劳动和社会保障法律资讯

第八期

深圳市律师协会劳动与社会保障法律业务委员会 二〇一三年三月三十一日

本期目录

一、最新文件

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)

2

二、参考案例

上诉人欧文敏与被上诉人美联实业有限公司竞业限制合同违约纠纷 一案 7

三、实务研讨

最高法院劳动争议司法解释(四)业务研讨会议纪要

19

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)

法释〔2013〕4号

《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)》已于2012年12月31日由最高人民法院审判委员会第1566次会议通过,现予公布,自2013年2月1日起施行。

最高人民法院 2013 年 1 月 18 日

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)

为正确审理劳动争议案件,根据《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定,结合民事审判实践,就适用法律的若干问题,作如下解释:

第一条 劳动人事争议仲裁委员会以无管辖权为由对劳动争议 案件不予受理, 当事人提起诉讼的, 人民法院按照以下情形分别处 理:

- (一)经审查认为该劳动人事争议仲裁委员会对案件确无管辖权的,应当告知当事人向有管辖权的劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁;
- (二)经审查认为该劳动人事争议仲裁委员会有管辖权的,应 当告知当事人申请仲裁,并将审查意见书面通知该劳动人事争议仲 裁委员会,劳动人事争议仲裁委员会仍不受理,当事人就该劳动争 议事项提起诉讼的,应予受理。

第二条 仲裁裁决的类型以仲裁裁决书确定为准。

仲裁裁决书未载明该裁决为终局裁决或非终局裁决,用人单位 不服该仲裁裁决向基层人民法院提起诉讼的,应当按照以下情形分 别处理:

- (一)经审查认为该仲裁裁决为非终局裁决的,基层人民法院 应予受理;
- (二)经审查认为该仲裁裁决为终局裁决的,基层人民法院不予受理,但应告知用人单位可以自收到不予受理裁定书之日起三十日内向劳动人事争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销该仲裁裁决;已经受理的,裁定驳回起诉。

第三条 中级人民法院审理用人单位申请撤销终局裁决的案件,应当组成合议庭开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人,对没有新的事实、证据或者理由,合议庭认为不需要开庭审理的,可以不开庭审理。

中级人民法院可以组织双方当事人调解。 达成调解协议的,可

以制作调解书。一方当事人逾期不履行调解协议的,另一方可以申请人民法院强制执行。

第四条 当事人在人民调解委员会主持下仅就给付义务达成的 调解协议,双方认为有必要的,可以共同向人民调解委员会所在地 的基层人民法院申请司法确认。

第五条 劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作,原用人单位未支付经济补偿,劳动者依照劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同,或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同,在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时,劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的,人民法院应予支持。

用人单位符合下列情形之一的,应当认定属于"劳动者非因本 人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作":

- (一) 劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作, 劳动合同主体 由原用人单位变更为新用人单位:
 - (二)用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动;
 - (三) 因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动;
 - (四) 用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同;
 - (五) 其他合理情形。

第六条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制,但 未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿,劳动者履行 了竞业限制义务,要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终 止前十二个月平均工资的 30%按月支付经济补偿的,人民法院应予支持。

前款规定的月平均工资的30%低于劳动合同履行地最低工资标准的,按照劳动合同履行地最低工资标准支付。

第七条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和 经济补偿,当事人解除劳动合同时,除另有约定外,用人单位要求 劳动者履行竞业限制义务,或者劳动者履行了竞业限制义务后要求 用人单位支付经济补偿的,人民法院应予支持。

第八条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和 经济补偿,劳动合同解除或者终止后,因用人单位的原因导致三个 月未支付经济补偿,劳动者请求解除竞业限制约定的,人民法院应 予支持。

第九条 在竞业限制期限内,用人单位请求解除竞业限制协议时,人民法院应予支持。

在解除竞业限制协议时,劳动者请求用人单位额外支付劳动者 三个月的竞业限制经济补偿的,人民法院应予支持。

第十条 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。

第十一条 变更劳动合同未采用书面形式,但已经实际履行了口 头变更的劳动合同超过一个月,且变更后的劳动合同内容不违反法 律、行政法规、国家政策以及公序良俗,当事人以未采用书面形式 为由主张劳动合同变更无效的,人民法院不予支持。

第十二条 建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动 合同法第三十九条、第四十条规定,但未按照劳动合同法第四十三 条规定事先通知工会,劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请 求用人单位支付赔偿金的,人民法院应予支持,但起诉前用人单位 已经补正有关程序的除外。

第十三条 劳动合同法施行后,因用人单位经营期限届满不再继续经营导致劳动合同不能继续履行,劳动者请求用人单位支付经济补偿的,人民法院应予支持。

第十四条 外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中国境内的用人单位签订劳动合同,以及香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民未依法取得就业证件即与内地用人单位签订劳动合同,当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的,人民法院不予支持。

持有《外国专家证》并取得《外国专家来华工作许可证》的外国人,与中国境内的用人单位建立用工关系的,可以认定为劳动关系。

第十五条 本解释施行前本院颁布的有关司法解释与本解释抵触的,自本解释施行之日起不再适用。

本解释施行后尚未终审的劳动争议纠纷案件,适用本解释;本 解释施行前已经终审,当事人申请再审或者按照审判监督程序决定 再审的,不适用本解释。

上诉人欧文敏与被上诉人美联实业有限公司 竞业限制合同违约纠纷一案

广东省高级人民法院 民事判决书

(2009) 粤高法民三终字第 115 号

上诉人(原审被告): 欧文敏,女,汉族,1984年8月1日出生,住址:深圳市福田区彩田南路海天综合大厦515室。

被上诉人(原审原告):美联实业有限公司,地址:香港九龙尖沙嘴山林道9号卓恒中心1404室。

法定代表人: LONG YANG XIN。

上诉人欧文敏因与被上诉人美联实业有限公司竞业限制合同违约纠纷一案,不服广东省深圳市中级人民法院(2008)深中法民三初字第48号民事判决,向本院提起上诉,本院受理后,依法组成合议庭,对本案进行了审理,现已审理终结。

原审法院审理查明:一、美联实业有限公司系 1998 年 12 月注 册成立的一家香港公司。2002 年 5 月 30 日,香港美联实业有限公司深圳代表处经中华人民共和国国家工商行政管理局审核予登记注 册,并获颁发外国(地区)企业常驻代表机构登记证,该代表处业务范围为:代表本公司开展电子产品配件贸易业务的联络活动。不 得直接从事经营活动。

2002年5月30日,美联实业有限公司与 Seatech International (思泰国际)在深圳市签订了"合作协议"一份,协议声称思泰国际是一家从事电子元器件,半导体晶片,集成电路的采购及销售的美国公司,思泰国际独家授权美联实业有限公司使用思泰国际品牌在亚洲地区开展业务,包括许可美联实业有限公司使用思泰国际的网站 www.seatech-international.com 资源对外宣传,美联实业有限公司不得在亚洲地区使用自己的品牌从事任何与思泰国际业务相竞争的行为,包括但不限于提供同类产品,同类服务等。合作期限:2002年5月30日至2012年12月30日。

美联实业有限公司所提交打印网页资料显示,思泰国际是一家 电子元器件独立分销商,主要为原始电子设备制造商、合约生产商 以及电子产品生产服务商提供电子元器件供应链解决方案,提供全 面产品线的电子产品,其中包括半导体集成电路、被动电子器件、 电脑周边产品以及网络设备等。

二、2006年7月17日,欧文敏与美联实业有限公司深圳代表处签订"劳动合约书"一份。约定甲方(指美联实业有限公司深圳代表处)聘用乙方(指欧文敏)为其员工,乙方具体职位为销售部销售联络员,乙方底薪为每月人民币2968元,合约期从2006年7月17日起至2007年7月16日止。双方还在"劳动和约书"中约定:乙方在与甲方劳动关系存续期间以及劳动关系终止、解除后一定期限内对甲方负有保密及竞业限制之义务,具体依甲乙双方另行签订

之"员工保密协议书"及"竞业限制协议书"。

2006年7月17日,美联实业有限公司深圳代表处与欧文敏签 订了一份"竟业限制协议书"。协议书称:鉴于乙方(指欧文敏)接 受甲方(指美联实业有限公司深圳代表处)的聘任成为甲方的员工, 担任销售部销售联络员职务,从事/负责销售联络工作;乙方在工作 中可获得、知悉或接触到甲方的先进的经营模式、营业诀窍和商业 秘密等资讯:上述资讯为甲方之专有利益,如被第三人利用将对甲 方造成重大损失。甲乙双方经过友好协商,就乙方对甲方履行从业、 竞业限制之事宜,一致达成协议如下:"限制地区"是指乙方须履行 从业和竞业限制业务的区域。这些区域目前包括中国、美国以及其 他甲方及其关联公司在全球每个营业的地区。甲方有权依据其营业 状况增加或减少该等区域:作为甲方向乙方支付竞业限制补偿费之 对价, 乙方承诺和保证履行如下竞业限制之义务: 乙方不得到与甲 方或甲方关联公司经营同类产品或提供同类服务或具有竞争关系的 企业、公司、或其他组织等第三人及其母公司、子公司或关联公司 工作,担任股东、合伙人、董事、监事、经理、职员、特别助理、 代理人、代表人、顾问等: 乙方不得直接或间接在限制区域内从事 任何与甲方及其关联公司业务相竞争之行为, 包括但不限于利用在 甲方工作期间知悉的商业秘密经营、提供与甲方及其关联公司相同、 相似或相竞争的产品或服务,或提升、改善与甲方及其关联公司存 在竞争关系的任何第三人的竞争力; 乙方不得为自己或第三人接触、 拜访甲方及其关联公司的客户、向该等客户销售、提供与甲方及其

关联公司相同、相似或相竞争的产品或服务, 或诱使该等客户取消 与甲方及其关联公司现有或正在洽谈的业务; 乙方将不会散布任何 有损于甲方及其关联公司或他们的董事、管理人员、员工声誉或利 益的言论或资讯: 乙方将不从事或协助他人从事电子元器件、半导 体晶片、积体电路的采购、销售、贸易等业务或与之相关的咨询业 务;除经甲方事先书面同意,乙方须自乙方受聘于甲方之时或乙方 接触、使用、管理、掌握甲方商业秘密之时起,至甲乙双方的劳动 关系终止或解除后2年内,履行本协议约定之从业、竞业限制义务; 以乙方完全履行本协议约定之从业、竞业限制义务为条件,甲方须 在甲乙双方劳动关系存续期间,提前按月向乙方支付补偿费用,该 项费用为每月人民币 2500 元,与乙方工资、福利等一并支付,并在 工资单上注明: 乙方违反协议上述约定义务, 须一次性向甲方支付 违约金人民币 25 万元; 乙方还应赔偿甲方, 因违约所带给乙方的全 部利益或预期可得利益, 以及甲方在寻求救济中付出的费用如调查 费、诉讼费、仲裁费和律师费等; 乙方须继续履行本协议的义务。

同日,美联实业有限公司深圳代表处与欧文敏签订了"员工保 密协议书"。

2007年8月17日,美联实业有限公司深圳代表处、深圳市中和对外商务服务有限公司以及欧文敏签订了"劳动合约书"、"劳动合同"各一份。该"劳动合同"载明,根据美联实业有限公司深圳代表处与深圳市中和对外商务服务有限公司签订"聘用员工劳务合同",乙方(指深圳市中和对外商务服务有限公司)聘派欧文敏到甲

方(指美联实业有限公司深圳代表处)工作,聘用时间1年,从2007年7月17日至2008年7月16日。

2006年7月28日至2007年9月27日,欧文敏在美联实业有限公司深圳代表处工作,并领取了15个月的薪酬。除2006年7月外,欧文敏其余14个月领取薪酬中均注明其中2500元为竞业补偿。

三、美联实业有限公司所提交公证书(对伟德国际贸易有限公司网站宣传所作公证)表明,伟德国际贸易有限公司是一家半导体和电子元器件的独立分销商,主要从事集成电路、存储器、芯片组、三极管、二极管及各种被动电子器件销售。

四、2007年10月12日,欧文敏从美联实业有限公司深圳代表处离职。此后不久,欧文敏到伟德国际贸易有限公司上海代表处工作。

五、美联实业有限公司为本案支付律师费人民币 20000 元,支 付公证费 600 元。

原审法院认为,本案属于竞业限制合同违约纠纷。竞业限制是指依照法律的规定或者合同的约定,企业可以禁止其职工在任职期间或者离职后的一定时期内,不得从事与本企业有密切竞争关系的业务活动。本案美联实业有限公司系一家香港公司,其通过与思泰国际合作的方式使用"Seatech International/思泰国际"品牌开展包括电子元器件、半导体晶片、集成电路的采购及销售等在内的业务活动。美联实业有限公司深圳代表处系经我国国家工商行政管理局审核予登记注册,并获颁发外国(地区)企业常驻代表机构登记证,

有权代表美联实业有限公司公司开展电子产品配件贸易业务的联络 活动。欧文敏受聘于美联实业有限公司深圳代表处,担任销售部销 售联络员。欧文敏任职美联实业有限公司深圳代表处期间,不可避 免会了解、掌握美联实业有限公司的客户名单、产品来源、经营模 式等商业秘密。如果欧文敏自己开办或者在与美联实业有限公司经 营范围相同的企业从事相同的工作, 难以避免会利用其在美联实业 有限公司深圳代表处所掌握的各种知识和信息, 从而与美联实业有 限公司竞争, 甚至损害美联实业有限公司的利益。因此, 经过当事 人的自愿协商,企业可以通过约定的方式禁止其员工任职期间或者 离职之后的一定时期内不得从事某种竞争性的经营活动。本案中, 欧文敏与美联实业有限公司深圳代表处签订的"竞业限制协议书", 是双方当事人自愿协商后签订的。该"竞业限制协议书"对美联实 业有限公司所负担向欧文敏支付竞业补偿、欧文敏所负担竞业限制 义务所涉及行业、地域、时间以及违约责任的承担等作了具体约定。 从"竞业限制协议书"约定的内容看,该约定的事项是明确的,也 不违反我国法律禁止性规定。欧文敏主张"竞业限制协议书"内容 不合理、不合法,属无效协议,没有事实和法律依据,原审法院不 予采纳。原审法院认为,"竞业限制协议书"是双方当事人的真实意 思表示,合法有效,对签约双方具有约束力。

美联实业有限公司、欧文敏签订"竞业限制协议书"后,美联 实业有限公司深圳代表处已经按照约定,在双方劳动关系存续期间, 提前按每月人民币 2500 元向欧文敏支付补偿费用,已经支付了 14 个月,共计人民币35000元,美联实业有限公司已经部分履行已方 义务。欧文敏离开美联实业有限公司深圳代表处后立即到伟德国际 贸易有限公司上海代表处工作,而伟德国际贸易有限公司是一家半 导体和电子元器件的独立分销商,主要从事集成电路、存储器、芯 片组、三极管、二极管及各种被动电子器件销售, 其从事与美联实 业有限公司基本相同的业务。且欧文敏在任职伟德国际贸易有限公 司上海代表处期间从事了与美联实业有限公司基本相同的业务活 动,欧文敏行为已经违反了双方签订的"竞业限制协议书"。因此, 欧文敏应当依法承担相应的法律责任。对于美联实业有限公司"欧 文敏立即停止从事销售美联实业有限公司同类产品的不正当竞争行 为"的诉讼请求,原审法院予以支持。考虑美联实业有限公司仅向 欧文敏支付14个月的竞业补偿,欧文敏离职后,美联实业有限公司 没有继续向欧文敏继续支付竞业补偿,诉讼过程中,美联实业有限 公司表明其无意继续向欧文敏支付所余 10 个月的竞业补偿,故欧文 敏竞业限制期限为其从美联实业有限公司深圳代表处离职后的 14 个月。关于违约金数额问题,考虑欧文敏参加工作不久,收入有限, 美联实业有限公司未能提供证据证明欧文敏行为造成美联实业有限 公司较大经济损失等情况,双方约定25万元违约金明显过高,原审 法院酌情减少为35000元。美联实业有限公司没有充分证据证明欧 文敏确实与美联实业有限公司原有客户联络业务, 美联实业有限公 司商业声誉因欧文敏散布有关言论而受损, 故对于美联实业有限公 司请求判令欧文敏"立即停止联络美联实业有限公司客户;停止向

美联实业有限公司客户销售美联实业有限公司同类产品的行为;停止散布有损美联实业有限公司形象的言论,欧文敏在

http://www.esmchina.com/("国际电子商情网")首页头版向美联实业 有限公司公开赔礼道歉三个月"诉讼请求,原审法院不予支持。关 于欧文敏辩称美联实业有限公司深圳代表处不具备签订劳动的主体 资格,美联实业有限公司与欧文敏之间签订的劳动合同无效,原审 法院认为, 欧文敏系受深圳市中和对外商务服务有限公司指派到美 联实业有限公司深圳代表处工作, 欧文敏与深圳市中和对外商务服 务有限公司建立劳动关系, 而不直接与美联实业有限公司深圳代表 处建立劳动合同关系,但这并影响欧文敏与美联实业有限公司深圳 代表处之间所签订的"竞业限制协议"的法律效力; 欧文敏所辩称 "美联实业有限公司已提前按月向欧文敏支付竞业限制补偿金 2500 元不是事实"等均与原审法院所查明事实不符,原审法院不予 采纳。依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第一百零 七条、第一百一十四条第一款、第二款、《中华人民共和国民事诉讼 法》第六十四条第一款之规定, 判决: 一、欧文敏立即停止从事竞 业限制行为,且2008年12月11日之前欧文敏均不得从事与美联实 业有限公司有竞争关系的同类业务;二、欧文敏于本判决生效之日 起十日内向美联实业有限公司支付赔偿金人民币 35000 元; 三、驳 回美联实业有限公司其他诉讼请求。欧文敏如果未按本判决指定的 期间履行给付金钱义务,应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》 第二百二十九条之规定, 加倍支付迟延履行期间的债务利息。本案

案件受理费人民币 5350 元,由欧文敏承担,欧文敏应于本判决生效之日起七日内向原审法院交纳。美联实业有限公司预交的案件受理费原审法院予以退回。

欧文敏不服一审判决,向本院提起上诉,请求: 1、撤销一审判决第一、二项,维持判决第三项并追加驳回被上诉人的诉讼请求; 2、重新确认被上诉人存在合同违约并依法解除合同; 3、一、二审诉讼费由被上诉人承担。理由是: 1、本案是合同违约之诉,被上诉人应现履行合同规定的支付竞业限制补偿金的义务,上诉人才履行竞业限制的义务,在被上诉人未履行支付补偿金义务时,上诉人享有先履行抗辩权,上诉人的行为不构成违约。2、合同约定的违约金过高,被上诉人在本合同履行期限届满前,已明确表示或以行为表示不履行主要债务,在被上诉人不履行义务的情况下,还判决要求上诉人继续履行合同义务,明显是不公正的。3、被上诉人支付给上诉人的3.5万元是上诉人任职期间的工资,并非是支付给上诉人的竞业限制补偿金。综上,一审判决认定事实不清,适用法律错误,请求撤销一审判决,支持上诉人的上诉请求。

被上诉人美联实业有限公司答辩称,本案竞业限制合同合法有效,被上诉人支付了相应的补偿金,上诉人应当履行相应的竞业限制义务,一审判决认定事实清楚,适用法律正确,应当予以维持。

本院审理查明,一审法院查明事实属实,本院予以确认。

另查明,美联实业有限公司于 2007 年 12 月 18 日向深圳市中级 人民法院起诉,请求:请求判令:1、欧文敏立即停止从事销售美联 实业有限公司同类产品的不正当竞争行为。2、欧文敏立即停止联络 美联实业有限公司客户。3、欧文敏立即停止向美联实业有限公司客 户销售美联实业有限公司同类产品的行为。4、欧文敏立即停止散布 有损美联实业有限公司形象的言论。5、欧文敏在

http://www.esmchina.com/("国际电子商情网")首页头版向美联实业有限公司公开赔礼道歉三个月。6、欧文敏支付美联实业有限公司竞业限制违约金25万元人民币。7、欧文敏承担美联实业有限公司为此案支出的律师费2万元。8、欧文敏承担本案公证费、保全费、调查取证费、全部诉讼费用等合理费用。

本院认为:上诉人欧文敏与被上诉人美联实业有限公司签订的"竞业限制协议书"是双方当事人的真实意思表示,未违反我国法律禁止性规定,该协议合法有效。

美联实业有限公司、欧文敏签订的"竞业限制协议书"合法有效,双方应当按照该协议履行各自的义务,在该协议签订后,美联实业有限公司深圳代表处按照约定,在双方劳动关系存续期间,提前按每月人民币2500元向欧文敏支付补偿费用,已经支付了14个月,共计人民币35000元,美联实业有限公司部分履行了义务,上诉人提出该35000元为其任职期间的工资收入的主张,无事实依据,本院不予采纳。欧文敏离开美联实业有限公司深圳代表处后立即到伟德国际贸易有限公司上海代表处工作,欧文敏在任职伟德国际贸易有限公司上海代表处期间从事了与美联实业有限公司基本相同的业务活动,欧文敏行为已经违反了双方签订的"竞业限制协议书"。

因此,欧文敏应当依法承担相应的民事责任,因美联实业有限公司仅向欧文敏支付14个月的竞业补偿,欧文敏离职后,美联实业有限公司没有继续向欧文敏继续支付竞业补偿,故欧文敏竞业限制期限为其从美联实业有限公司深圳代表处离职后的14个月,因被上诉人美联实业有限公司已履行了部分合同义务,虽然上诉人享有先履行抗辩权,可以不履行除14个月外的竞业限制合同义务,但对美联实业有限公司已履行的合同义务,其应当履行其相应的合同义务,上诉人欧文敏以其享有先履行抗辩权而不履行全部合同义务的主张,无法律依据,本院不予支持。关于违约金数额问题,原审法院考虑欧文敏参加工作不久,收入有限,美联实业有限公司未能提供证据证明欧文敏行为造成美联实业有限公司较大经济损失等情况,酌情减少为35000元,并无不当,本院予以维持。

综上,原审判决认定事实清楚,适用法律正确,上诉人欧文敏的上诉理由不成立,应予驳回。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项的规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判决。

二审案件受理费 799 元,由上诉人欧文敏承担。

本判决为终审判决。

审判长 邱永清代理审判员 李 嵘 代理审判员 凌健华

二〇〇九年十二月十五日

书 记 员 谢炫桦

书 记 员 孙燕敏

最高法院劳动争议司法解释(四) 业务研讨会议纪要

会议时间: 2013年3月30日上午9: 30——12: 00

会议地点:深圳市福田区市民中心旁荣超商务中心三楼盈科律师所会议室

主持人:李迎春 市律协劳专委主任

参会人员:深圳市律师协会劳动和社会保障业务委员会全体委员及我市部分感兴趣的律师

记录人: 陈伟 市律协劳专委副主任

研讨会背景:

《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"最高院劳动争议司法解释四")已于2012年12月31日由最高人民法院审判委员会第1566次会议通过,并已经公布,自2013年2月1日起施行。

人人均是劳动者,劳动关系是一切社会关系的基础,因此劳动争议也是最为常见、最易引起其他社会关系的法律争议之一。2008年的《中华人民共和国劳动合同法》出台之后曾引起全社会的广泛关注,并在理论界和实务界中引起诸多关注和争议。在司法审判实践,出现了很多新型的劳动争议纠纷,很显然,仅凭劳动合同法及其实施条例是无法解决法律适用问题的。为正确处理劳动争议,保

护劳动者的合法权益,构建和谐劳动关系,最高院于去年出台了劳动争议司法解释四(征求意思稿),于2013年1月18日正式公布了劳动争议司法解释四。

为帮助我市律师正确理解和运用最高院劳动争议司法解释四, 提高我市律师处理劳动争议案件的实务水平,掌握最新的劳动法律 法规,指导我市律师正确妥善处理劳动争议案件,发挥我市律师在 构建和谐劳动关系、促进社会和谐发展方面的积极作用,市律师协 会劳动和社会保障专业委员会针对最高院劳动争议司法解释四,于 2013年3月30日上午经过全体委员认真学习、反复论证和积极研 讨,形成了本会议纪要(大部分内容为专业委员会倾向性意见),以 供我市律师共同学习和参考。

为方便大家理解和记忆,本会议纪要采用逐条研讨的方式进行 记录。

研讨会纪要:

- 1、第一条 劳动人事争议仲裁委员会以无管辖权为由对劳动争 议案件不予受理, 当事人提起诉讼的, 人民法院按照以下情形分别 处理:
- (一)经审查认为该劳动人事争议仲裁委员会对案件确无管辖权的,应当告知当事人向有管辖权的劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁;
 - (二) 经审查认为该劳动人事争议仲裁委员会有管辖权的,应

当告知当事人申请仲裁,并将审查意见书面通知该劳动人事争议仲裁委员会,劳动人事争议仲裁委员会仍不受理,当事人就该劳动争议事项提起诉讼的,应予受理。

研讨意见:

此条规定属于处理管辖权问题的条款,主要解决劳动争议仲裁委以无管辖权为由不予受理的劳动争议案件如何处理的问题。最高院是基于以下两方面的原因而作出上述规定:一是劳动人事争议仲裁委因各种原因故意不受理,逃避管辖;二是劳动者为了尽快进入法院诉讼程序,而故意向无管辖权的劳动争议仲裁委员会申请仲裁,规避劳动争议仲裁程序。此条司法解释赋予以人民法院对劳动人事争议仲裁委受理案件管辖的审查权。

2、第二条 仲裁裁决的类型以仲裁裁决书确定为准。

仲裁裁决书未载明该裁决为终局裁决或非终局裁决,用人单位 不服该仲裁裁决向基层人民法院提起诉讼的,应当按照以下情形分 别处理:

- (一)经审查认为该仲裁裁决为非终局裁决的,基层人民法院 应予受理:
- (二)经审查认为该仲裁裁决为终局裁决的,基层人民法院不予受理,但应告知用人单位可以自收到不予受理裁定书之日起三十日内向劳动人事争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销该仲裁裁决: 已经受理的,裁定驳回起诉。

研讨意见:

此条规定了法院对于仲裁裁决类型的认定。实务中就终局或者非终局裁决,仲裁委的裁决书可能有两种方式:一是未载明是终局裁决或者非终局裁决;二是明确载明是终局裁决或非终局裁决。对于第一种情况,即仲裁委作出的仲裁裁决书未载明裁决为终局裁决或者非终局裁决的,法院可以分别不同情形进行处理。对于第二种情况,如果仲裁委已经在仲裁裁决书上确定了终局或者非终局,则以仲裁裁决书的确定为准。在本司法解释出台之前,如果仲裁委错误地将非终局裁决写成终局裁决,用人单位一方可以适用法律错误为由,向中院申请撤销仲裁裁决,而本司法解释出台之后,即使仲裁委错误将非终局裁决列为终局裁决或将终局裁决列为非终局裁决,法院亦尊重仲裁机关的裁决类型,以仲裁裁决书确定为准。

3、第三条 中级人民法院审理用人单位申请撤销终局裁决的案件,应当组成合议庭开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人,对没有新的事实、证据或者理由,合议庭认为不需要开庭审理的,可以不开庭审理。

中级人民法院可以组织双方当事人调解。达成调解协议的,可以制作调解书。一方当事人逾期不履行调解协议的,另一方可以申请人民法院强制执行。

研讨意见:

以上规定第一款,规定了中院审查撤销仲裁裁决的案件,可以

不开庭开庭,主要是考虑是在司法实践中,很多用人单位申请撤销 裁判的案件目的是想拖延时间,为了提高审理此类案件的审判效率 上,中院可进行书面审理。加上民事诉讼法进行了修改,关于二审 审理方式对劳动争议撤裁案件亦有参考借鉴意义,故做了上述规定。

第二款是规定中院组织双方当事人达成的调解书,具有强制执行效力。第二款中的"调解书"与"调解协议"应当是指中院法院根据双方调解的内容制作并依法送达生效的调解书,因为未经法院确认而只是双方当事人庭外达成的"调解协议"是不具有强制执行法律效力的。

需要注意的是,尽管调解书是由中院制作并送达,但是关于执行法院,仍按民事诉讼法的规定,一般由用人单位所在地基层人民法院作为执行机构。

4、第四条 当事人在人民调解委员会主持下仅就给付义务达成的调解协议,双方认为有必要的,可以共同向人民调解委员会所在地的基层人民法院申请司法确认。

研讨意见:

本条规定在人民调解委员会主持下达成的调解协议,可向法院进行司法确认,从而产生可以强制执行有的法律效力。本条在于解决人民调解委员会的调解工作与人民法院审判工作的衍接问题,根本目的是从根源上解决社会矛盾。

5、第五条 劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作,原用人单位未支付经济补偿,劳动者依照劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同,或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同,在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时,劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的,人民法院应予支持。

用人单位符合下列情形之一的,应当认定属于"劳动者非因本 人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作":

- (一)劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作,劳动合同主体 由原用人单位变更为新用人单位;
 - (二)用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动;
 - (三) 因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动;
 - (四) 用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同;
 - (五) 其他合理情形。

研讨意见:

本条司法解释第一款在于解决非因劳动者本人原因变换用人单位,其计付经济补偿金的工作年限是否连续计算问题。上述规定已经明确了在非因劳动者本人原因变换用人单位的情况下,依法需要计付经济补偿金时,最高院的意思是劳动者的工作年限应当连续计算。工作年限实际上涉及到很多问题,除了经济补偿金以外,还比如,非因劳动者本人原因变换用人单位,其在原用人单位签订劳动合同的次数,到了新用人单位是否连续计算。但本条中只解决经济

补偿金问题,并未规定劳动合同签订次数是否连续计算问题。

第二款是关于"劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作"认定的法定情形界定。

对于上述争议,广东省高院、省劳动争议仲裁委的意见是劳动合同次数以及工作年限都要连续计算的。广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用《劳动争议调解仲裁法》、《劳动合同法》若干问题的指导意见第二十二条规定:"用人单位恶意规避《劳动合同法》第十四条的下列行为,应认定为无效行为,劳动者的工作年限和订立固定期限劳动合同的次数仍应连续计算:

- (一)为使劳动者"工龄归零",迫使劳动者辞职后重新与其签 订劳动合同的;
- (二)通过设立关联企业,在与劳动者签订合同时交替变换用 人单位名称的;
 - (三)通过非法劳务派遣的;
 - (四) 其他明显违反诚信和公平原则的规避行为。

《劳动合同法》实施前,用人单位已按国家和省有关主辅分离辅业改制、劣势企业关闭退出和富余人员安置等规定,办理了解除劳动合同手续并依法支付经济补偿金的,工作年限不连续计算。"

实际上,本条司法解释,是对《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第10条的重申和细化。该条规定:"劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的,劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用人单位已经向劳

动者支付经济补偿的,新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算 支付经济补偿的工作年限时,不再计算劳动者在原用人单位的工作 年限"

此条司法解释具有实务操作指引效果。比如,集团企业员工内部调动时,或者关联企业对员工进行调动时,让员工先离职,然后再入职进入新的用人单位,能否免除新用人单位的用工风险?这是一个值得律师思考的问题。鉴于本条的立法目的在于劳动者的合法权益,因此律师在处理上述法律事务时,应当贯彻这一劳动立法原则,正确指导用人单位进行员工工作调动。

6、第六条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制,但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿,劳动者履行了竞业限制义务,要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的 30%按月支付经济补偿的,人民法院应予支持。

前款规定的月平均工资的 30%低于劳动合同履行地最低工资标准的,按照劳动合同履行地最低工资标准支付。

研讨意见:

本条司法解释主要解决当事人只约定了竞业限制,但未约定竞业限制经济补偿,该经济补偿如何进行确定的问题。最高院规定以双重标准,即按劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的 30%确定月经济补偿款项,同时不得低于劳动合同履行地最低

工资标准。

深圳地方立法对此作出了不同的规定,《深圳经济特区企业技术 秘密保护条例》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。"

参与研讨会的委员归纳出本条司法解释的研讨问题有两个:一 是按月支付经济补偿数额标准确定问题;二是在没有约定竞业限制 经济补偿标准时,劳动者是否有权选择继续履行竞业限制义务或者 单方面解除竞业限制义务,即在竞业限制方面劳动者有无选择权。

研讨会对于第一个问题的研讨意见为:如按深圳地方性法规的规定计算出来的竞业限制经济补偿,高于了最高院的规定,按深圳标准执行。因为最高院规定的最低数额,从保护劳动者权益角度出发,如地方性法规的规定高于了最高院规定的最低限额,实际上也没有违反最高院的规定。

研讨会对于第二个问题,有两个观点:

观点一,双方签订竞业限制协议的原意和宗旨,就是要保护用人单位的权益,包括技术秘密、经营信息等,虽然竞业限制的经济补偿没有约定,但是竞业限制协议还是有效的,劳动者仍应当承担竞业限制义务。

观点二,根据权利义务一致原则,用人单位与劳动者没有约定 竟业限制经济补偿标准,劳动者就有权解除竞业协议,不履行竞业

限制义务, 这是以往司法实践的一种做法。

第七条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和 经济补偿,当事人解除劳动合同时,除另有约定外,用人单位要求 劳动者履行竞业限制义务,或者劳动者履行了竞业限制义务后要求 用人单位支付经济补偿的,人民法院应予支持。

研讨意见:

本条司法解释规定了竞业限制协议与劳动合同分离。一直以来 在司法实践中,很多人都认为劳动合同与竞业限制协议之间的关系, 属于主合同与从合同的关系。本司法解释明确规定双方约定了竞业 限制和经济补偿,双方在解除劳动合同时,在一般情况下,竞业限 制可以单独履行,即不论解除劳动合同的原因,竞业限制约定仍然 有效。同时本条也有"除另有约定外",即尊重当事人双方的意思自 治,如果双方对劳动合同解除后竞业限制义务是否继续履行作出了 与司法解释不同的规定,首先考虑适用双方的约定。

此条和深圳地方性规定不尽相同。《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》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。"根据司法实践,如在实务中遇到该类劳动争议时,法院的审判人员应当是适用最高院的司法解释。

8、第八条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制

和经济补偿,劳动合同解除或者终止后,因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿,劳动者请求解除竞业限制约定的,人民法院应予支持。

研讨意见:

此条司法解释赋予了劳动者在因用人单位的原因逾期三个月未支付竞业限制经济补偿的情况下解除竞业限制约定的权利。但是从对整个条文的分析来看,实际上可能对劳动者不利,比如用人单位可以先不支付竞业限制经济补偿,如劳动者离职之后三个月之内入职了非竞争行业的企业,那么用人单位可能会提出解除竞业限制协议,只需额外支付3个月经济补偿即可;如果劳动者离职之后三个月入职了竞争行业的企业,那么用人单位就立即支付竞业限制经济补偿,并可追究劳动者的违约责任。

9、第九条 在竞业限制期限内,用人单位请求解除竞业限制协 议时,人民法院应予支持。

在解除竟业限制协议时,劳动者请求用人单位额外支付劳动者 三个月的竞业限制经济补偿的,人民法院应予支持。

研讨意见:

此条司法解释赋予了用人单位单方面解除竞业限制协议的权利。关于"额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿"应当做如下理解:第一,如果竞业限制协议刚开始履行的,那么用人单位在解除竞业限制协议时,直接支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿

即可;第二,如果竞业限制协议已经履行了一定期间,那么用人单位在解除竞业限制协议时,应当将在支付已履行部分期限的竞业限制经济补偿的基础上,再加上三个月的竞业限制经济补偿。

10、第十条 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。

研讨意见:

此条司法解释是从保护用人单位商业秘密等权益角度出发而制定的,规定如果劳动者违反了竞业限制约定,向用人单位支付违约金的行为,并不能免除其继续履行竞业限制的义务,如果在此情况下,用人单位坚持要求劳动者根据竞业限制协议的约定,继续履行竞业限制义务的,人民法院应当予以支持。

11、第十一条 变更劳动合同未采用书面形式,但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月,且变更后的劳动合同内容不违 反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗,当事人以未采用书面 形式为由主张劳动合同变更无效的,人民法院不予支持。

研讨意见:

此条司法解释的内容与原征求意见稿的变化很大,原征求意见稿的原文是:"用人单位与劳动者变更劳动合同应当采用书面形式。 用人单位与劳动者双方已实际履行了口头变更的合同,且合同内容 不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗,劳动者自履行之 日起满一年未提出异议的,该变更行为有效。"

《劳动合同法》第三十五条规定:"用人单位与劳动者协商一致,可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同,应当采用书面形式。"在劳动合同的履行过程中,双方可能会对劳动合同进行变更,变更形式包括通过签订补充协议等方式书面变更,也包括进行口头变更。根据《合同法》的理论,口头变更是具有法律效力的。为解决司法实践中有关劳动合同变更方面的争议,最高院规定双方口头变更合同,双方已经以实际行为履行了口头变更的劳动合同超过一个月,且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗的,该口头变更合同的行为是有效的。

在司法实践中,如果用人单位或者劳动者要主张双方已经口头变更劳动合同,根据谁主张谁举证的一般举证规则,应当由主张一方承担举证责任。

此条主要是基于劳动合同在履行中存在变更的情形,并且最高 院是从最大善意来理解和处理此类争议,因此规定,口头变更合同 且实际履行已超过一个月的属于有效变更。

尽管口头变更劳动合同,在举证充分的情况下,其有效性可以得到法院的支持,但是为了避免纠纷,保护各方当事人合法权益,建议在对劳动合同进行变更时,用人单位还是采取书面形式为妥,如调动劳动者的工作岗位、变更职务、工作内容等,均应当出具书面调令,并由劳动者签名确认。

此条司法解释在实务中可能会引发道德风险,最高院也极有可能会根据司法实践中所产生的问题,再加以规范和完善。

12、第十二条 建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第三十九条、第四十条规定,但未按照劳动合同法第四十三条规定事先通知工会,劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的,人民法院应予支持,但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。

研讨意见:

此条司法解释规定已建立工会组织的用人单位单方解除劳动合同时,如未通知工会,可视为违法解除。可以作如下理解:没有建立工会的用人单位在单方解除劳动合同时,不适用此条;已经建立工会的用人单位,则必须走通知工会这个程序,才能单方解除,否则属于程序违法。

此条也给用人单位留下了很大的操作空间,即建立了工会的用人单位,解除合同时如果没有通知工会,劳动人事争议仲裁委可认定单位属于违法解除,用人单位在起诉前已经补正了通知工会这一程序的,起诉至法院以后,法院可综合案情,判决属于依法解除。此规定对劳动者极为不利,但考虑到用人单位已纠正了程序违法行为,故不应当由其承担支付赔偿金的法律责任。当然,如果仲裁裁决前未补正,且仲裁裁决属一裁终局,用人单位将可能丧失补正的机会。

13、第十三条 劳动合同法施行后,因用人单位经营期限届满不 再继续经营导致劳动合同不能继续履行,劳动者请求用人单位支付 经济补偿的,人民法院应予支持。

研讨意见:

此条司法解释的表述和之前的征求意见稿不同。征求意见稿规 定为:"劳动合同法施行后,因用人单位经营期限届满不再继续经营 导致劳动合同终止,劳动者请求用人单位支付经济补偿金的,不予 支持。"主要是基于"劳动合同终止"和"劳动合同不能继续履行" 还是存在法律意义上的不同。

劳动合同法第四十四条规定:"有下列情形之一的,劳动合同终止: ·····(五)用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的; ·····"第四十六条规定:"有下列情形之一的,用人单位应当向劳动者支付经济偿: ·····(六)依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的: ·····"

此条属于对劳动合同法第四十四条的补充,其目的在于因用人单位经营期限届满不再继续经营导致劳动合同不能继续履行的情况下,对劳动者权益的保护。

有关经济补偿金,应从2008年1月1日起开始计算,之前的应 当不予计算。

14、第十四条 外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中国

境内的用人单位签订劳动合同,以及香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民未依法取得就业证件即与内地用人单位签订劳动合同,当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的,人民法院不予支持。

持有《外国专家证》并取得《外国专家来华工作许可证》的外国人,与中国境内的用人单位建立用工关系的,可以认定为劳动关系。

研讨意见:

此条司法解释主要是约束外国人在中国就业应当办理就业登记,否则属于非法就业,即没有办理就业登记的外国人在中国就业,与用人单位建立的劳动关系无效。

外国人在中国就业管理规定(1996年1月22日劳动部、公安部、外交部、外经贸部发布)第五条规定:"用人单位聘用外国人须为该外国人申请就业许可,经获准并取得《中华人民共和国外国人就业许可证书》(以下简称许可证书)后方可聘用。"第九条规定:"凡符合下列条件之一的外国人可免办就业许可和就业证:(一)由我国政府直接出资聘请的外籍专业技术和管理人员,或由国家机关和事业单位出资聘请,具有本国或国际权威技术管理部门或行业协会确认的高级技术职称或特殊技能资格证书的外籍专业技术和管理人员,并持有外国专家局签发的《外国专家证》的外国人;(二)持有《外国人在中华人民共和国从事海上石油作业工作准证》从事海上石油作业、不需登陆、有特殊技能的外籍劳务人员;(三)经文化部批准

持《临时营业演出许可证》进行营业性文艺演出的外国人。" 另外根据 2004 年 9 月 30 日国家外国专家局颁布的《外国专家来华工作许可办理规定》,还需办理《外国专家来华工作许可证》。

第十五条 本解释施行前本院颁布的有关司法解释与本解释抵触的,自本解释施行之日起不再适用。

本解释施行后尚未终审的劳动争议纠纷案件,适用本解释;本 解释施行前已经终审,当事人申请再审或者按照审判监督程序决定 再审的,不适用本解释。

研讨意见:

此条属于法律适用的规定,即一般为法不溯及既往原则。但尚 未审结的,仍然可以适用。(完)