

竞业和侵权，离职创业人员需要关注的两大风险

创业企业最核心的资产往往是创业团队及其在研技术。离职创业的团队或多或少是“站在巨人的肩膀上”，其核心人员通常已在业内浸淫多年，甚至担任过龙头企业的核心岗位，他们的创业方向和在研技术也很难避免去借鉴既往工作的经验。因此，来自原单位关于竞业和侵权的诘问和索赔，不时成为创业企业“成长的烦恼”。近年来市场上原单位和离职创业团队的纠纷时有发生，最近比较知名的案例包括某知名信息技术公司起诉跳槽至互联网企业创业的前技术人员违反竞业限制、某国际知名药企起诉离职创业的前员工滥用商业机密等。

本文总结了创业团队从原单位离职创业经常出现的竞业和侵权两大风险，分析了可能的法律后果，并就如何核查、预防和降低相关法律风险给出建议。希望本文能为创业团队带去一些思考，并帮助创业团队的投资人预判风险，提前介入和解决被投资企业可能存在的问题。

一、竞业限制风险

（一）竞业限制条款的关键要素

对于已从原单位离职的创业人员，其竞业限制义务来源于创业人员和原单位签署的《竞业限制协议》。如果创业人员没有向原单位做出该等承诺，则不会受到任何竞业限制。

根据我国《劳动合同法》第23条、第24条，公司可以与公司的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员签署《竞业限制协议》，但竞业限制期限不得超过二年，且在竞业限制期限内应按月

给劳动者经济补偿。《竞业限制协议》一般基于用人单位的模板，因此通常比较有利于用人单位，通常在下述方面对创业人员进行竞业约束：

1、在竞争业务方面：通常会设定比较宽泛的竞争业务定义，例如将竞争业务定义为上家企业或其关联方从事及计划从事的业务，与上家企业或其关联方所经营的业务相同、相近或相竞争的其他业务等。也有企业会结合行业特点通过经营范围对竞争业务予以定义，比如尽管某企业只生产某个特定的三类医疗器械，但是会把所有医疗器械的生产和销售均列为竞争业务；

2、在竞业行为方面：通常会禁止创业人员在竞业期内（1）加入与上家企业及其关联方构成竞争关系的企业或经济实体，（2）持有股权或者期权（部分协议可能会对持有有一定比例（例如1%）以下的竞争关系上市公司股票、认购证券基金或私募股权基金的个人投资行为做出除外规定），（3）为构成竞争关系的企业提供劳务服务、技术服务或其他服务（例如担任顾问），或者（4）自营或与他人合营构成竞争关系的业务；

3、在竞业补偿方面：通常按照创业人员离职前月平均工资的一定比例支付竞业补偿金，常见的比例在月平均工资的33%至100%之间；

4、在违约后果方面：除约定高额违约金的外，还会要求停止违约/侵权行为，继续履行竞业限制义务；

5、**在竞业期限方面**：通常要求创业人员在离职之日起 1-2 年内受限于上述竞业限制义务。

(二) 我国对于违反竞业限制义务的司法实践

如果创业人员在竞业限制期限内即加入与原单位具有竞争业务的创业企业，原单位可就创业人员违反其竞业限制义务提起法律程序。如果创业人员属于原单位的核心人员，原单位往往认为其离职创业严重侵害原单位利益，金钱赔偿不足以弥补全部损失，主张其从创业企业离职。

从我国的司法实践来看，竞业限制类案件往往集中于以下几个焦点：

(1) **创业企业与原单位是否构成竞争关系**。根据相关案例，法院或劳动仲裁庭(下称“**审判机关**”)一般会以《竞业限制协议》的约定为依据，审查两家公司经营范围是否重叠，以及在研技术、经营活动、目标市场是否存在实质上的竞争关系。

(2) **经济赔偿的合理性**。在认定竞争关系存在的基础上，原单位一般会主张创业人员按照《竞业限制协议》约定的违约金金额向原单位支付违约金。在创业人员存在违反竞业限制的情形并且原单位已按照《竞业限制协议》的**约定**向创业人员支付竞业限制补偿金的前提下，审判机关一般会支持原单位按照《竞业限制协议》向创业人员主张违约金。

对于违约金金额的合理性，最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》中规定，用人单位和劳动者在竞业限制条款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，可予支持。一般而言，审判机关可能会结合原单位证明的自身损失、创业人员的收入情况做一个综合的判断。从公开案例来看，只要《竞业限制协议》中约定的违约金相对于创业人员在原单位时的工作岗位、工资水平、补

偿金发放情况、工作时间、过错程度而言不是显著过高，审判机关一般会支持原单位按照《竞业限制协议》的约定履行违约金条款。根据我们抽样检索的北京、上海、江苏、广东等地的数十个案例，审判机关支持的违约金最高可达到 100 万元人民币。

(3) **创业人员是否需要停止从事竞争性业务**。

除了金钱赔偿请求，原单位一般也会请求创业人员从创业企业离职或停止经营竞争业务。在司法实践中，我国审判机关对该等请求的态度非常谨慎。根据我们抽样检索的北京、上海、江苏、广东等地数十个案例，暂时没有发现有审判机关判决创业人员立即停止与争议相关的竞争性业务。

总体来看，在我国目前的司法实践中，创业人员违反《竞业限制协议》的影响主要还是以金钱赔偿为主，而且一般以创业人员个人责任为主，对创业企业影响比较有限。

二、知识产权权属风险和侵权风险

具体而言，创业人员与原雇主的知识产权纠纷风险主要包括离职后发明创造的专利权权属纠纷、对原单位的商业秘密侵权纠纷、对原单位的专利侵权纠纷三类，我们将分别予以解析。

(一) 离职后发明创造的专利权权属纠纷

1、法律依据

与竞业限制风险不同，即使创业人员和原单位未签署任何知识产权归属协议，原单位仍有可能基于民法典、专利法以及相关司法解释中的相关规定，向创业人员主张其在离职后 1 年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的职务发明创造和职务技术成果归原单位所有。相关法律规定归纳如下：

适用法律	责任条款	法律后果
《中华人民共和国	执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技	如证明创业人员在创业企业的发明创造确

专利法》(2020 修订) 第六条	术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位, 申请被批准后, 该单位为专利权人。	为原单位的职务发明, 审判机关会判决相关职务发明的所有权人和申请人变更为原单位。
《中华人民共和国专利法实施细则》(2010 修订) 第十二条	专利法第六条所称执行本单位的任务所完成的职务发明创造, 是指: (一) 在本职工作中作出的发明创造; (二) 履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造; (三) 退休、调离原单位后或者劳动、人事关系终止后 1 年内作出的, 与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。 ¹	

2、事实认定

参考相关判例的审判思路, 如果创业企业、创业人员或原单位涉及下述情况, 在创业人员于离职后一年内在创业企业产生新发明创造的情形下, 该发明创造被认定为原单位职务发明的风险会显著提高:

(1) 创业人员在原单位从事的工作和其在创业企业从事的发明创造具有关联性。在判断是否具有关联性时, 创业人员在原单位工作时的相关记录, 比如作为署名人签署的实验记录手册或技术方案、作为企业申请专利的发明人等, 可能被用来作为证明创业人员在原单位从事过相关工作的证据。如果新发明创造是以专利申请的形式呈现, 新发明创造专利申请中的权利要求和说明书的描述可能被用于和创业人员原单位的工作成果 (不论是否申请了专利) 进行对比, 以判断两者之间是否具有关联性。

(2) 创业企业的新发明创造的发明人不具备独立研发的能力或经历。有一些创业企业的创业人员情况比较复杂, 如新发明创造载明的专利发明人是创业企业研发人员 A, 新发明和 A 的原单位的技术没有关联性, 但和创业企业的研发人员 B 的原单位的技术存在关联性。在该等情况下, 如果 B 的原单位主张新发明创造为 B 在为其工作时的职务发明, 而 A 不能够证明自己具备独立研发新发明创造的能力或经历, 则审判机关可能会支持 B 的原单位的主张。

(3) 原单位向同一研发领域持续投入大量资源。

如果原单位能提供证据证明其在创业企业成立前就对同一研发领域有较大投入, 从原单位离职的创业人员在离职后一年内即在相同领域内为创业企业产生了发明创造不合常理, 而创业人员如果也未能提供有力证据证明其对发明创造的研发过程及相关投入, 那么审判机关会倾向于认为创业人员此时的发明创造是利用了原单位的资源和物质技术条件。尤其是如果相关技术领域属于技术门槛高、研发周期长、资金投入大的领域, 创业人员一般很难说服审判机关其在离职后一年内即能够独立在这个领域完成发明创造。

总体而言, 在对待研发人员离职后的职务发明引起的知识产权争议上, 审判机关对研发人员独立完成研发的举证责任要求较高。由于相关立法已将认定离职后职务发明的时间限定在离职后一年内, 审判机关可能认为这个时限已在原单位已投入资源的保护和对创业企业鼓励创新的保护之间进行了平衡, 因此在这个时限内会更倾向于保护原单位的权益。

(二) 对原单位的商业秘密侵权纠纷

1、法律依据

¹ 民法典及相关司法解释对于职务技术成果也有类似规定。

与专利权权属纠纷类似,即使原单位和离职创业人员没有签署专门的离职后保密协议,原单位也可以基于反不正当竞争法主张离职创业人员甚至创业企业侵犯原单位的商业秘密。相关法律规定归纳如下:

适用法律	责任条款	法律后果
《中华人民共和国反不正当竞争法》(2019修订)第九条	经营者不得(1)以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入等不正当手段获取商业秘密;(2)披露、使用或者允许他人以不正当手段获取商业秘密;(3)违反保密义务披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密;(4)教唆、引诱、帮助他人违反保密义务获取、披露、使用或者允许他人使用商业秘密。	如果侵犯商业秘密成立,因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额,按照其因被侵权所受到的实际损失确定;实际损失难以计算的,按照侵权人因侵权所获得的利益确定。在前述均难以确定的情况下,法院会酌情判决五百万元以下的赔偿。
《中华人民共和国反不正当竞争法》(2019修订)第三十二条	商业秘密权利人提供初步证据,证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施,且合理表明商业秘密被侵犯,涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于商业秘密。 商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯,且提供以下证据之一的,涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为: (1)有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密,且其使用的信息与该商业秘密实质上相同; (2)有证据表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险; (3)有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。	此外,侵犯商业秘密的侵权人还应承担行政责任,应停止违法行为,没收违法所得,处十万元以上一百万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上五百万元以下的罚款。 如果侵犯商业秘密情节严重的,侵权人还可能因此承担额外的刑事责任。

2、事实认定

对于商业秘密侵权案件,审判机关一般首先关注原单位主张的技术是否构成商业秘密。对于某项技术或信息而言,如果其(1)不为公众所知悉,(2)具有商业价值,(3)具备权利人对该技术或信息采取了合理的保密措施的事实要件,其被认定为商业秘密的可能性较大。

在确认商业秘密存在的情况下,审判机关会进一步关注创业人员、创业企业是否存在侵权事实,例如:

(1) 创业企业的技术和原单位技术实质性相似,而且创业企业在成立后短期内在技术层面即有了不合理的显著提升,并且创业企业无法提出证据证明该等提升是自己独立做出的,或者证明自己有能力独立做

出该等技术提升;或者(2)创业人员在原单位的正常工作范围可以接触相关技术的商业秘密等。由于创业人员在原单位一般都担任比较核心的技术岗位,一旦和原单位发生商业秘密侵权纠纷,创业人员在司法裁判中将处于非常不利的状态。

(三) 对原单位的专利侵权纠纷

1、法律依据

如果创业人员在开展创业企业业务过程中使用了原单位持有专利项下或权属不明的专利(例如存在专利权权属纠纷或潜在纠纷的专利)覆盖的技术,则创业人员及创业企业有可能构成专利侵权。相关法律规定归纳如下:

适用法律	责任条款	法律后果
《中华人民共和国专利法》第六十五条	未经专利权人许可,实施其专利,即侵犯其专利权。专利权人可请求停止侵权并要求赔偿。	侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定;如难以确定,参照该专利许可使用费的倍数合理确定。对故意侵犯专利权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的,法院可酌情判决给予三万元以上五百万元以下的赔偿。如果侵权人构成假冒专利,情节严重还可能构成侵犯知识产权罪。

2、事实认定

在判断是否构成专利侵权时，审判机关主要会关注创业企业的技术是否为原单位申请的专利所覆盖。因为专利侵权具体事实要件的认定和具体产品、具体技术特征具有较大相关性，责任判定的要点在于原单位是否能够证明创业企业的技术已为相关专利覆盖。

三、如何应对创业团队的竞业风险和侵权风险

离职创业的团队在酝酿创业计划之初，就应该充分考虑其可能受到的竞业限制，以及在研技术的知识产权属和侵权问题。为了降低对原单位的竞业和侵权风险，离职团队可以考虑以下几点措施：

- 详细审查对原单位的竞业限制义务，对于在竞业限制期内的团队成员，评估其违反竞业限制的风险，如存在竞业风险，应当在竞业期结束后再开始创业工作。
- 在创业团队从原单位离职一年内，避免提交可能被认为与在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的专利申请。如需要提交该等申请，应当保留独立研发相关专利的全部过程文件。
- 对核心技术进行梳理，进行全面的自由实施

分析（FTO），特别是针对核心技术人员的原单位的专利进行FTO分析，分析其研发的新技术方案是否可能依赖原单位的专利，从而可能侵犯原单位的专利。

- 结合FTO结果和专业顾问的意见，充分评估相关法律和商业风险。

对于投资人而言，除上述考虑点以外，还可以考虑通过下述方式降低投资项目的法律风险：

- 要求创业企业充分披露其关键技术人员承担竞业限制义务的情况，并要求创业企业及其实际控制人对于关键技术人员不违反其对第三方的竞业限制业务做出惯常性的陈述保证。
- 在尽职调查中充分了解在研技术的研发过程及所涉及的内外部研发方，充分评估在研技术侵犯第三方知识产权和商业秘密的法律风险。
- 要求创业企业及实控人承诺，其在研技术并不侵犯任何第三方的知识产权和商业秘密，如果因知识产权侵权给投资人造成损失的，由创业企业及其实控人承担连带赔偿责任和回购责任。

周 烽	合 伙 人	电 话：86 21 2208 6305	邮 箱 地 址：zhouf@junhe.com
张方舟	律 师	电 话：86 21 2208 6152	邮 箱 地 址：zhangfzh@junhe.com
毛 健	合 伙 人	电 话：86 21 2208 6311	邮 箱 地 址：maoj@junhe.com
余 翔	律 师	电 话：86 21 2208 6182	邮 箱 地 址：yuxiang@junhe.com



本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站 www.junhe.com 或君合微信公众号君合法律评论/微信号 JUNHE_LegalUpdates。