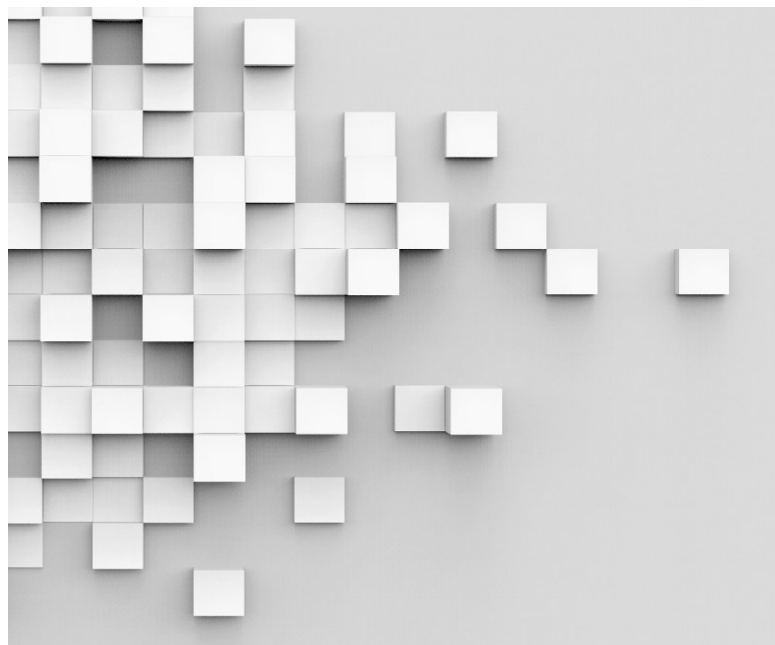


2022年12期 (总31期) 月刊

四川恒和信律师事务所  
劳动法律部

HENGHEXIN LAW FIRM

恒力尚法 和美信达







# 目录 CONTENT

关于恒和信 01

劳动法律部 02

新法速递 03

重点法规 05

热点案例 07

专题探讨 09

经典判决 12



## 01

## 关于恒和信

四川恒和信律师事务所成立于2001年，系一家大型综合性律师事务所。2019年，经四川省司法厅批准，变更为“特殊的普通合伙”律师事务所，也是西南地区少有的同时具有律师事务所资质和专利代理资质的“双证所”之一。恒和信秉承“恒力尚法、和美信达”的理念，着力建设“专业、责任、价值、奋进”的律师事务所。事务所拥有律师及工作人员300余名。20余名律师具有在美国、欧洲留学经历，30余名律师具有注册会计师资格、注册税务师资格、土地评估师、注册房地产估价师、专利商标代理人等专业职业资格。

四川恒和信律师事务所20余次荣获全国、省、市优秀律师事务所，50余名律师担任省、市、区律师协会及其他社团组织和专业机构重要职务。



四川恒和信律师事务所在政府法律顾问、公司并购与重组、金融与证券、私募股权、房地产开发与城市基础设施建设、项目投融资、涉外法律事务、知识产权、合同法律事务的处理等方面具有丰富的法律服务经验，为了高标准满足客户的需求，事务所一直以团队协作方式优化资源配置，以集体智慧解决法律问题，坚持走精品化的道路，向客户提供专业、优质、高效的法律服务，得到了客户广泛好评，赢得众多客户支持和信赖，成为中外客户出色的合作伙伴。



## 劳动法律部

劳动法律部现由30余名专业理论深厚、执业经验丰富的律师组成，部门律师担任多家大型国有企业、上市公司、高新技术企业等常年法律顾问、人力资源专项常年法律顾问，积累了丰富的服务经验。

劳动法律部自成立以来，承办了大量案情复杂、标的额巨大的劳动争议案件。经过多年发展，劳动法律部形成了完整的专业服务体系，既能够为客户提供如用工风险测评、劳动合同设计、企业内训、员工手册制订、裁员安置、离职管理等传统劳动法领域的专项服务；也能为客户提供各种重大、复杂的劳动争议案件的代理服务。同时，劳动法律部紧跟经济发展趋势，时刻关注国内外前沿用工领域，能为客户提供如高端员工背景调查、“共享员工”、外国人用工管理、跨国用工等新兴劳动法领域的专业法律服务！



## 新法速递

### （一）最高人民法院 最高人民检察院 教育部【印发《关于落实从业禁止制度的意见》的通知】

2022年11月10日，最高人民法院会同最高人民检察院、教育部发布《关于落实从业禁止制度的意见》，《意见》自2022年11月15日起施行。《意见》的公布施行，对于准确适用刑法、未成年人保护法的从业禁止规定，依法惩治教职员工实施侵害未成年人权益犯罪，推动未成年人司法保护、学校保护和社会保护协同发力，为未成年人健康成长提供平安清朗校园环境，具有重要意义，将发挥重要作用。

### （二）最高人民法院与人力资源社会保障部等九部门联合部署【关于进一步加强劳动人事争议协商调解工作的意见】

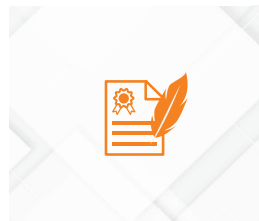
近日，人力资源社会保障部与中央政法委、最高人民法院、工业和信息化部、司法部、财政部、中华全国总工会、中华全国工商业联合会、中国企业联合会/中国企业家协会联合印发《关于进一步加强劳动人事争议协商调解工作的意见》。《意见》坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻习近平法治思想，明确“人民至上、源头治理、创新发展、灵活高效”的基本原则，提出持续加强制度机制和能力建设的目标任务。《意见》提出，要加强源头治理，强化劳动人事争议预防指导，健全劳动人事争议风险监测预警机制，加强劳动人事争议隐患排查化解工作。要强化协商和解，强化和解协议履行和效力。要做实多元调解，加强调解工作规范化建设，发挥各类调解组织特色优势，进一步增加调解服务供给。《意见》明确，要健全劳动人事争议调解与人民调解、行政调解、司法调解联动工作体系，强化调解与仲裁、诉讼衔接，对追索劳动报酬、经济补偿等适宜调解的纠纷，先行通过诉前调解等非诉讼方式解决。推进劳动争议“总对总”在线诉调对接，开展全流程在线委派委托调解、音视频调解、申请调解协议司法确认等工作。《意见》还对提升服务能力，加强调解员队伍建设，加强智慧协商调解建设，加大保障力度等作出规定。

### （三）人力资源社会保障部等五部门联合印发【《关于进一步支持农民工就业创业的实施意见》】

《意见》具体明确了五个方面政策措施：一是支持稳定农民工就业岗位，全面落实社保费缓缴、稳岗返还、留工培训补助、社会保险补贴等政策，重点支持农民工就业集中的建筑业、制造业、服务业企业渡过难关，组织暂时停工企业与用工短缺企业开展用工余缺调剂，保障好共享用工中劳动者权益。二是引导农民工有序外出务工，探索组建区域劳务协作联盟，健全跨区域就业服务机制，在农民工及脱贫人口输出较多的市县、乡村和就业集中的地区合理设置就业服务站点，对组织农民工外出务工数量较多、成效较好的人力资源服务机构，按规定给予就业创业服务补助。三是促进农民工就近就业创业，加快发展县域特色产业，提升县域就业承载力，大力实施以工代赈，尽可能增加劳务报酬发放规模，组建一批创业服务专家队伍，为返乡创业农民工提供专业化服务。四是强化农民工就业服务保障，允许失业农民工在常住地、就业地、参保地进行失业登记，同等提供基本公共就业服务，支持有条件地区在农民工就业集中地区建立劳动维权咨询服务点，指导企业不得以年龄为由“一刀切”清退大龄农民工，为有就业需求的大龄农民工免费提供公共就业服务。五是实施防止返贫就业攻坚行动，做好脱贫人口就业失业监测，实施优先就业帮扶，强化国家乡村振兴重点帮扶县、易地搬迁大型安置区倾斜支持，统筹用好现有各类乡村公益性岗位，不得在现有规定外另行设置年龄、残疾等不必要的限制条件，允许从事非全日制岗位人员同时从事其他灵活就业。

### （四）北京市人力资源和社会保障局 北京市总工会 北京企业联合会/北京市企业家协会 北京市工商联【《关于发布北京市2022年企业工资指导线有关问题的通知》】

2022年11月2日，北京市人力资源和社会保障局联合北京市总工会、北京企业联合会/北京市企业家协会、北京市工商联发布《北京市2022年企业工资指导线有关问题的通知》。《通知》明确，企业应结合经济效益、人工成本情况，参照工资指导线、劳动力市场工资价位和行业人工成本等信息做好增资决策。生产经营正常、经济效益增长的企业，可结合自身实际参照基准线安排本企业的工资增长水平。效益情况与往年持平或略有下降的企业，可结合自身实际参照下线安排本企业的工资增长水平；企业经济效益下降幅度较大或亏损严重的，经与工会或职工代表协商同意后，工资可以零增长或适当降低工资，但支付给职工的工资不得低于本市最低工资标准。企业要建立健全职工工资正常调整机制，按照“居民收入增长和经济增长基本同步、劳动报酬提高和劳动生产率提高基本同步”的原则，履行工资集体协商等民主程序，参考工资指导线制定科学合理的工资分配办法、定员定额标准和绩效考核制度，建立正常的职工工资调整机制，确保职工工资合理有序调整。企业工会或职工代表根据工资指导线依法提出工资调整建议或者做出开展工资集体协商的提议，企业应当予以合理回应。对规模较小、职工人数较少的企业，应积极参加区域、行业工资集体协商，在工资集体协商中参考行业工资指导线约定人均工资调整幅度。



## 重点法规：

### 关于落实从业禁止制度的意见

法发〔2022〕32号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、教育厅（教委），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、教育局：

为严格执行犯罪人员从业禁止制度，净化校园环境，保护未成年人，根据刑法、未成年人保护法、教师法等法律规定，结合执法司法实践反映的情况，最高人民法院会同最高人民检察院、教育部制定了《关于落实从业禁止制度的意见》。现予以印发，请结合实际认真贯彻执行。在执行中遇到问题，请及时分别报告最高人民法院、最高人民检察院、教育部。

最高人民法院  
最高人民检察院  
教育部  
2022年11月10日

为贯彻落实学校、幼儿园等教育机构、校外培训机构教职员工违法犯罪记录查询制度，严格执行犯罪人员从业禁止制度，净化校园环境，切实保护未成年人，根据《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）、《中华人民共和国未成年人保护法》（以下简称《未成年人保护法》）、《中华人民共和国教师法》（以下简称《教师法》）等法律规定，提出如下意见：

一、依照《刑法》第三十七条之一的规定，教职员工利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其在一定期限内从事相关职业。其他法律、行政法规对其从事相关职业另有禁止或者限制性规定的，从其规定。

《未成年人保护法》、《教师法》属于前款规定的法律，《教师资格条例》属于前款规定的行政法规。

二、依照《未成年人保护法》第六十二条的规定，实施性侵害、虐待、拐卖、暴力伤害等违法犯罪的人员，禁止从事密切接触未成年人的工作。

依照《教师法》第十四条、《教师资格条例》第十八条规定，受到剥夺政治权利或者故意犯罪受到有期徒刑以上刑罚的，不能取得教师资格；已经取得教师资格的，丧失教师资格，且不能重新取得教师资格。

三、教职员工实施性侵害、虐待、拐卖、暴力伤害等犯罪的，人民法院应当依照《未成年人保护法》第六十二条的规定，判决禁止其从事密切接触未成年人的工作。

教职工实施前款规定以外的其他犯罪，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，依照《刑法》第三十七条之一第一款的规定，判决禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年；或者依照《刑法》第三十八条第二款、第七十二条第二款的规定，对其适用禁止令。

四、对有必要禁止教职工从事相关职业或者适用禁止令的，人民检察院在提起公诉时，应当提出相应建议。

五、教职工犯罪的刑事案件，判决生效后，人民法院应当在三十日内将裁判文书送达被告人单位所在地的教育行政部门；必要时，教育行政部门应当将裁判文书转送有关主管部门。

因涉及未成年人隐私等原因，不宜送达裁判文书的，可以送达载明被告人的自然情况、罪名及刑期的相关证明材料。

六、教职工犯罪，人民法院作出的判决生效后，所在单位、教育行政部门或者有关主管部门可以依照《未成年人保护法》、《教师法》、《教师资格条例》等法律法规给予相应处理、处分和处罚。

符合丧失教师资格或者撤销教师资格情形的，教育行政部门应当及时收缴其教师资格证书。

七、人民检察院应当对从业禁止和禁止令执行落实情况进行监督。

八、人民法院、人民检察院发现有关单位未履行犯罪记录查询制度、从业禁止制度的，应当向该单位提出建议。

九、本意见所称教职工，是指在学校、幼儿园等教育机构工作的教师、教育教学辅助人员、行政人员、勤杂人员、安保人员，以及校外培训机构的相关工作人员。

学校、幼儿园等教育机构、校外培训机构的举办者、实际控制人犯罪，参照本意见执行。

十、本意见自2022年11月15日起施行。

## 热点案例

### 01 劳动合同约定公司需向劳动者支付违约金，是否有效？

#### 新闻简介

2016年7月4日，王某与某公司签订劳动合同书，担任管理部人事行政总监职务。

2019年4月1日，公司（甲方）与王某（乙方）签署的《劳动合同补充协议》，协议约定：“三、…如甲方以任何理由违法解除劳动合同或单方调整乙方工作岗位或薪资，则甲方不仅应按照经济补偿标准的二倍向乙方支付赔偿金，还应同时向乙方支付叁拾万元补偿金，且不得要求减免…”协议尾部甲方处盖有公司公章，乙方处有王某签名字样。

2020年2月7日，公司向王某发送的解除劳动合同通知，该通知载明公司认为王某任职期间严重违反公司的规章制度，严重失职、营私舞弊、给公司造成重大损害，故通知王某解除双方之间现有合同。

2020年3月12日，王某向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求公司支付：1、违法解除劳动合同赔偿金254208元；2、违法解除劳动合同额外补偿金300000元。仲裁委裁决后，双方均不服，向法院提起诉讼。法院经审理后认为，公司解除劳动合同违法，应当支付经济补偿金；同时，《劳动合同补充协议》有效，公司应当支付违约金。遂判决：公司支付王某违法解除劳动合同赔偿金194933.36元；公司支付王某解除劳动合同额外补偿金120000元。

#### 点评分析

《民法典》第一百四十三条规定，具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。依据该规定，只要民事行为满足该等条件，即应为有效。而劳动关系系民事法律关系中的一种，用人单位和劳动者在劳动关系中依据双方真实意思表示所达成的民事协议，只要不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗，则双方均应当遵守。本案中，用人单位与王某签订的《劳动合同补充协议》系双方的真实意思表示，且不违反法律法规的强制性规定和公序良俗，公司应当遵守该约定。但相反，若双方约定劳动者需向用人单位支付违约金，则可能会被认定为无效，因为劳动合同法对劳动者约定违约金有严格限制，只有在培训服务期和竞业限制中可以对劳动者约定违约金。因此，劳动合同作为用人单位和劳动者权利义务的依据，在签订时双方均应审慎，避免出现不利于己的情形。

## 02 员工超3次不在工位被认定旷工遭辞退

### 新闻简介（北京日报）



据报道，刘某入职某公司一年多后，被公司强制解除劳动合同，理由为未经批准旷工超过3日。

刘某因不服仲裁结果，将公司诉至法院。被告公司在庭审中提交了多段显示刘某未在工位的视频，公司认为，刘某全年累计旷工已超3日，且无法做出合理解释，公司规章制度规定擅自离岗系脱岗，脱岗1小时以上视为旷工。刘某指出，证据视频中自己均进行正常考勤、超额完成工作。

法院审理认为，员工工作时难免与同事进行沟通，不能因未在工位就认定为脱岗。被告公司未能证明安排刘某工作时其不在岗，或因刘某不在岗未完成工作，也未与刘某进行脱岗旷工时长核实或确认，公司亦未证明其曾就脱岗情况对刘某进行过提醒或警示。最终，判决被告公司支付刘某违法解除劳动合同赔偿11.6万余元。

### 点评分析



旷工，是指劳动者无正当理由的缺勤，并达到一定天数的行为。本案中，刘某已按照公司的规章制度正常考勤，提供了正常的劳动，其也并未因不在工位而影响工作任务的完成，本案中的用人单位以不在工位开除刘某不具有正当的理由；认定为劳动者旷工，严重违反用人单位的规章制度的，用人单位还需要履行一定的程序，并将解除劳动关系的通知送达劳动者，才能合法解除与劳动者之间的劳动关系。

实践中，部分用人单位在制定规章制度时，刻意增加“严重违规”情形，以期适用《劳动合同法》第三十九条第（二）项的规定，但用人单位所设规章制度，其根本目的是要保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务，故应当保证其内容不仅合法，还要合理。作为员工，在工作时间内提供劳动是劳动者应当遵循的基本劳动纪律，若因工作或其他原因需要离岗时，应履行正常的请假或报备手续，若情况紧急，事后做好补假和说明工作，避免与用人单位产生不必要的纠纷。

用人单位若发现公司员工有“未在工位”的情形时，应当及时与员工核实、确认，必要时予以提示、警示，避免因时间过长，增加双方解释和举证难度。



## 疫情背景下，用人单位与劳动者签订的“停薪留职协议书”是否有效？

### （一）案情介绍



J于2019年9月25日入职H公司工作，岗位为食育运营主管。双方签署了合同期限为2年的劳动合同，合同约定J税前月工资标准为3600元，试用期工资税前为3600元；绩效奖金、提成随H公司效益情况及J考核结果按薪酬计发标准进行调整，J对此予以理解与确认。H公司于每月下旬通过银行转账发放上一自然月工资。H公司未为J安排带薪年假。

因受新型冠状病毒疫情影响，H公司与员工协商签署停薪留职协议。2020年3月9日，H公司（甲方）与J（乙方）签署停薪留职协议书。该协议书主要内容如下：乙方自愿申请停薪留职，离岗休假。第一条停薪留职期限从2020年2月1日起到2020年6月30日止。到期如不能返岗工作的，应至少提前15天向甲方提出，原则上，停薪留职时间不能超过一年。第二条停薪留职期间，甲方保留乙方在本公司的劳动关系，继续积累本公司工龄。第三条停薪留职期间，乙方可以从事各种经营活动。第四条停薪留职期间，乙方停止对甲方付出实际劳动，乙方一律不享受工资、奖金、津贴、补贴等薪酬待遇；若甲方需要乙方临时参与工作，乙方同意参与，则薪酬按天核算。第五条停薪留职期间，甲方为乙方缴纳社会保险和公积金，社会保险和公积金费（包括公司缴纳部分及个人缴纳部分）由甲方承担。第八条特别约定1.停薪留职期间，如甲方同意乙方返岗，且乙方愿意返岗，则本协议书自行终止……4.停薪留职期满后，乙方未主动到甲方处报到出勤的，视为乙方自动离职（辞职），不作任何赔偿终止劳动合同。

2020年6月2日，H公司通过微信通知J于2020年6月4日返岗工作，并告知如不能按时报到，单位有权视为自动离职。J于2020年6月4日在钉钉系统提交病假申请，要求请假2天。J于2020年6月8日在钉钉系统再次提交病假申请，要求请假3天，H公司人事总监鲁彬予以拒绝，并标注“病假需提供医学诊断证明（病历），当日医药费单或挂号单”。后J重新提交了诊断证明书和挂号条，鲁彬又表示“重新提交请假，审批人仇总”，J回复“好的”，但之后没有重新提交请假。2020年6月11日，J以H公司拖欠2020年2月1日至29日工资以及3月1日至今的生活费等为由，以钉钉聊天的形式向H公司提出离职。因J未返岗复工，2020年6月23日，H公司通过EMS特快专递的方式向J发送限期返岗通知书，要求J于2020年6月28日返岗复工，逾期未报到，公司视为自动离职，并解除劳动关系。次日，J签收了前述特快专递。

2020年9月14日，J到大兴仲裁委申请劳动仲裁，要求H公司支付：1.2020年2月1日至2020年2月29日工资8500元；2.2020年6月4日至2020年6月10日病假工资404.59元；3.2019年9月25日至2020年6月11日未休带薪年假工资11724元；4.解除劳动关系经济补偿金8500元；5.2020年5月25日至5月29日工资1954元；6.2020年3月1日至5月24日基本生活费4212.87元；7.2020年6月1日至2020年6月3日基本生活费212.41元。经审理，大兴仲裁委做出京兴劳人仲字[2020]第5852号裁决书，裁决：1.H公司支付J2019年9月25日至2020年1月31日期间1天未休带薪年假工资602.10元；2.驳回J的其他仲裁请求。J不服该裁决，起诉至法院，H公司未向法院起诉。

## （二）裁判结果



### 1. 一审法院判决

一审法院认为，根据双方当事人的陈述和法院查明的事实，本案的焦点为双方签署的停薪留职协议书的效力。法院认定该协议书无效，具体理由如下：根据《工资支付暂行规定》第十二条和《北京市工资支付规定》第二十七条的规定，非因劳动者本人原因造成用人单位停工、停业的，在一个工资支付周期内，用人单位应当按照提供正常劳动支付劳动者工资；超过一个工资支付周期的，可以根据劳动者提供的劳动，按照双方新约定的标准支付工资，但不得低于本市最低工资标准；用人单位没有安排劳动者工作的，应当按照不低于本市最低工资标准的70%支付劳动者基本生活费。国家或者本市另有规定的从其规定。H公司承认系因新型冠状病毒肺炎疫情为背景而与J签署的停薪留职协议书，该协议书的签署并非出于J个人原因不能提供劳动，该协议书的内容即使当时经过J的同意，但因侵犯了劳动者的合法权益，违反前述法律规定，亦应属无效。遂判决：一、于判决生效之日起10日内，北京H有限公司给付J2020年2月1日至2020年2月29日工资3600元；二、于判决生效后10日内，北京H有限公司给付J2020年6月4日至2020年6月10日病假工资857元；三、于判决生效后10日内，北京H有限公司给付J2019年9月25日至2020年6月11日未休带薪年休假工资2006.18元；四、于判决生效后10日内，北京H有限公司给付J解除劳动关系经济补偿金4363.45元；五、于判决生效后10日内，北京H有限公司给付J2020年3月1日至2020年3月10日，2020年3月14日至2020年3月31日，2020年4月1日至2020年4月30日，2020年5月1日至2020年5月8日，5月10日，5月13日，5月14日，5月16日至2020年5月31日基本生活费4179元；六、于判决生效后10日内，北京H有限公司给付J2020年6月1日至2020年6月3日基本生活费212.41元；七、于判决生效后10日内，北京H有限公司给付J2020年5月9日、11日、12日、15日工资360元；八、驳回J的其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条的规定加倍支付迟延履行期间的债务利息。

### 2. 二审法院判决

二审法院认为，经查，对于双方签署的停薪留职协议书的效力问题，一审法院系根据相关法律规定及本案查明的事实，认定该协议书因侵犯了劳动者的合法权益应属无效。本院经审查认为，该认定符合法律规定及本案的实际情况，并无不当。H公司上诉要求确认该协议有效的意见，缺乏充分事实及法律依据，本院不予采信。另查，一审法院根据本案查明的事实及相关法律规定，所确定的H公司应支付J的各项费用均并无不当，本院予以确认。H公司对于上述费用所提异议均缺乏充分事实及法律依据，本院不予采信。

综上所述，H公司的上诉请求不能成立，本院予以驳回；一审判决正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

### （三）点评分析



“停薪留职”这一概念，系上世纪八十年代为应对解决经济改革背景下国有企业职工富余情况所出台文件提及中的法律术语，随着劳资关系内容的日趋多元及劳动法规体系的完善，“停薪留职”这一概念已逐渐退出法律体系，但2020年以来，随着新冠病毒疫情的持续肆虐，部分民营企业为降低用工成本，稳住企业发展，与部分员工签订“停薪留职协议”。而目前的司法实践中，关于“停薪留职协议”的效力问题，也出现了不同的观点，一种观点（即前述北京法院所作出的判决）认为，非因员工原因导致的停薪留职，违反了《工资支付暂行规定》，应属无效协议。另一种观点认为，根据《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）》第三十五条“劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。”之规定，停薪留职协议属于劳资双方就支付工资报酬达成的约定，应属有效。持该种观点的判决有(2021)甘0902民初4118号、(2022)鲁0502民初201号、(2021)粤2071民初39725号、(2021)沪02民终8622号等。

对此，我们认为，停薪留职协议作为劳资双方的真实意思表示，若未违反法律的效力性禁止规定，应当认定为有效。在新冠疫情、新就业形态等背景之下，只要不存在用人单位欺诈、胁迫等情形，应当尊重双方的真实意思。另一方面，用人单位与员工未就“停薪留职”达成一致情况下，停工第一个月（一个工资支付周期）内仍需全额支付该员工工资；从停工第二个月起，用人单位应支付生活费，生活费标准不低于当地最低工资标准的百分之八十，如未及时足额支付前述费用的，员工有权以拖欠劳动报酬为由解除劳动关系，并要求用人单位支付经济补偿。另外，由于双方劳动关系仍然存续，故用人单位仍负有缴纳社会保险及代扣代缴的义务。

## 经典判决



### 案件要旨

1.劳动关系适格主体以“合作经营”等为名订立协议，但协议约定的双方权利义务内容、实际履行情况等符合劳动关系认定标准，劳动者主张与用人单位存在劳动关系的，人民法院应予支持。

2.用人单位与劳动者签订的书面协议中包含工作内容、劳动报酬、劳动合同期限等符合劳动合同法第十七条规定的劳动合同条款，劳动者以用人单位未订立书面劳动合同为由要求支付第二倍工资的，人民法院不予支持。

### 王山诉万得信息技术股份有限公司竞业限制纠纷案

案件来源：最高人民法院指导案例190号

审理法院：上海市第一中级人民法院

案由：竞业限制纠纷

案号：(2021)沪01民终12282号

裁判要旨：人民法院在审理竞业限制纠纷案件时，审查劳动者自营或者新入职单位与原用人单位是否形成竞争关系，不应仅从依法登记的经营范围是否重合进行认定，还应当结合实际经营内容、服务对象或者产品受众、对应市场等方面是否重合进行综合判断。劳动者提供证据证明自营或者新入职单位与原用人单位的实际经营内容、服务对象或者产品受众、对应市场等不同，主张不存在竞争关系的，人民法院应予支持。

上诉人（原审原告）：王山

被上诉人（原审被告）：万得信息技术股份有限公司

上诉人王山因与被上诉人万得信息技术股份有限公司(以下简称万得公司)竞业限制纠纷一案，不服上海市浦东新区人民法院(2021)沪0115民初35993号民事判决，向本院提起上诉。本院于2021年10月8日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

王山上诉请求：撤销一审判决，改判：1.上诉人无需继续履行竞业限制义务；2.上诉人无需向被

上诉人返还竞业限制经济补偿金人民币6,796元(以下币种相同)；3.上诉人无需向被上诉人支付竞业限制违约金240,000元。事实和理由：本案从仲裁到一审，从程序到事实，均存在错误。本案在劳动仲裁阶段，被上诉人因为上诉人未履行竞业限制协议中通知义务提起劳动仲裁并要求赔偿，这个事由并非真正的竞业限制纠纷，劳动仲裁依法不应当受理或驳回申请。劳动仲裁庭违反法定程序进行裁决，应认定枉法裁决。一审法院应当在万得公司原仲裁请求范围内进行审理，依法判决，不应当变更案由对实质竞业限制纠纷进行审理。一审法院剥夺上诉人的辩论权利，在第二次开庭对证据进行质证后，并没有依法组织法庭辩论。一审法庭有意忽视上诉人第二次庭审中提供的相关证据，对有关证据没有依法进行认证。一审判决认定事实不清，对两家公司实际经营的产品、范围、行业、各自竞争公司没有查明。上诉人在一审中提供了与本案有关的两家公司的实际经营产品、范围、行业及其竞争公司的证据材料，足以认定两家公司产品不同、经营范围不同、行业不同，根本不存在实际竞争关系。一审判决对上述证据材料并未提及，没有依法查明两家公司实际经营产品、范围、行业。一审判决没有

查明上诉人在被上诉人公司实际涉及哪些商业秘密或知识产权保密事项。一审判决适用法律错误。一审判决没有充分考虑软件和互联网行业特点，没有充分考虑保障软件工程师劳动就业的权利。综上，请求二审法院依法改判或发回重审。

万得公司辩称：不同意上诉人的上诉请求。上诉人于2018年7月2日入职担任智能数据分析岗位，后于2020年7月27日离职，双方签有竞业限制协议，约定离职后的两年内上诉人应当履行竞业限制义务。被上诉人向上诉人支付了2020年8月和9月的竞业限制补偿金，但上诉人一直没有按约履行报备就业信息。后被上诉人了解到上诉人已经在被上诉人的竞争对手上海XX有限公司(以下简称XX公司)工作。根据两家公司的营业执照，两家公司的经营范围存在重合且上诉人在两家企业从事高度类似的工作，均涉及数据分析抓取，已经构成竞业行为。综上，一审法院认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉人的上诉请求。

王山向一审法院提出诉讼请求：1.判令王山无需继续履行竞业限制义务；2.判令王山不返还万得公司2020年8月、9月的竞业限制经济补偿金6,796元；3.判令王山不支付万得公司竞业限制违约金200万元。

一审法院认定事实：王山于2018年7月2日进入万得公司工作，双方签订了期限为2018年7月2日至2021年8月31日的劳动合同，约定王山担任智能数据分析岗位工作，月基本工资4,500元、岗位津贴15,500元，合计20,000元。

2019年7月23日，王山、万得公司又签订《竞业限制协议》，约定竞业行为指员工自己或与其他个人或组织合作，直接或间接的从事竞争性业务，或为竞争性单位提供服务或劳务，包括但不限于担任竞争性单位的合伙人、董事、监事、股东、法定代表人、管理人员或一般职员、代理人、顾问等，或直接或者间接地、单独或者共同地与竞争性单位存在任何形式的投资关系、劳动关系、劳务关系、合作关系、加盟关系等；王山离职后的竞业限制期限为王山无论因何种原因解除或终止与万得公司劳动关系后的24个月；在竞业限制义务生效期间内，如王山与其他个人或组织建立了投资关系、劳动关系、劳务关系、合作关系、代理关系、加盟关系以及其他民事法律关系后，该个人或组织开展或准备开展的新业务或生产的新的产品与万得公司存在竞争或潜在竞争关系的，王山应当立即以书面形式向

万得公司汇报，同时应立即主动终止或者解除与上述个人或组织之间的投资关系、劳动关系、劳务关系、合作关系、代理关系、加盟关系以及其他民事法律关系；在竞业限制义务生效期间，万得公司按照双方劳动合同解除或终止前王山十二个月平均工资的20%按月向王山支付经济补偿，计算月平均工资时，以王山实发工资收入为准，与股权激励相关的分红、期权、股权等不计算在内；在竞业限制义务生效期间，王山为证明已履行了竞业限制义务，每月均应在万得公司支付竞业限制补偿金前10日，向万得公司提交下列证明材料：(1)从万得公司离职后，与新单位签订的劳动合同，或者能够证明与新单位存在劳动关系的其他证明(新单位系具有劳务派遣资质企业，王山应当提交新单位与用工单位、王山之间的三方协议)、新单位为王山缴纳社会保险的证明；(2)当王山为自由职业或无业状态，无法提供上述(1)项证明时，可由其所在街道办事处、居委会(村委会)、失业登记证或其它公证机构出具关于王山从业情况的证明；在竞业限制义务生效期间内具有下列情况之一时，视为王山违反竞业限制义务：(1)王山或王山关联人从竞争性单位处领取任何报酬(包括但不限于以薪酬、报酬、劳务费用、分红等任何名义)，或获得旅游、实物、购物卡、消费卡、报销等好处；(2)在竞争性单位缴纳个人所得税，或社会保险，或住房公积金；(3)王山不能按本协议约定向万得公司说明当下工作情况或所说明情况与实际不符；(4)其他违反竞业限制义务的情形；王山离职后违反本协议项下的竞业限制义务或其他义务，万得公司有权同时要求王山承担下列责任：(1)要求王山和其他侵权人停止违约行为和/或侵权行为，王山继续履行本协议项下对万得公司竞业限制义务或其他义务；(2)王山应将万得公司在离职后支付的竞业限制补偿金全部返还万得公司；(3)王山从事竞业行为所获利益应归万得公司所有；(4)王山应向万得公司支付违约金，违约金标准为王山离职前十二个月工资总额的十倍。

2020年7月27日，王山填写《辞职申请表》，以个人原因为由解除与万得公司的劳动合同。

2020年8月5日，万得公司向王山发出《关于竞业限制的提醒函》，载明“……您(即王山)从离职之日2020年7月27日起须承担竞业限制义务，不得到竞业企业范围内工作或任职。从本月起我们将向您支付竞业限制补偿金，请您在收到竞业限制补偿金的10日内，提供新单位签订的劳动合同及社保记

录，若为无业状态的请由所在街道办事处等国家机关出具您的从业情况证明。若您违反竞业限制义务或其他义务，请于10日内予以改正，继续违反竞业协议约定的，则公司有权再次要求您按《竞业限制协议》约定承担违约金，违约金标准为20万元以上，并将公司在离职后支付的竞业限制补偿金全部返还……”。

2020年10月12日，万得公司向王山发出《法务函》，再次要求王山履行竞业限制义务。

2020年11月13日，万得公司向上海市浦东新区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，其要求王山：1.按双方签订的《竞业限制协议》履行竞业限制义务；2.返还2020年8月、9月支付的竞业限制补偿金6,796元；3.支付竞业限制违约金200万元。2021年2月25日，该仲裁委员会作出裁决：王山按双方签订的《竞业限制协议》继续履行竞业限制义务，王山返还万得公司2020年8月、9月支付的竞业限制补偿金6,796元，王山支付万得公司竞业限制违约金200万元。王山不服仲裁裁决，遂向一审法院提出起诉。

另查明，万得公司的经营范围包括：计算机软硬件的开发、销售，计算机专业技术领域及产品的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务。

XX公司的经营范围包括：从事信息科技、计算机软硬件、网络科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等。

王山、万得公司一致确认：王山竞业限制期限为2020年7月28日至2022年7月27日；万得公司已支付王山2020年7月28日至2020年9月27日竞业限制补偿金6,796.92元。

一审法院认为，根据法律规定，用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。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。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。竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期、地域人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单

位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。本案中，双方争议焦点在于王山至XX公司工作是否有违王山、万得公司签订的《竞业限制协议》的约定。对此，一审法院认为，首先，根据万得公司与XX公司的经营范围来看，两家公司均从事计算机软硬件相关技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务，经营范围存在重合，两家公司属于竞争企业。其次，根据王山、万得公司签订的劳动合同，以及王山与XX公司签订的劳动合同来看，王山在万得公司处的工作岗位为职能数据分析，在XX公司处的工作岗位为高级算法工程师，均系计算机领域内的相关岗位。而竞业限制制度设计目的是要防范离职员工实际利用原用人单位商业秘密或有运用的潜在可能而不正当地侵害原用人单位的竞争优势。万得公司作为运营金融数据、信息和软件服务的互联网企业，其竞争优势就在于计算机软件的技术开发、技术服务，而王山离职后即加入同为从事计算机软件技术开发、技术服务的互联网企业XX公司，存在利用其在万得公司处掌握的商业秘密侵害其竞争优势的潜在可能。因此，一审法院确认王山自万得公司处离职后与XX公司建立劳动关系，有违竞业限制协议的约定。

仲裁裁决王山按双方签订的《竞业限制协议》继续履行竞业限制义务。现王山、万得公司一致确认王山竞业限制期限为2020年7月28日至2022年7月27日，因此王山理应继续履行与万得公司签订的《竞业限制协议》，继续履行竞业限制义务。

关于返还竞业限制补偿金的诉讼请求。根据王山、万得公司签订的《竞业限制协议》约定，王山离职后违反协议项下的竞业限制义务或其他义务，万得公司有权同时要求王山承担下列责任：王山应将万得公司在离职后支付的竞业限制补偿金全部返还万得公司。现一审法院前述认定王山已违反竞业限制义务，故王山应按照竞业限制协议约定，返还万得公司其已收悉的竞业限制补偿金。现万得公司已支付王山2020年7月28日至2020年9月27日竞业限制补偿金6,796.92元，而仲裁裁决王山返还万得公司竞业限制补偿金6,796元，万得公司就此未提出异议，应视为认可该裁决结果，故一审法院亦予以确认，王山应返还万得公司2020年7月28日至2020年9月27日竞业限制补偿金6,796元。对王山要求不返还万得公司竞业限制补偿金6,796元的诉讼请求，一审法院不予支持。

关于违反竞业限制违约金的诉讼请求。根据一审法院前述认定，王山已违反竞业限制义务，理应向万得公司支付违反竞业限制违约金。对王山要求不支付万得公司竞业限制违约金的诉讼请求，一审法院不予支持。现双方争议焦点在于违约金的数额。对此，一审法院认为，根据法律规定，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，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。本案中，根据王山、万得公司签订的《竞业限制协议》约定，违约金标准为王山离职前十二个月工资总额的十倍。而双方劳动合同约定，王山月工资为20,000元。现万得公司未提供证据证明其因王山的违约行为而造成的损失数额，而王山认为《竞业限制协议》约定的违约金过分高于万得公司实际遭受的损失，要求一审法院予以调整。故结合王山月工资标准及在万得公司处的工作年限，一审法院酌情调整违约金数额为240,000元。

综上所述，依照《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条、第二十四条规定，一审法院判决如下：一、王山与万得公司继续履行竞业限制义务；二、王山于本判决生效之日起十日内返还万得公司2020年7月28日至2020年9月27日竞业限制补偿金6,796元；三、王山于本判决生效之日起十日内支付万得公司违反竞业限制违约金240,000元。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费10元，减半计5元，免予收取。

二审中，上诉人向本院提交如下新证据：1.万得公司wind金融手机终端截图，旨在证明万得公司对外公开宣称wind金融终端是数十万金融专业人士的选择，最佳的中国金融业生产工具和平台；2.wind金融终端著作权登记情况，旨在证明wind金融终端均进行著作权登记，受著作权保护，已经公

开发布；3.5组案例，旨在证明万得公司实际经营业务就是金融信息服务，其只能与金融、信息服务企业形成一种竞争关系；4.XX公司的招股说明书，旨在证明XX公司属于泛视频行业，经营视频平台，提供内容品类包括生活、游戏、娱乐、动漫、科技和知识等众多领域，供人们娱乐沟通；5.万得手机网站截图、万得在抖音和哔哩哔哩平台账号信息，旨在证明XX公司与万得公司是合作关系。

被上诉人对上诉人提交的新证据质证如下：对于证据1的真实性予以确认，但关联性不予认可；对于证据2的真实性予以确认，但认为著作权都已经确认了，更可以证明应当予以保护；对于证据3、4的真实性无法确认，且与本案无关；对于证据5认为不能证明双方之间是合作关系。

本院对于上诉人提交的证据1、2、5的真实性予以确认，对于关联性将结合案情加以综合评定。对于证据3、4因上诉人提供的证据形式要件不符合相关法律规定，故本院对于该些证据的真实性不予确认。

本院经审理查明，一审认定事实正确，本院依法予以确认。

本院认为，本案的争议焦点如下：1.仲裁裁决、一审判决是否存在程序瑕疵；2.上诉人是否违反了竞业限制协议；3.上诉人是否应当继续履行竞业限制协议。

关于仲裁裁决、一审判决是否存在程序瑕疵的问题。对此，本院认为，用人单位之所以要在竞业限制协议中设定劳动者定期报备工作情况的义务，系为了根据劳动者的工作情况来判断其是否违反了竞业限制义务。劳动者拒不提供工作情况说明的，作为用人单位，难以通过一己之力去调查劳动者的就业情况。故应当允许用人单位在无从了解劳动者就业情况的前提下，通过法律路径来进行权利救济。本案中，被上诉人以上诉人未向其提供工作情况说明为由主张其违反了竞业限制义务，表象虽为主张劳动者违反了报备义务，但其实质还是认为劳动者可能存在竞争企业就职的情形。尤其在仲裁

阶段，在仲裁员要求下，上诉人仍坚持不披露其工作单位，最终不得不由仲裁员调查上诉人的工作情况。在此前提下，仲裁委、一审法院对劳动者在XX公司就业是否构成了违反竞业限制义务作出裁决，并无明显程序瑕疵。上诉人现认为仲裁裁决、一审判决存在程序瑕疵，没有相应的法律依据，本院不予采信。

关于上诉人是否违反了竞业限制协议的问题。对此，上诉人认为万得公司与其就业的XX公司并非竞争关系，故上诉人并未违反竞业限制协议。而被上诉人坚持认为其与XX公司的经营范围存在重合，故上诉人违反了竞业限制协议。对此，本院认为，所谓竞业限制是指对原用人单位负有保密义务的劳动者，于离职后在约定的期限内，不得生产、自营或为他人生产、经营与原用人单位有竞争关系的同类产品及业务，不得在与原用人单位具有竞争关系的用人单位任职。竞业限制制度的设置系为了防止劳动者利用其所掌握的原用人单位的商业秘密为自己或为他人谋利，从而抢占了原用人单位的市场份额，给原用人单位造成损失。所以考量劳动者是否违反竞业限制协议，最为核心的是应评判原用人单位与劳动者自营或者入职的单位之间是否形成竞争关系。需要说明的是，正是因为竞业限制制度在保护用人单位权益的同时对劳动者的就业权利有一定的限制，所以在审查劳动者是否违反了竞业限制义务时，应当本着谨慎的态度来审查劳动者自营或入职公司与原用人单位之间是否形成竞争关系。一方面考虑到实践中往往存在企业登记经营事项和实际经营事项不相一致的情形，另一方面考虑到经营范围登记类别是工商部门划分的大类，所以这种竞争关系的审查，不应拘泥于营业执照登记的营业范围，否则对劳动者亦或是对用人单位都有可能造成不公平。故在具体案件中，还可以从两家企业实际经营的内容是否重合、服务对象或者所生产产品的受众是否重合、所对应的市场是否重合等多角度进行审查，以还原事实之真相，从而能兼顾用人单位和劳动者的利益，以达到最终的平衡。

本案中，万得公司的经营范围为计算机软硬件的开发、销售、计算机专业技术领域及产品的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务。而XX公司的经营范围包括从事信息科技、计算机软硬件、网络科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等。对比两家公司的经营范围，确实存在一定的重合。但互联网企业往往在注册登记时，经营范围都包含了软硬件开发、技术咨询、技术转让、技术服务，如仅以此为据，显然会对互联网就业人员尤其是软件工程师再就业造成极大障碍，对社会人力资源造成极大的浪费，也有悖于竞业限制制度的立法本意。故在判断是否构成竞争关系时，还应当结合公司实际经营内容及受众等因素加以综合评判。本案中，上诉人举证证明万得公司在其Wind金融手机终端上宣称Wind金融终端是数十万金融专业人士的选择、最佳的中国金融业生产工具和平台。而万得公司的官网亦介绍，“万得公司(下称Wind)是中国大陆领先的金融数据、信息和软件服务企业，在国内金融信息服务行业处于领先地位，是众多证券公司、基金管理公司、保险公司、银行、投资公司、媒体等机构不可或缺的重要合作伙伴，在国际市场中，Wind同样受到了众多中国证监会批准的合格境外机构投资者的青睐。此外，知名的金融学术研究机构 and 权威的监管机构同样是Wind的客户；权威的中英文媒体、研究报告、学术论文也经常引用Wind提供的数据……”。由此可见，万得公司目前的经营模式主要是提供金融信息服务，其主要的受众为相关的金融机构或者金融学术研究机构。而反观XX公司，众所周知其主营业务是文化社区和视频平台，即提供网络空间供用户上传视频、进行交流。其受众更广，尤其年轻人对其青睐有加。两者对比，不论是经营模式、对应市场还是受众，都存在显著差距。即使普通百姓，也能轻易判断两者之差异。虽然XX公司还涉猎游戏、音乐、影视等领域，但尚无证据显示其与万得公司经营的金融信息服务存在重合之处。在此前提下，万得公司仅以双方所登记的经营范围存在

重合即主张两家企业形成竞争关系，尚未完成其举证义务。更何况万得公司在竞业限制协议中所附录的重点限制企业均为金融信息行业，足以表明万得公司自己也认为其主要的竞争对手应为金融信息服务企业。故一审法院仅以万得公司与XX公司的经营范围存在重合，即认定上诉人入职XX公司违反了竞业限制协议的约定，继而判决上诉人返还竞业限制补偿金并支付违反竞业限制违约金，有欠妥当，本院予以纠正。

关于上诉人是否应当继续履行竞业限制协议的问题。对此，本院认为，上诉人与被上诉人签订的竞业限制协议不存在违反法律法规效力性强制规定的内容，故该协议合法有效，对双方均有约束力。因协议中约定双方竞业限制期限为2020年7月28日至2022年7月27日，目前尚在竞业限制期限内。故一审法院判决双方继续履行竞业限制协议，并无不当。上诉人主张无需继续履行竞业限制协议，没有法律依据，本院不予支持。需要强调的是，根据双方的竞业限制协议，上诉人应当按时向被上诉人报备工作情况，以供被上诉人判断其是否违反了竞业限制协议。本案即是因为上诉人不履行报备义务导致被上诉人产生合理怀疑，进而产生了纠纷。还望上诉人在今后履行竞业限制协议时，恪守约定的义务，诚信履行协议。

综上所述，王山的上诉请求部分成立，本院予以支持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第二项之规定，判决如下：

一、维持上海市浦东新区人民法院(2021)沪0115民初35993号民事判决第一项；

二、撤销上海市浦东新区人民法院(2021)沪0115民初35993号民事判决第二项、第三项；

三、上诉人王山无需向被上诉人万得信息技术股份有限公司返还2020年7月28日至2020年9月27日竞业限制补偿金6,796元；

四、上诉人王山无需向被上诉人万得信息技术股份有限公司支付违反竞业限制违约金200万元。

一审案件受理费10元，减半计5元，免予收取；二审案件受理费10元，由被上诉人万得信息技术股份有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长 王 茜  
审判员 周 寅  
审判员 郑东和  
二〇二二年一月二十六日  
法官助理 钟嫣然  
书记员 钟 嫣

## 本刊主编



### 梁辉律师

---

四川恒和信律师事务所劳动法律部副部长

多家上市公司、大型国企、人力资源公司劳动人事专项法律顾问，为超2000家企业提供劳动人事法律培训。



### 邱鑫锐律师

---

毕业于西南大学法学院，深度了解劳动人事、民商事诉讼、建设工程合同纠纷、民间借贷纠纷等多个领域。



### 林芬律师

---

恒和信专职律师，翻译专业硕士研究生，担任多家大型国有企业常年法律顾问，在公司法、劳动法等专项法律服务和争议解决方面具有丰富经验。



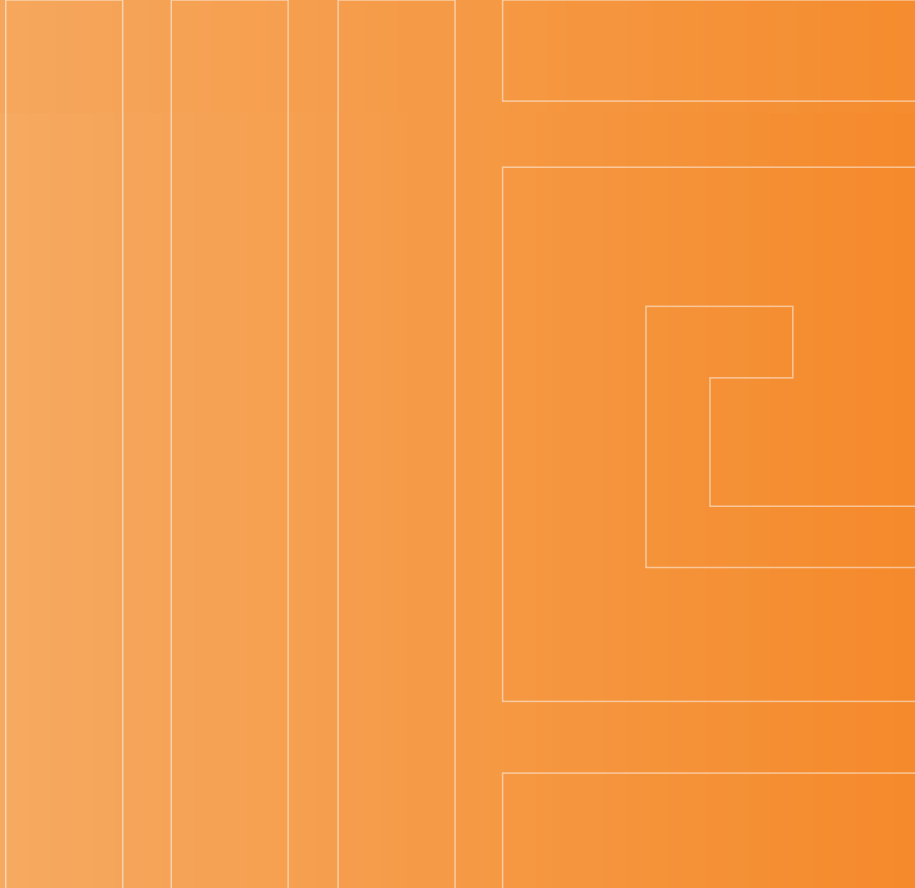
### 孙晓艳律师

---

恒和信专职律师，毕业于安徽财经大学法学院、台湾淡江大学，2016年毕业于从事律师职业至今，担任多家大型企业的法律顾问，在公司法、知识产权、民商事诉讼等领域具有丰富实务经验。



恒和信公众号



---

◎ 本期编辑：梁辉、邱鑫锐、林芬、孙晓艳

 恒和信律师事务所  
HENGHEXIN LAW FIRM