约定借鉴了公司法上对于董事及高级管理人员在职期间从事竞业行为情形下应适用的“归入权”条款，也在一定程度上借鉴了商业秘密侵权相关规则中的损失计算方式。尽管该等合同条款在具体适用上还存在一些挑战，例如“因劳动者的销售行为而减少”、“与违约行为直接关联”在个案中如何界定的问题，但至少为索赔方证明损失提供了方向，使索赔方能够掌握一定主动性，不再完全诉诸裁审机构的酌定。综合来看，我们认为此类约定值得企业在拟定竞业限制协议条款时进行借鉴。

五、关于保密义务违约金的特殊倾向意见

我们注意到，《企业商业秘密管理规范》附录C《商业秘密保密协议》（参考文本）中第十三条第1款^[4]就员工违反保密义务约定了违约金。

就此问题，司法实践中素有争议，分歧主要在于对《劳动合同法》是否禁止就违反保密义务约定违约金的看法不同。根据《劳动合同法》第二十五条^[5]规定，能够约定由劳动者承担违约金的情形限于第二十二条和第二十三条规定的情形，第二十二条显然不包含违反保密义务的情形，关于第二十三条^[6]的涵义则存在不同看法。一种观点认为第二十三条第1款并未将劳动者违反保密义务的情形排除在外，故就违反保密义务约定违约金的约定应当有效；另一种观点认为第二十三条第1款中关于约定保密义务的条款并未规定可以由劳动者承担违约金，仅在第2款规定了劳动者违反竞业限制约定的应向用人单位支付违约金，故就违反保密义务约定违约金的约定应当无效。

从我们检索到的案例来看，对于是否认可此种约定的效力，各地的裁审机构也存在不同的态度。全国和深圳的大多数案例倾向于不认可此种约定的效力，例如(2020)粤03民终20022号案例中，深圳中院认为“关于违反保密协议违约金事项，根据劳动合同法的规定，用人单位仅可以在劳动者违反服务期约定及竞业限制约定时要求劳动者按约定支付违约金，美霖公司以廖国华违反保密义务为由诉请违约金，不符合法律规定。如美霖公司主张廖国华违反保密协议导致其损失，其可另行主张。故对美霖公司关于违约金的上诉请求不予支持。”

但是，我们也看到在深圳有少量持相反态度的案例，在“中睿宏智汽车技术（深圳）有限公司、闵冲劳动合同纠纷二审民事判决书”一案（(2020)粤03民终5301号）中，深圳中院认可了就违反保密义务约定违约金条款的效力，并进行了适当酌减。该案中，双方的保密协议第六条约定“1、乙方如违反本合同任一条款，应当一次性向甲方支付违约金，违约金总额为乙方违约前三个月的总工资。”劳动者在工作期间，向QQ群发送了含有公司软件部分代码的截图，披露了公司的技术秘密。对此，深圳中院认为“无论其真实动机如何或上述行为是否对公司造成了实际损害，违反保密义务的行为人应当为此承担责任并付出代价。但由于保密协议关于违约条款的约定，客观上用人单位处于优势地位，劳动者较难存在协商空间。若依该条款确定违约金数额，则与其泄密行为性质的严重程度不相适应，故本院对违约金的数额应酌情予以判定。”最终判决劳动者支付企业违约金人民币5738.94元。

基于上述，从规则层面和目前的司法实践而言，就员工违反保密义务约定违约金的条款并不一定被认定有效。但本次深圳的《商业秘密保密协议》参考文本的发布，至少说明深圳市市场监督管理局的态度是认为企业与员工就违反保密义务可以约定违约金。而如上所述，深圳司法实践中近两年也出现了少量认为此类约定有效的案例，不排除未来深圳市司法口径的倾向也可能会转变为认为有效。这一问题值得相关企业予以持续关注。



六、总结与建议

综合上述，与全国范围内适用的规则相比，深圳地区关于竞业限制和商业秘密的特殊规则主要体现在以下方面：

竞业限制或商业秘密相关规则		全国	深圳
责任承担主体	竞争企业连带责任	无	竞争企业知道或应当知道劳动者负有竞业限制义务而仍然招用的，负连带责任
劳动者解除权	用人单位未支付补偿	三个月	三十日
	其他情形	无	(1) 未约定竞业限制期限 (2) 技术秘密已经公开 (3) 企业违法解除劳动合同
竞业限制补偿	补偿金参考标准	约定不明的，按月工资30%	最低标准：月工资 50%
	一次性支付	无	用人单位违反约定之日起三十日内，员工有权要求一次性支付
竞业限制违约责任	在职期间约定竞业限制违约金	无	约定有效
	违约损害赔偿额的计算方式	无	参考性合同条款：实际损失、违约获利、酌定赔偿
保密义务的违约金	就违反保密义务约定违约金	是否有效存在争议，多数案例认为无效	参考性合同条款：可以约定

总体而言，与全国其他地区相比，在深圳特殊规则下，竞业限制补偿标准更高，劳动者解除竞业限制协议的条件更为宽松，对劳动者的保护力度更大，对用人单位的要求更为严格。深圳政府官方公布的参考文本又在规则基础上作出了更进一步的尝试，其中部分条款（保密违约金等）的效力尚有待司法实践的验证。建议企业持续关注《企业商业秘密管理规范》发布后深圳市在相关问题上的司法动态。

在实操层面，深圳的用人单位在拟定竞业限制协议和保密协议时，首先须注意不得违反国家层面及深圳特殊规则中的强制性规定，比如不得约定低于规则标准的补偿金，不得通过约定排除劳动者单方解除竞业限制协议的权利等；

其次，可以参考当地发布的保密和竞业限制合同模板，在结合自身需要和了解司法实践的基础上，决定是否采纳某些条款并做出个性化的调整和完善。

2022-08-16