

论竞业限制违约金参照适用民事违约金调整规则

孙浩然

(中国政法大学 民商经济法学院, 北京 100091)

摘要:《劳动合同法》第二十三条规定了用人单位可以与特定劳动者签订竞业限制协议,并可以约定违约金。由于用人单位和劳动者缔约地位、缔约能力差别较大,用人单位常通过设置巨额违约金条款对劳动者经济利益进行不当限制。现行立法确定的竞业限制违约金参照民法规则调整的方法存在障碍,但障碍存在突破的可能。为了突破参照适用的制度障碍,竞业限制违约金调整应分为约定数额调整和履行数额调整两个阶段,并适用不同的调整因素。约定数额调整阶段应考察缔约时劳动者经济状况、用人单位商业秘密、经济补偿金等因素;履行数额调整阶段应考察合同履行过程中的权利滥用和合同基础变化情况。通过构建两阶段的调整模式,可以规范司法裁判,实现劳资利益平衡。

关键词:竞业限制;违约金调整;违约金压力功能;参照适用

中图分类号:D922.5

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2025)03-0048-10

近年来,劳动者携带商业秘密离职并从事竞争性业务的现象频发,这类行为既损害原企业合法权益又扰乱市场竞争秩序。为保护企业的商业秘密,《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)规定了竞业限制制度,允许企业通过与劳动者签订离职竞业限制协议,约束劳动者特定期限内的就业行为。违约金的作用是通过不利后果的预知与警示,促使离职劳动者履行竞业限制协议。^[1]然而,用人单位可能利用缔约优势地位约定高额违约金,使劳动者承担不合理的违约成本和经济负担。^{[2]206}例如,宁德时代新能源科技股份有限公司竞业限制条款规定“按 5 倍年薪或 100 万元较高者计罚”,被质疑构成霸王条款。^①司法实践中,数百万竞业限制违约金案例屡见不鲜。^②劳动是人自我提升的内在动力,是人类社会存在的必然要求,^[3]对自主择业行为的限制不能绝对化。竞业限制制度需平衡劳动者择业自由与用人单位商业秘密保护,这就要求竞业限制违约金被调整至合理范围内。

一、竞业限制违约金调整现状评述

由于劳动者和用人单位之间难以实现有效的意思自治,竞业限制违约金制度自设立之初就存在被滥用的风险。尽管立法机关、司法机关及学术界对竞业限制违约金问题已多有探讨,但目前仍缺乏系统化的解决机制。

(一)立法对参照适用民事违约金规则的路径选择

经多年探索,我国立法最终确立了参照适用民法违约金调整规则来调整竞业限制违约金的路径。《中华人民共和国劳动合同法(草案)》(以下简称《劳动合同法(草案)》)第十六条曾将竞业限制违约金的

收稿日期:2024-12-19

作者简介:孙浩然(1997—),男,河南信阳人,中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

① 参见翟元元. 大厂竞业协议:离职福利,还是霸王条款? [EB/OL]. [2024-12-18]https://www. thepaper. cn/newsDetail_forward_25805901,

② 参见湖北省武汉市中级人民法院(2020)鄂 01 民终 5813 号民事判决书、山东省济南市中级人民法院(2020)鲁 01 民终 5935 号民事判决书、山东省济南市中级人民法院(2019)鲁 01 民终 9079 号民事判决书。

上限设定为经济补偿金的三倍,该条款引起广泛争议:劳动者群体认为违约金标准应与补偿金持平,三倍标准过高;部分用人单位则担心低额违约金无法阻止同行恶意竞争,要求提高限额并增设劳动者损害赔偿赔偿责任。^①最终出台的《劳动合同法》并未保留违约金限额,只是原则性规定了劳动者违反竞业限制的违约金责任。这一立法选择表明,立法者有意搁置对违约金数额合理性的讨论,转而交由司法裁量实现个案公平。《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)(征求意见稿)》(2011年8月)第十三条曾尝试确立竞业限制违约金调整的参照适用规则,规定当违约金显著偏离实际损失时,经用人单位或劳动者请求,法院应当参照《合同法》第一百一十四条以及《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)》(以下简称《合同法解释(二)》)第二十八、第二十九条处理。但最终生效的《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)》(以下简称《劳动争议司法解释(四)》)并未保留该规定。直到2016年《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》(以下简称《八民纪要》)出台,才明确竞业限制违约金可参照《合同法解释(二)》第二十九条调整。随着《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的施行,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称《民法典合同编通则司法解释》)第六十五条已取代原《合同法解释(二)》第二十九条,成为违约金调整的法律依据。^②立法虽确立了参照适用民法规则的路径,但尚未解决规范适配性问题。竞业限制协议在缔约主体、履行方式和违约损失等方面与一般民事合同存在差异,这要求司法机关在参照适用民法违约金调整规则时予以相应调适。

(二)司法实践对参照适用的忽视

虽然《八民纪要》明确了竞业限制违约金调整的参照适用路径,但在司法实践中,仍以法官自主确定的调整因素为主要裁判依据。笔者通过“北大法宝”数据库以“竞业限制”“违约金过高”为复合关键词进行检索,筛选出2020年5月6日至2025年5月6日的二审判决书370份。在排除关联判决后,对随机抽取的100份判决进行统计分析,发现在调整因素方面,以“劳动者收入”和“经济补偿金”为核心因素的判决分别占34%和29%,而严格以“实际损失”为核心因素的判决仅占20%,其余17%的判决涉及其他复合因素。该数据表明,竞业限制违约金的司法调整脱离了民法以实际损失为核心的违约金调整模式,转而采取以公平原则为基础的新型调整模式。在此模式下,司法表现出积极干预倾向,具体体现为违约金调整判决比例高、调整幅度大。在100份判决中,71%的判决支持违约金调整,仅29%的判决拒绝调整违约金。在支持违约金调整的判决中,77%的判决违约金调整幅度超过约定金额的50%,其中25%的判决违约金调整幅度大于90%。法官通过自由裁量权调整违约金虽具现实合理性,但缺乏法律依据的过度干预亦衍生出三重问题。首先,高频大幅度调整违约金使当事人意思自治虚置,这与《劳动合同法》第二十三条确立的违约金约定制度相悖;其次,调整标准的模糊性扩大了法官的自由裁量权,司法裁判可预期性降低;^③最后,法律依据援引混乱,部分法院参照民法规则裁判,^④另部分法院则无明确依据径行裁判,导

^① 参见全国人大常委会办公厅新闻局:各地人民群众对劳动合同法草案的意见(一)[EB/OL].[2024-12-18].http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/lfgz/lfdt/2006-03/27/content_348050.htm.

^② 《民法典合同编通则司法解释》第六十五条规定:“当事人主张约定的违约金过分高于违约造成的损失,请求予以适当减少的,人民法院应当以民法典第五百八十四条规定的损失为基础,兼顾合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景等因素,遵循公平原则和诚信原则进行衡量,并作出裁判。约定的违约金超过造成损失的百分之三十的,人民法院一般可以认定为过分高于造成的损失。”

^③ 在存在合理酌减因素的情况下,法官对违约金的酌减程度很难被证明是错误的。在笔者所统计的71个支持酌减的判决中,只有两个判决中二审法院对一审法院确定的违约金数额进行调整,且再次调整的理由并不明确具体。参见北京市第一中级人民法院(2020)京01民终4980号民事判决书、河北省沧州市中级人民法院(2020)冀09民终2844号民事判决书。

^④ 参见上海市第一中级人民法院(2020)沪01民终11229号民事判决书;参见江苏省泰州市中级人民法院(2021)苏12民终218、219号民事判决书、河北省沧州市中级人民法院(2020)冀09民终3073号民事判决书。

致法律适用不统一。^①

(三)学界关于调整方法的观点及存在的问题

目前学界主流观点主张通过建立违约金和经济补偿金的倍数关系限制违约金数额。^{[4]155} 该调整方式旨在构建劳资双方权利义务的对等关系。^{[4]155} 以倍数确定的违约金本质上是惩罚性违约金。这类违约金超过了违约造成的实际损失,难以实现劳资利益平衡的立法目的。^[5]“没有意思自治,就没有惩罚性违约金。”^[6]在劳动关系中,用人单位和劳动者在议价能力、经济地位等方面存在结构性差异,劳动者为维持生计往往被迫接受不公正的惩罚性违约金条款。基于劳动者权利保护的立场,劳动法学界通说否认惩罚性违约金在劳动关系中的合法性,仅承认赔偿性违约金的适用空间。^[7]此外,经济补偿金和违约金的倍数关系缺少法理支撑。支持该模式的学者对于具体倍数关系也存在分歧:有观点认为应采用《劳动合同法(草案)》的三倍经济补偿金总额上限,^{[2]210} 另有观点则认为应以五倍经济补偿金总额为违约金上限。^{[4]154} 事实上,不论三倍或者五倍标准都缺乏理论基础,只能依靠立法强制规定。然而,我国《劳动合同法》立法过程中已经充分讨论并放弃了补偿金倍数模式,最终选择了参照适用民法违约金调整规则。在此背景下,重新构建竞业限制违约金法定限额的可能性已微乎其微。

二、竞业限制违约金参照适用民法规则的主要障碍及突破可能

规则之间的“参照适用”首先要考量规范对象的相似性。^[8]竞业限制协议和一般民事合同的区别与联系影响着参照适用的程度以及规则调整的方向,参照适用存在障碍但也具备突破的可能。

(一)竞业限制违约金参照适用民法规则的主要障碍

竞业限制违约金和一般民事违约金之间的区别造成了规则参照适用的障碍。这种障碍不仅使过高竞业限制违约金无法调整,劳动者权利受损害,还导致法官脱离民法违约金调整规则的约束,引发司法调整乱象。

1. 劳动者和用人单位在缔约时缺少对竞业限制违约金条款的协商

在民事合同中,违约金过高问题本质上是违约金与担保利益不等价的问题。^[9]利益不等价既可因约定不公而发生,也可因履行时意外事件而发生。民事主体地位平等,如果约定利益不相等,可视为合同自由的结果而无需调整。民法只调整因履行发生的利益不等价的情况。然而,在竞业限制协议的缔约过程中,由于用人单位处于优势地位,其更倾向于订立高额竞业限制违约金。^{[10]68} 劳动者为获得工作机会,往往被迫接受不合理的竞业限制违约金条款。^[11]同时,为表明履行竞业限制协议的决心,劳动者也往往不愿和用人单位就竞业限制违约金条款过多磋商。再者,竞业限制协议成立和生效时间通常间隔较长,劳动者在签署协议时多认为自己可以履行义务,而难以预见数年后可能发生的违约及责任问题。

2. 违约损失因素的缺失

竞业限制制度是保护商业秘密的预防性制度,^[12]劳动者存在竞业行为即构成违约。违反竞业限制协议和侵犯商业秘密分别属于违约行为和侵权行为,两者没有必然联系。^[13]商业秘密损失是侵权行为的后果,而非违约损失。违约损失的缺失导致竞业限制违约金适用民法违约金规则存在障碍。民法违约金规则以损失填平原则为核心,违约损失是判断违约金是否过高的关键标准。^[14]若违约损失不存在,依照补偿性违约金的规则,任何数额的违约金都无法成立。同时,惩罚性违约金又因为劳动者意思自治受限而难以适用。

3. 功能定位上的差异

违约损失的缺失使竞业限制违约金在功能定位上不同于一般民事违约金。民事违约金调整制度以

^① 参见北京市第一中级人民法院(2021)京01民终2453号民事判决书、上海市第一中级人民法院(2020)沪01民终13532号民事判决书、山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01民终5950号民事判决书。

违约金损失补偿功能为基础,旨在预估违约损失并减轻违约相对方的举证责任。若违约金严重超出实际损失,则违背损失补偿的制度目的。^{[10]292}然而,当违约损失发生概率较小而双方仍约定违约金时,应当认定压力功能是缔约目的,补偿功能不再重要。^[15]竞业限制违约金的设定并非为了补偿损失,而是通过压力功能促使劳动者履约。《劳动合同法》原则上禁止劳动者承担违约金责任,但例外允许约定竞业限制违约金,以对劳动者施加履行压力。然而,部分法院生硬套用民法规则,以用人单位无法证明实际损失为由酌减违约金,^①这种做法忽视了两类违约金在功能定位上的差异,因而导致裁判不公。

(二)竞业限制违约金参照适用民法规则障碍之突破可能

竞业限制违约金参照适用民法规则的障碍存在突破的可能。竞业限制关系本身属于私法关系,适用民法规则不存在绝对的壁垒。违约金过高和违约金功能差异问题可以在法律适用的过程中得到调整与解决。

1. 竞业限制关系和民事法律关系的融合为突破参照适用障碍创造条件

一般情况下,私法是规定平等主体关系的法律领域,但这种界定并非绝对。例如,劳动法作为特别私法,即规定了非独立雇员的特殊法律关系。^[16]民法现代化的过程中接纳了民事主体关系的不平等性,^[17]平等关系和隶属关系的区分已经不适合作为公法和私法的界线,^{[18]3}是否有公权力参与已成为公法与私法区分的主要界线^{[18]5-6}。私法与民法之间,并不存在原则上的对立。^{[19]17}劳动法所包含的社会保护因素并未使劳动法脱离民法,而是产生了对民法进行社会化改造的需求。^[20]竞业限制关系同样具有民事法律关系的特征:一方面,其缺乏劳动关系的劳动给付特征,但具有民事法律关系的意思自治特征;另一方面,其发生于劳动者离职以后,不具有劳动关系的集体性特征,而具有民事法律关系的个体性特征。

2. 约定数额合理性审查可以突破缔约地位不平等的障碍

“违约金条款因数额过高而存在效力瑕疵”与“过高违约金金额酌减”属于不同层次的问题。^[21]如果先对约定数额的合理性进行审查,消除违约金条款效力瑕疵,则可以适用民法规则酌减违约金。合理性审查以公平原则为基础,调整的依据是约定违约金产生的履约压力是否合理。经此审查,劳动者缔约时意思自治受限的问题得以解决,但尚不能将之作为最终生效的违约金数额。违约金数额有必要根据履行情况再次调整,以维护压力功能。调整的基础则是诚信原则。基于公平原则的违约金缔约调整和基于诚信原则的违约金履行数额调整相互独立,在效力与效果上均不相互影响。^{[22]100}

3. 竞业限制违约金的压力功能可以突破违约损失缺失的障碍

可从违约金压力功能视角突破违约损失缺失障碍。违约金产生的履约压力是契约双方建立信赖关系的重要前提。^[23]劳动法学者普遍否认惩罚性违约金在劳动关系中的适用性,但肯定了违约金能够约束双方当事人的行为,从而保障劳动合同的履行。^[24]这是因为竞业限制违约金的压力功能促进了劳资双方的相互信赖。压力功能的限度由债权人的履行利益和债务人自身的承受能力决定。如果双方约定的违约金金额过分高于债权人的履行利益或者过分高于对债务人产生合理压力的数额,则可以通过调整违约金数额使压力功能维持在合理的范围内。根据违约金的压力功能,违约金请求权产生于债务人对违约金所担保义务的违反,是否产生实际损害以及损害的大小并非违约金请求权的构成要件。^[25]

4. 竞业限制违约金的压力功能并未超出民事违约金功能的范畴

如前所述,民事违约金以损失补偿功能为基础,竞业限制违约金以压力功能为基础,两种违约金在功能上存在差异。但民事违约金事实上也具备压力功能。根据民事违约金调整规则,实际损失和违约金数额的差异是启动违约金调整的核心判断因素,但“合同主体”“交易类型”“合同的履行情况”“当事人的过错程度”“履约背景”等因素也是确定违约金合理数额的重要考量因素。这些因素作为违约金调整的考量

① 参见湖北省武汉市中级人民法院(2020)鄂01民终9099号民事判决书、江苏省泰州市中级人民法院(2021)苏12民终218号、219号民事判决书、北京市第一中级人民法院(2021)京01民终2453号民事判决书。

因素是违约金合理压力功能的体现。民事违约金只是对损失的预估,并未将压力功能相关的因素作为核心判断标准。竞业限制违约金的定位是产生合理的履约压力,可以将压力功能相关的因素作为核心判断标准,从而变通适用民事违约金调整规则。

三、竞业限制违约金参照适用民法规则的“二阶段”总体路径

由于参照适用的障碍,调整竞业限制违约金时应对民法规则进行变通。鉴于导致违约金调整的因素可能产生于合同订立或者履行阶段,故将违约金调整分为约定数额调整和履行数额调整。民法认可订立违约金的意思自治,违约金调整的因素集中于合同履行的过程以及违约损害结果,属于履行数额调整。劳动者签订竞业限制协议的意思自治受限,除履行数额调整外,违约金约定数额亦有调整的必要。与一般民事违约金在一个阶段适用多重调整因素不同,竞业限制违约金调整应采取“二阶段”的总体路径:第一阶段为约定数额调整,将约定违约金调整至产生合理履行压力的数额;第二阶段为履行数额调整,根据合同履行以及违约情况进一步调整违约金数额。通过区分两个阶段的调整因素,既可以平衡劳资双方利益关系,又可以限制法官的自由裁量权。

(一)竞业限制违约金的约定数额调整

现代民法意识到,在用人单位与劳动者等特定主体之间,平等性和互换性已经丧失,为实现实质正义,这类主体之间契约的内容应受到干预。^{[26]21-24} 私法自治的核心是“自我决定”,如果一方当事人凭借强大的势力,在事实上单方决定契约的内容,则对方当事人签订的契约就并非出于自我决定。当契约一方当事人实际上有能力规避自由竞争所带来的压力时,契约即异化为其统治他方之工具,此乃契约自由的制度性权利滥用。^{[27]46} 梅迪库斯指出,在劳动法中,意思自治在涉及雇员利益时应受限制。^{[19]10} 当雇主利用缔约优势地位导致雇员的基本权利受损害时,国家有义务调整此种契约不平衡状态。^[28] 当然,任何为保护一方当事人而对契约自由施加的限制,都有可能造成更多的不公正。在竞业限制关系中,存在劳动者的择业自由和用人单位法定权利之冲突,违约金调整应使二者达到平衡状态。

竞业限制违约金约定数额调整的最终效果是对劳动者施加合理的履约压力,其合理性的参考标准包括五种因素。其一,劳动者的经济承受能力。经济承受能力的判断应以劳动者在原用人单位所得收入为依据,而与劳动者自身财富积累无关。收入反映了违约金对劳动者生存权的影响,对低收入劳动者适用高额违约金可能威胁其生存。其二,劳动者所接触商业秘密的价值。竞业限制协议仅为商业秘密保护的预防性协议,违约金不应超过劳动者掌握的商业秘密本身的价值。其三,劳动者对用人单位负担的伦理义务。竞业限制关系本质上是劳动伦理关系的延伸,其有效性与合理性源于所继承的劳动关系。^[29] 职位高、工作年限长的员工与用人单位之间的伦理关系更为紧密,其承担较高违约金数额较为合理,反之则不应承担高额违约金。其四,用人单位对劳动者的补偿金。用人单位补偿金义务作为用人单位获得竞争利益的代价以及对劳动者牺牲工作机会的补偿,与劳动者违约金责任存在关联性。如康芒斯所言,合法的财产取得不能基于盗窃或者欺骗,而必须给付一定代价,作为所得利益的交换。^[30] 其五,竞业限制协议的签订时间。若竞业限制协议于劳动关系结束前签订,劳动者因协议签订及劳动关系继续所获一切利益均为劳动者接受竞业限制的条件,违约金应当与工资、工作岗位、劳动合同期限、经济补偿金等复合利益平衡。若协议在劳动关系结束后签订,则仅涉及劳动者竞业限制义务和用人单位支付补偿金之间的平衡。

(二)竞业限制违约金的履行数额调整

约定数额调整后,应以诚信原则为价值基础,考虑合同履行过程中的因素,进一步调整违约金数额,^[31] 这一过程被称为“抽象自愿性和个案妥当性的调节器”。^{[22]101} 诚信原则要求竞业限制协议的双方诚信地行使权利和履行义务,不得以不合理的行为造成对方的不利益。诚信原则的实现方式是赋予法官衡平权,当发生特殊情况使当事人间的利益关系失去平衡时,由法官调整以恢复利益平衡。^[32] 在酌减因素中,用人单位经济补偿金的支付情况、劳动者违约过错程度均影响履行数额的判断;劳动合同的解除原

因、用人单位商业秘密的变化情况则属于可能影响利益平衡的事实。

违约金履行数额调整因素可以归纳为两种类型。其一,因权利滥用而调整违约金。这类违约金调整本质上是对行使既存权利的审查,并不涉及权利本身的有效性。根据权利禁止滥用规则,权利的“滥用”仅指其行使方式被法律禁止,而权利本身仍可依法通过其他正当方式行使。^[33]竞业限制协议不得过度限制劳动者的择业自由,但若劳动者以损害用人单位商业秘密的方式行使择业自由权,则应承担更重的违约金责任。同理,竞业限制协议赋予了用人单位保护商业秘密的权利,但若用人单位滥用权利,随意解雇劳动者,拒绝支付经济补偿金,则违约金应被酌减。其二,因合同基础变动而调整违约金。若用人单位依据《劳动合同法》规定解除劳动合同并支付经济补偿金,可认定为因用人单位原因解除劳动合同。此时用人单位虽不存在滥用权利之情形,但毕竟因其原因导致劳动合同提前终止,使竞业限制协议所依据的客观基础发生变动,法官可根据双方权利平衡状况决定是否酌减违约金。

(三)二阶段竞业限制违约金调整因素的区分与实益

违约金约定数额调整阶段和违约金履行数额调整阶段违约金调整考量的因素不同。约定数额调整阶段的调整因素为劳动者的工作年限、工资和职位,用人单位商业秘密的价值以及经济补偿金数额。履行数额调整阶段主要考虑双方是否诚信地履行合同,以及特殊事由的发生是否导致履行结果的不公正,调整因素包括劳动者违约过错、经济补偿金的支付情况,以及劳动合同的解除原因。实际损失是民法违约金调整的主要考量因素,不适用于竞业限制违约金的调整。

两阶段调整因素区分适用具有裁判上的实益。一方面,可以防止两类因素的相互影响,确保两类调整因素均被合理评价。两个阶段违约金调整的原理不同,混同适用不仅无法体现各因素对违约金数额的影响,还会使法官拥有过大的自由裁量权。^①混同适用在实践中导致竞业限制违约金数额调整的裁判说理简略,且二审改判率非常低。另一方面,区分两类调整因素有利于违约金的司法干预与当事人的意思自治平衡。在缔约阶段,竞业限制协议因双方缔约地位不平等,容易产生违约金过高问题,需要司法积极调整违约金的约定数额。但在履行阶段,竞业限制协议和一般民事合同区别不大,违约金应“以不酌减为原则,以酌减为例外”,从而限制法官的自由裁量权,保护意思自治。^[34]

四、竞业限制违约金参照适用民法规则的具体方式

在“二阶段”总体路径确立的基础上,需进一步讨论各阶段如何参照适用民法违约金调整规则,以实现竞业限制违约金的合理数额。

(一)竞业限制违约金约定数额调整阶段对民法规则的参照适用

《民法典合同编通则司法解释》第六十五条将“合同主体”和“交易类型”列为违约金数额调整依据。2009年《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第七条则将“当事人的缔约地位强弱”“是否适用格式条款”规定为调整违约金的考量因素。通过区分合同主体和缔约状况以及引入公平原则,解决了传统民法忽略个体实现自由能力差异的问题,^[35]体现了从形式主义转向实质正义的现代民法理念。^[26]²⁵民法的社会化改造使民法规范与劳动法规范产生功能上的耦合,为解决劳动者缔约地位失衡问题提供了规范基础。

部分民法违约金调整规则在经过具体化之后可适用于竞业限制违约金的调整:其一,在“合同主体”规则下,确定“用人单位商业秘密保护的重要程度”和“劳动者的经济承受能力”为竞业限制违约金的调整因素。用人单位对商业秘密的保护需求并不相同,商业秘密的重要性直接关系到以违约金预防侵权的必要性以及数额的合理性。违约金的合理数额同样应根据劳动者的经济情况加以调整,避免过高违约金导

^① 当下竞业限制违约金调整的司法实践常常将所有酌减因素一并列举,并直接得出结论。这种方式使法官裁判不受法律规则约束,且判决合理性难以审查。

致劳动者生活陷入困境。其二,在“当事人的缔约地位强弱”规则下,确定“劳动者的职务或地位”为竞业限制违约金的调整因素。劳动者通常处于缔约弱势地位,但劳动者之间的缔约地位存在差异。没有特别技能且不承担管理职能的普通劳动者,其职位可替代性较强,在缔约选择上受制于用人单位,且这类劳动者往往无法接触重要的商业秘密,侵权可能性较小,应严格限制违约金数额。而掌握重要技术或商业秘密的核心技术人员或高管,其缔约地位与雇主接近,^[36]其违约行为可能造成用人单位商业秘密的严重损失,可允许约定较高数额的违约金。其三,在公平原则的指导下,确定劳动者“工资”“工作年限”和“经济补偿金”作为竞业限制违约金合理性调整因素。Nordenfelt v. Maxim, Nordenfelt Guns and Ammunition Co案确立了考虑竞业限制对价相当性的先例,对价在此案中被作为判断竞业限制合理性的重要因素。^①民法的公平原则要求交易不仅应具有相互性,还应当具有等价性。^{[37]60}在双方缔约地位不平等的前提下,竞业限制中的等值交换应属于客观等值交换,即法律直接判断对所给付的公平性,并对双方的权利义务关系加以调整。^{[37]61}劳动者签订竞业限制协议并承担竞业限制义务不仅以经济补偿金为对价,还需以签订劳动合同并获得劳动报酬为前提。基于公平原则,竞业限制义务和违约金的等值对象应当是劳动者因劳动合同所获利益和经济补偿金共同形成的利益束。

(二)竞业限制违约金履行数额调整阶段对民法规则的参照适用

与约定数额调整阶段不同,履行数额调整阶段由法官根据合同履行的具体情形对竞业限制违约金进行调整,此为第二次调整。该阶段对民法违约金调整规则的参照适用,主要体现为以下要点。

1. 劳资双方过错作为竞业限制违约金的调整因素

我国违约责任虽采无过错归责原则,但过错可以影响违约责任范围。以双方过错程度分担违约责任符合法理。^[38]《民法典合同编通则司法解释》第六十五条明确将当事人的过错程度作为违约金调整的考量因素之一:违约人的过错与违约金酌减成负相关,违约相对人过错与违约金酌减成正相关。劳动者离职前联系竞业公司、离职后立即进入竞业公司工作、故意隐瞒就业情况、骗取经济补偿金等行为可以认定为存在违约过错,应限制或排除违约金酌减。^[39]例如,在“吉某与上海合全药业股份有限公司竞业限制纠纷案”中,法院以“吉某在离职后一直声称未就业,其存在违反竞业限制义务的主观恶意”为理由之一拒绝酌减违约金;^②在“唐某、腾讯科技(深圳)有限公司劳动合同纠纷案”中,法院以“劳动者对骗取补偿金的过错”为理由之一拒绝酌减违约金。^③劳动者如果及时纠正违约行为并消除影响,则可能被认定为违约过错程度较低,并会因此酌减违约金。例如,在“赵爽、沧州环球优学文化传播有限公司劳动争议案”中,法院以被告“承认了错误,而且也未开展业务,并主动申请注销登记”为由,认为其违约过错较轻,并结合其他因素将违约金从500 000元酌减为9 000元。^④对于单纯的竞业行为,不能直接认定存在恶意,只有当违约同时存在泄露商业秘密、抢走固定客户、大量挖角员工等行为时,才构成恶意违约。^{[27]129}

除了劳动者违约过错外,用人单位过错也是酌减违约金的考量因素。用人单位过错的表现之一是违反经济补偿金义务。在竞业限制关系中,劳动者承担竞业限制义务意味着其无法凭借专业技能获得与自身能力相匹配的报酬,可能造成收入锐减甚至影响正常生活。^[40]经济补偿金的作用在于通过一定程度的补偿,避免离职雇员及其家属的生活水平受到严重影响。^[41]用人单位违反经济补偿金义务,不仅造成劳动者的经济损失,还可能导致劳动者陷入无法正常生活的窘境,进而迫使劳动者采取竞业行为以提高收入水平。此时应认定用人单位对劳动者的违约行为存在混合过错,可酌减违约金。^[42]在竞业限制的司法实践中,“双方过错”已被部分法院纳入违约金调整的考量因素,^⑤有的法院则直接因为用人单位未按期

① See Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co, (1894) AC 535.

② 参见上海市第一中级人民法院(2019)沪01民终9796号民事判决书。

③ 参见广东省深圳市中级人民法院(2020)粤03民终16347号民事判决书。

④ 参见河北省沧州市中级人民法院(2020)冀09民终3073号民事判决书。

⑤ 参见山东省青岛市中级人民法院(2019)鲁02民终3158号民事判决书。

支付经济补偿金而酌减劳动者违约金责任。^①

用人单位过错的表现之二是提前解除劳动合同。比较法上,大部分国家认可竞业限制协议与劳动合同之间存在效力关联,认为雇主滥用解雇权后仍要求劳动者继续承担竞业限制义务显失公平。^[43]但我国《劳动争议司法解释(四)》第七条明确规定竞业限制协议的履行不受劳动合同解除的影响。这一规定可能产生不公正的结果。若用人单位在劳动者工作一个月后即解雇,劳动者却要承担最长两年的竞业限制义务,显然有失公平。在此情形下,违约金的酌减可在一定程度上实现结果公正。具体而言,法院可以结合劳动者在用人单位的实际工作时间决定违约金的酌减程度,避免劳动者只工作了极短时间,却因用人单位提前解除劳动合同而承担沉重的竞业限制义务。如在“山东龙某某电器有限公司与谭某某劳动争议案”中,法院以“谭某某在龙某某公司的工作年限、工资发放情况”为参考因素,将竞业限制违约金从600万元减为12万元。^②

2. 履行情况作为竞业限制违约金的调整因素

在比较法上,部分履行酌减规则独立于违约金过高酌减规则而存在。《法国民法典》第一千二百三十一条第二款规定了法官在违约金明显过高或者过低时调整违约金的职权,该条第三款则规定了债务人部分履行时,法官根据履行产生的利益按比例减少违约金的职权,两项职权的行使并不相互影响。^[44]史尚宽认为,“如按债权人因一部履行所受之利益,而其约定违约金过高者,亦得依民法第二百五十二条之规定酌减其违约金。”^[45]依这种观点,法国民法典中部分履行酌减违约金并非依比例酌减,其原理在于部分履行使债权人获益,使违约实际损失减少,进而符合违约金过高的酌减条件。

我国《民法典》第五百八十五条第二款只规定了违约金过高的酌减规则,未明确部分履行时的违约金酌减规则。但两种酌减因素实质上具有同源性:部分履行所生利益本质上是债权人因违约所受损失的逆向计算,违约金调整标准仍以实际损失为基础。^[46]我国《民法典合同编司法解释》第六十五条明确规定“合同的履行情况”属于依《民法典》第六十五条第二款进行调整时的综合衡量因素,该条规则确认了部分履行酌减和实际损失酌减的同源性。

一般民事违约金以补偿损失为主要功能,合同部分履行通过减少实际损失而成为酌减违约金的理由。竞业限制协议的主要功能并非对实际损失进行的补偿,而是产生履行的压力。因此部分履行时应考察履约压力需求的变化,而非计算利益得失。竞业限制协议履行期的实质是劳动者所掌握用人单位商业秘密的脱密期。^[47]经过脱密期,劳动者掌握商业秘密的价值减小,竞业限制违约金产生的履行压力应当相应减小。在我国竞业限制司法实践中,“合同的履行情况”已经被法院普遍采纳为竞业限制违约金的调整因素。^③

五、结论

竞业限制违约金与一般民事违约金存在区别也存在联系,在参照适用一般民事违约金规则时需要调整因素进行特别的司法解读,以实现违约金最终数额的公平公正。竞业限制违约金调整的二阶段路径不仅能够解决竞业限制司法实践面临的现实问题,也为其他不平等关系中违约金的调整探索了道路。违约金的数额能够直接反映出缔约双方的地位差距,不平等关系中普遍存在约定违约金过高的问题,必须先将约定违约金本身调整到产生适当履行压力的数额,然后再根据合同履行情况对违约金数额进行最终的调整。

① 参见河南省周口市中级人民法院(2020)豫16民终2672号民事判决书、山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01民终5935号民事判决书、山东省烟台市中级人民法院(2019)鲁06民终6815号民事判决书。

② 参见山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01民终5935号民事判决书。

③ 参见上海市第一中级人民法院(2020)沪01民终13420号民事判决书、浙江省绍兴市中级人民法院(2019)浙06民终3055号民事判决书、北京市第二中级人民法院(2019)京02民终2292号民事判决书。

参考文献:

- [1] 陈自强. 违约责任与契约消解[M]. 台北:元照出版公司,2016:202.
- [2] 王博. 竞业限制制度研究——以权利冲突及其化解为视角[M]. 武汉:武汉大学出版社,2016.
- [3] 程志波,匡倩. 恩格斯“人的两次提升”思想刍议[J]. 山东科技大学学报(社会科学版),2022(1):37.
- [4] 冯辉. 整体主义视野下离职竞业限制违约金的法律治理[J]. 清华法学,2023(2).
- [5] 姚栋财. 竞业限制违约金的惩罚性定位[J]. 人民司法,2021(13):95.
- [6] 梅龙生. 我国惩罚性违约金制度的理论反思和重构[J]. 河南财经政法大学学报,2017(3):78.
- [7] 董保华,于海红. 劳动合同违约金立法评析[J]. 中国劳动,2005(2):42.
- [8] 张弓长.《民法典》中的“参照适用”[J]. 清华法学,2020(4):112.
- [9] 王洪亮. 违约金酌减规则论[J]. 法学家,2015(3):143.
- [10] 姚明斌. 违约金论[M]. 北京:中国法制出版社,2018.
- [11] 林嘉,杨飞. 劳动合同解除中的经济补偿金、违约金和赔偿金问题研究[M]//林嘉. 劳动法评论(一). 北京:中国人民大学出版社,2005:37.
- [12] 王显勇. 竞业限制法律制度完善研究[J]. 财经理论与实践,2017(6):140.
- [13] 邓恒. 论商业秘密保护中竞业禁止协议的法律性质[J]. 西南民族大学学报(人文社科版),2018(2):103.
- [14] 陈龙业. 违约金调整的规则体系——以《合同编通则解释》第65条为切入点[J]. 环球法律评论,2024(2):49.
- [15] 覃榆翔.《民法典》视阈下违约金司法酌减规则的区分适用论[J]. 财经法学,2023(3):138.
- [16] 汉斯·布洛克斯,沃尔夫·迪特里希·瓦尔克. 德国民法总论:第41版[M]. 张艳,译. 北京:中国人民大学出版社,2019:11-13.
- [17] 梁慧星. 从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾[J]. 中外法学,1997(2):24.
- [18] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论:上[M]. 王晓晔,邵建东,程建英,等,译. 北京:法律出版社,2003.
- [19] 迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东,译. 北京:法律出版社,2013.
- [20] 沈建峰. 劳动法作为特别私法《民法典》制定背景下的劳动法定位[J]. 中外法学,2017(6):1514.
- [21] 洪莹容. 劳动契约中违约金条款之合法性探讨[J]. 世新法学,2019(13):36.
- [22] 姚明斌.《民法典》违约金规范的体系性发展[J]. 比较法研究,2021(1).
- [23] 张厚东. 论违约金的履约担保功能——兼论违约金酌减规则[J]. 财经法学,2023(3):150.
- [24] 姜颖. 劳动合同违约金存在的问题及立法构想[J]. 法律适用,2006(6):43.
- [25] 王洪亮. 违约金请求权与损害赔偿请求权的关系[J]. 法学,2013(5):117.
- [26] 梁慧星. 从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾[J]. 中外法学,1997(2).
- [27] 林更盛. 论契约控制——从罗尔斯的正义理论到离职后竞业禁止条款的控制[M]. 台北:翰蘆图书出版有限公司,2009.
- [28] 李建良. 竞业禁止与职业自由[J]. 台湾本土法学杂志,2000(15):4.
- [29] 秦国荣. 约定竞业限制的性质判定与效力分析[J]. 法商研究,2015(6):118.
- [30] 约翰·罗杰斯·康芒斯. 制度经济学:上[M]. 于树生,译. 北京:商务印书馆,1962:77.
- [31] 许德风. 违约金司法酌减的依据及其限度[J]. 法学,2024(4):117.
- [32] 徐国栋. 诚实信用原则的概念及其历史沿革[J]. 法学研究,1989(4):55.
- [33] 王泽鉴. 民法总则[M]. 北京:北京大学出版社,2014:527.
- [34] 王利明. 过分高于损失:违约金调整的基本标准——以民法典第585条第2款为中心[J]. 法学研究,2024(6):114.
- [35] 谢鸿飞. 民法典与特别民法关系的建构[J]. 中国社会科学,2013(2):106.
- [36] 谢增毅. 公司高管的劳动者身份判定及其法律规则[J]. 法学,2016(7):96.
- [37] 易军. 民法公平原则新论[J]. 法学家,2012(4).
- [38] 吴志宇. 论合同法与有过失规则适用的基本路径[J]. 山东科技大学学报(社会科学版),2023(5):45.
- [39] 段修平. 离职竞业限制违约金酌减的困境与纾解[J]. 山东工会论坛,2021(4):97.
- [40] 林嘉. 劳动法的原理、体系与问题[M]. 北京:法律出版社,2016:198.
- [41] 郑尚元. 员工竞业禁止研究[J]. 现代法学,2007(4):80.

- [42] 韩世远. 合同法总论: 第四版[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 834.
- [43] 郑爱青. 从英法劳动法判例看劳动法上的忠实义务与竞业限制条款——对我国《劳动合同法》规范竞业限制行为的思考和建议[J]. 法学家, 2006(2): 144-145.
- [44] 法国民法典[M]. 罗结珍, 译. 北京: 北京大学出版社, 2023: 661.
- [45] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 523.
- [46] 雷继平. 违约金司法调整的标准和相关因素[J]. 法律适用, 2009(11): 24.
- [47] 谢德成. 涉密型雇员流动的法律规制[J]. 法学, 2021(8): 180.

Applying the Civil Law Rules to Adjust Damages for Breach of Non-Compete Agreements

SUN Haoran

(Civil, Commercial and Economic Law School, China University of Political Science and Law, Beijing 100091, China)

Abstract: Article 23 of the *Labor Contract Law of People's Republic of China* stipulates that an employer may enter into a non-compete agreement with a specific employee and specify liquidated damages for breach of the agreement. Given the significant disparity in status and negotiating power between employers and employees, employers often impose substantial liquidated damages, which threatens the basic economic interests of employees. Although the current statutory referral mechanism for adjusting non-compete penalties to civil law rules encounters impediments, these impediments are demonstrably surmountable. To surmount these impediments, the adjustment of non-compete liquidated damages should be divided into two stages: adjustment of the agreed-upon amount and adjustment of the performance amount. Factors, such as “contracting parties”, “negotiating strength”, “fault”, and “performance”, should be specifically applied to the adjustment process in both stages.

Key words: non-compete; adjustment of liquidated damages; pressure imposed by liquidated damages; applying by reference

(责任编辑: 董兴佩)

(上接第 47 页)

On the Legal Protection of Personal Information in the Digital Age

LI Fengxia, LI Chuqing

(School of Humanities and Law, China University of Petroleum, Qingdao, Shandong 266580, China)

Abstract: In the digital age, personal information has become an essential medium for the life, production activities and social interactions of natural persons. However, in practice, frequent occurrences of information handlers illegally obtaining, arbitrarily disclosing, and excessively using personal information severely infringe upon individuals' rights to their information. The widespread application of big data technology gives information handlers a significant advantage in data control, making such infringements often highly concealed. Moreover, the severe imbalance in the ability to provide evidence between information subjects and handlers poses a serious challenge to the private law protection of personal information. Although the *Civil Code* and the *Personal Information Protection Law* have stipulated liability for personal information infringement, there are still issues with rigid application in judicial practice. To address this, it is necessary to further standardize the application of liability for personal information infringement. In this context, it is imperative to introduce the principle of non-fault liability, and to establish a dual liability framework that includes both the principles of fault and no-fault liability. This involves revising the traditional “Discrepancy Theory” to accurately clarify the boundaries of personal information infringement. Furthermore, to protect personal information rights in the digital age, it is also essential to enhance the mechanisms for calculating compensation for mental damages, which can be achieved by determining the scope of damages and clarifying the factors to be considered in such calculations.

Key words: digital era; personal information; principle of attribution; compensation for mental damages

(责任编辑: 董兴佩)