漫谈竞业限制的违约金

□上海通乾律师事务所 朱慧 武慧琳

用人单位和劳动者签订竞业限制协议的目的是保护商业秘密，而对竞业限制违约金进行约定，则是为了确保竞业限制协议得到履行。

下面我们就来谈谈竞业限制违约金问题。

资料图片

违约金的性质

违约金是指根据当事人的约定或法律规定，在一方当事人不履行合同或不完全履行合同时，一方应向另一方支付的金钱给付。违约金根据其性质分为惩罚性违约金和补偿性违约金。

那么在我国，竞业限制的违约金是惩罚性违约金还是补偿性违约金，抑或两者兼而有之呢？

我国《劳动合同法》对用人单位设置劳动者违约金的范围进行了严格的限定，即仅限于提供专业技术培训而设定服务期和约定竞业限制的这两种情形，因此我们不妨将这两种法律认可的违约金进行对比，从而分析竞业限制违约金的性质。

《劳动合同法》第二十二条规定：“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。”

该法第二十三条规定：“劳动者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。”

该法第二十五条规定：“除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。”

从上述《劳动合同法》的条文中可以看到，劳动者违反服务期协议的违约金数额是有法定上限金额的，即服务期违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。

但是，该法对竞业限制违约金并未规定法定上限金额。

《劳动合同法》是通过规定服务期违约金的上限金额来明确服务期违约金的性质，即是对用人单位损失的补偿，不具有惩罚性，所以该违约金是补偿性的违约金。

而相对的，对于竞业限制违约金的上限金额《劳动合同法》并没有进行规定，那么是否表示竞业限制违约金是惩罚性的违约金呢？也不尽然。

我们认为，违反竞业限制协议的可能后果是泄露用人单位的商业秘密，泄露商业秘密则必然给用人单位造成损失，从这个角度来讲竞业限制的违约金具有补偿性。

但对于劳动者泄露商业秘密的损失又很难界定，甚至无法证明具体的损失，某些情况下劳动者违反竞业限制协议也可能没有泄露商业秘密，从这个角度来讲竞业限制的违约金具有惩罚性。

因此我们认为，违反竞业限制的违约金是补偿性和惩罚性两者兼而有之，是以补偿性为主，惩罚性为辅的违约金。

与赔偿损失的关系

如前所述，《劳动合同法》第二十三条规定：“劳动者违反竞业限制约定的，应当向用人单位支付违约金。”

而《劳动合同法》第九十条又规定：“劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。”

那么，劳动者违反竞业限制协议，用人单位能否同时主张违约金和赔偿损失呢？

对此，《劳动合同法》并没有规定。

我们认为，除非用人单位证明竞业限制的违约金不足以弥补用人单位的损失，在这种情况下，对于超出违约金部分的损失，用人单位可以主张。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十八条规定：“当事人依照合同法第一百一十四条第二款的规定，请求人民法院增加违约金的，增加后的违约金数额以不超过实际损失额为限。增加违约金以后，当事人又请求对方赔偿损失的，人民法院不予支持。”

根据该解释，违约金和赔偿损失的金额以受到的损失为限。

虽然对于竞业限制协议能否适用《合同法》是有争议的，但是对于平等主体之间的合同违约金和损失赔偿的主张都不能以超过损失为限。

更何况，《劳动合同法》的立法目的在于保护劳动者。因此，如果竞业限制违约金的金额已大于损失，用人单位无权再主张赔偿损失；但如果损失超过了违约金的金额，那再主张赔偿损失的应以用人单位的损失为限。

司法机关能否调整

竞业限制协议的违约金从理论上来讲是当事人协商一致的产物，是当事人意思自治的体现，司法部门应尊重当事人的意思自治。

在实践中，由于合同双方当事人所处地位不同、签订合同时的预见上存在偏差等原因，可能导致违约金存在过高过低的情况，如果完全按照当事人约定的违约金判决，可能导致对当事人实质上的不公平。

虽然《劳动合同法》对于竞业限制协议的违约金能否调整并没有规定，但《合同法》对于民商事合同违约金的调整是有规定的。

《合同法》第一百十四条规定：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。”

可见，在一般的民商事合同中，如果违约金存在过高或过低的情况，司法机关是可以调整违约金的。

何谓违约金过高过低呢？《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十九条给出了标准及参考因素。

该条规定：“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。”

那么，竞业限制的违约金能否由司法部门进行调整呢？

我们认为，竞业限制协议本质上是一个合同，连普通的民商事合同违约金都可以调整，而《劳动合同法》更是以保护劳动者权益为己任，在这种情况下对于竞业限制的违约金应当是可以调整的。

在司法实践中，法院也是认同这种观点的。

2016 年 11 月 30 日最高人民法院发布《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第二十八条规定：“用人单位和劳动者在竞业限制协议中约定的违约金过分高于或者低于实际损失，当事人请求调整违约金数额的，人民法院可以参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十九条的规定予以处理。”

因此，对于竞业限制违约金，司法部门是可以调整的。那么司法部门能否主动调整竞业限制违约金的金额呢？我们认为不能。主张违约金过高或过低属于当事人的抗辩权，只有在当事人提出抗辩的情况下才能适用，司法部门不能主动适用。

既然司法机关在当事人主张的情况下，可以调整竞业限制违约金，那调整与否考虑的是哪些因素呢？

我们认为，应当以用人单位的损失为基础，兼顾竞业限制的履行情况，综合劳动者的主观过错、竞业限制补偿金的数额及支付状况、劳动者的岗位及重要性等因素来调整。

而对于主张违约金过高过低的举证责任如何分配，原则上应由提出主张的一方承担举证责任。

付违约金不再竞业限制？

对于违反竞业限制协议的劳动者，在其向用人单位支付违约金后，其是否还有义务继续履行竞业限制协议中的竞业限制业务呢？

有些人认为，只要向用人单位支付了竞业限制的违约金，就不再需要履行竞业限制协议了。这种观点是错误的。

劳动者只要在竞业限制期内，哪怕支付了违约金仍应履行竞业限制协议。

依据是《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）》第十条的规定：“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。”

因此，劳动者支付竞业限制违约金后并不免除其履行竞业限制的义务。

未约定违约金怎么办

如果在竞业限制协议中没有约定违约金，在劳动者违反竞业限制协议的情况下，用人单位显然是无法主张违约金的。那在此种情况下，用人单位如何维护自己的合法权益呢？

如前所述，《劳动合同法》第九十条规定：“劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。”

因此，在这种情况下用人单位可以向劳动者主张损失。

但是，如果用人单位要按此主张劳动者赔偿损失的，必须证明劳动者的违约行为、劳动者行为与损失的因果关系、损失的存在及数额等，该举证责任由用人单位承担，而这样的举证是很困难的。

综上，在竞业限制协议中约定竞业限制违约金对于用人单位来说是很重要的。

在约定竞业限制的违约金时一定要考虑到劳动者违反竞业限制协议可能造成的损失，在考虑损失的基础上结合用人单位支付竞业限制补偿金的数额约定一个合理的违约金，用以制约劳动者的违约行为，从而有效地保护用人单位的合法权益。

遗失声明

上海复臣金融信息服务有限公司遗失财务专用章、法人章,声明作废
上海尚点网络科技有限公司遗失公章壹枚,声明作废。
上海豪乐物业管理有限公司遗失财务专用章、法人章,声明作废
上海蓝魅纺织科技有限公司遗失公章壹枚,声明作废。
上海祥巢文化传媒有限公司遗失公章、财务专用章、法人章、发票章各壹枚,声明作废。
上海葵鸿文化发展有限公司遗失公章、财务专用章、法人章,声明作废
程龙金,身份证号:342422197209124314,遗失货运从业资格证,声明作废
陆涛遗失营业执照副本,社会信用代码:92310106MA1KE4MJXU,声明作废
袁华元遗失营业执照副本,证照编号:060007201608170032,声明作废
张乐遗失营业执照副本,证照编号:080001201509280004,声明作废
居豪杰遗失教练员证,编号:3100003020016002739,声明作废
上海市宝山区引航食品店遗失酒类商品零售许可证正本,沪宝酒专字第141503011400321 4号,声明作废
上海市宝山区信诚百货店遗失食品经营许可证副本,许可证编号:JY13101130107575,声明作废
上海市崇明县芭迪宠物用品店遗失营业执照正副本,统一社会信用代码:92310230MA1M4QLC3L,声明作废
上海市宝山区红纯小吃店遗失食品经营许可证副本,许可证编号:JY23101130057720,声明作废
上海晨帆建筑工程中心遗失增值税专用发票25份,代码:3100192130,号码:07076751-07076775,声明作废
上海鹤芈实业有限公司遗失营业执照副本,证照编号:29000000201701060282,声明作废
上海旭途实业有限公司遗失营业执照正副本,证照编号:120000002017060700 74,(75),声明作废
上海与陈科技有限公司遗失营业执照正本,证照编号:28000000201805180306,声明作废
上海淀山湖米业有限公司遗失营业执照正副本,证照编号:29000001200003020096,(97),声明作废
上海市宝山区罗泾镇皓琳杂货店遗失营业执照正副本,统一社会信用代码:92310113MA1L08UB04,声明作废
上海迎春票务代理有限公司遗失营业执照副本,证照编号:28000000201707120570,声明作废
上海市虹口区妃妃皮鞋店遗失营业执照正副本,注册号:310109600228751,声明作废。
上海春汇营销策划中心遗失营业执照正副本,统一社会信用代码:91310120MA1HR80T0B;公章,声明作废
上海瑞德宝尼娱乐有限公司遗失营业执照正副本,正本证照编号:270000002014063011 35,副本证照编号:270000002014063011 36,声明作废
上海燕祥装饰设计有限公司遗失营业执照正副本,注册号:310113001253235,声明作废。
上海市宝山区红星小学遗失食品经营许可证副本,许可证编号:JY33101130000564,声明作废
上海市嘉定区菊园新区友缘利西饼屋遗失食品经营许可证副本,许可证编号:JY23101140043152,声明作废
上海市普陀区薛成斌美容院遗失营业执照副本,证照编号:07001020190115 0036,声明作废
上海市崇明区洋头小吃店遗失营业执照正副本,统一社会信用代码:92310230MA1M52W72J,声明作废
上海市静安区达宏杂货店遗失营业执照副本,证照编号:060003201803220004,声明作废
上海市闸北区吉春餐厅遗失食品经营许可证副本,许可证编号:JY23101060018180,声明作废
上海市松江区永丰街道红汇食品经营部遗失营业执照副本,证照编号:27000220130401011 1,声明作废
青浦赵巷丽婴服装屋遗失营业执照正副本,注册号:310229600232035,声明作废。
上海市普陀区赵龙餐饮服务部遗失增值税普通发票一份,代码:031001800204,号码:99987790,声明作废
上海幕凝精密模塑有限公司遗失营业执照副本,证照编号:27000000201606301029,声明作废
上海宙珉通讯科技有限公司遗失营业执照正本,证照编号:28000000201706130111,声明作废
上海星虹园艺有限公司遗失营业执照副本,证照编号:27000000201605250584,声明作废
上海寒绪建筑工程有限公司遗失营业执照正副本,统一社会信用代码:91310120MA1HL4YH58;公章,声明作废
上海衡宙贸易有限公司遗失营业执照正副本,注册号:310120002908263;公章,声明作废
上海东江悦餐饮文化有限公司遗失营业执照正副本,证照编号:10000000201905310100,(01),声明作废
上海音科文化传播有限公司遗失营业执照正副本,编号:27000000201609140356(57),声明作废
上海朵雅教育科技有限公司遗失营业执照正副本,正本证照编号:27000000201803120105,副本证照编号:27000000201803120106,声明作废
剑元贸易(上海)有限公司遗失营业执照正副本,证照编号:15000002201201100031,(32);税务登记证正副本,税号:310115586814203;组织机构代码证正副本,代码:58681420-3;外商投资企业批准证书正副本,批准号:商外资沪浦合字(2011)4186号,声明作废
上海寰翔文化传播有限公司遗失营业执照正副本,证照编号:28000000201506250507,(08);税务登记证正副本,税号:310116342093737;组织机构代码证正副本,代码:34209373-7,声明作废
上海寒草网络科技有限公司遗失营业执照正副本,注册号:310229001367633;税务登记证正副本,税号:310229688734466;组织机构代码证正副本,代码:68873446-6,声明作废
上海卡莫其文化传播有限公司遗失营业执照正副本,注册号:310114002069726;国税通用机打发票100份,代码:131001223361,号码:01246576-01246675,声明作废
上海市浦东新区金杨新村街道来一杯饮品店遗失营业执照副本,经营者:刘平,统一社会信用代码:92310115MA1L7E1431,证照编号:15001820190505012 4;食品经营许可证副本,许可证编号:JY23101150141273,声明作废
大众出租市北分公司遗失发票8卷:33522300349601-700;33522500060201-300;33522603693801-900;33522602563001-100;33521903842201-300;33522602454601-700;33522603589501-600;33522603729901-30000,作废

陆宽传媒 遗失注销减资登报 021-59741361
13764257378(微信同号)