江苏省常州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2013）常民再终字第0009号

申请再审人（一审被告、二审上诉人）戴敏感。

委托代理人庄生贵，江苏苏源律师事务所律师。

被申请人（一审原告、二审被上诉人）江苏溧阳正昌集团有限公司。住所地江苏省溧阳市正昌路19号。

法定代表人郝波，该公司董事长。

委托代理人周栋，江苏博爱星律师事务所律师。

原审原告江苏溧阳正昌集团有限公司（以下简称正昌公司）诉原审被告戴敏感其他合同纠纷一案，不服溧阳市人民法院（2009）溧民一初字第3096号民事判决，向本院提起上诉，本院审理后认为戴敏感的上诉理由不能成立，于2011年5月13日作出（2011）常民终字第473号民事判决，维持原审判决。判决后戴敏感仍旧不服，向江苏省高级人民法院申请再审。江苏省高级人民法院于2013年2月26日作出（2011）苏民监字第019号民事裁定，指定本院再审本案。本院依法组成合议庭公开开庭审理了本案。申请再审人戴敏感的委托代理人江苏苏源律师事务所律师庄生贵，被申请人正昌公司的委托代理人江苏博爱星律师事务所律师周栋到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

2009年8月7日，一审原告正昌公司起诉至溧阳市人民法院称，原告与被告劳动争议纠纷一案，溧阳市劳动仲裁委员会作出溧劳仲案字（2009）第208号仲裁裁决书，但原告认为该份裁决在认定事实与法律适用上均存在错误，具体如下：一、原告对所涉争议申请劳动争议仲裁的程序合法。本案中，原被告于2003年签订了《职工劳动合同书》（细则），该合同第二十七条约定：“乙方离职三年内不得利用在甲方所学到和了解到的技能、资料信息等组织和参与针对甲方同类业务的竞争活动，销售与甲方同类的产品”确定了被告离职后的竞业限制期为三年。而双方于2005年9月5日签订的《协议》是对竞业限制义务内容、竞业限制补偿方式及违反竞业限制义务的违约责任的进一步约定。应该说，该《协议》实质是一份“竞业限制协议”。而本案所涉纠纷是在该《协议》履行过程中产生的纠纷，因此仍然属于劳动争议纠纷。2009年4月13日，常州市中级人民法院（2008）常民一初字第20号民事裁定书，已作出明确认定，认为原告请求事项所涉纠纷实际是双方在履行竞业限制协议过程中产生的纠纷应先仲裁。溧阳市劳动仲裁委员会以《协议》中的“约定管辖”为由驳回原告的仲裁请求是错误的。二、股权转让金、股本金及利润作为竞业限制补偿金于法有据，仲裁委借故推诿的行为有悖其公正裁决的职责。原被告在2005年9月5日签订的《协议》中明确约定：在被告不从事同行业竞争、不联合和引导原告方所聘人员的前提下，原告才同意以本来就不应该支付给被告在溧阳市福乐兴农牧开发有限公司（以下简称福乐兴公司）、溧阳正昌饲料科技有限公司（以下简称饲料公司）、徐州正昌饲料有限公司（以下简称徐州公司）及徐州永昌饲料有限公司（以下简称永昌公司）等企业的带条件的股权及上述企业2005年1-7月大约利润的形式测算给被告作为对被告竞业限制的补偿金（分三年支付）。该约定系平等主体间的真实意思表示，不违背法律的强制性规定，依法有效。且该约定并非双方在签约当时的临时起意，而源于双方于2003年6月28日签订的《股权转让协议书》。该协议书表明，在原告向被告转让饲料公司股份之时，双方早已明确约定：“乙方承诺永远不以任何方式（离职、自创公司、帮助他方等）参与针对甲方关联企业的业务竞争，不做甲方及关联企业的同类业务，否则乙方愿以全部股权作为对其他股东的补偿，并对甲方及关联企业的损失承担赔偿责任。”。嗣后由于被告于任职期间在自己家乡开办饲料企业，并与所任职公司发生业务往来，违反了该协议中约定的义务，所以股权转让金及利润等早已作为对其他股东的补偿，不再归被告所有，因而2005年9月5日双方签订协议之时，该78万元人民币的性质已不再是股权转让金及利润，而是转化成了对被告承诺竞业限制的补偿金。对于这一情况，原告也在仲裁庭审中向仲裁庭作了充分的阐述。很明显，股权转让金、股本金及利润作为竞业限制补偿金于法有据，仲裁委却未能认定。三、被告违约事实已被仲裁庭认定，依法应当承担违约责任。虽仲裁庭驳回原告的仲裁请求，但仍对被告违约的事实予以确定。而原被告协商一致签订的协议为双方真实意思表示，应为有效，签约各方应全面严格履行合同约定的义务。故诉至法院请求判令1、被告继续履行《协议》约定的3年竞业禁止义务（从本判决生效之日起算）；2、被告返还原告依据《协议》已支付的竞业限制补偿金26万元，剩余的竞业限制补偿金52万元无需支付；3、被告依据《协议》第五条第2款承担违约金39万元。

一审被告戴敏感辩称，一、正昌公司与戴敏感之间不存在劳动关系。正昌公司虽然与戴敏感之间签订了劳动合同，但该合同事实上并未履行。1、戴敏感并未在正昌公司工作。2、正昌公司自始至终也未给戴敏感发放任何工资及办理任何社会保险，双方不存在构成劳动关系的法律特征。事实上，戴敏感始终在饲料公司工作，并由饲料公司发放工资并办理相关保险。因此，正昌公司与戴敏感之间的劳动合同双方都未履行，而饲料公司与戴敏感之间则存在事实上的劳动关系，且双方都履行了相关的权利和义务。答辩人不属于指派工作，正昌公司与饲料公司都是依法成立的有限公司，正昌公司是内资公司，饲料公司是中外合资公司。正昌公司和饲料公司是两个独立的法人，都有独立享有权利和独立履行义务的能力，是法律上相互独立的法律主体。原告将两个独立的主体混为一体，不仅逻辑错误，而且从事实和法律上都没有根据，是一种错误的主观臆断。总之，正昌公司与戴敏感之间由于劳动合同没有实际履行，双方的劳动关系已实际终止。既然正昌公司与戴敏感之间不存在劳动关系，自然也不存在竞业限制关系，因此，正昌公司无竞业禁止仲裁申请资格。二、不论劳动关系的前提下正昌公司与戴敏感于2005年9月5日签订的《协议》中关于竞业限制的条款无效。1、根据相关法律法规，约定竞业限制的前提条件即法律保护企业商业秘密的前提条件是：企业给予员工相应的经济补偿。《江苏省劳动合同条例》第十七条规定：“用人单位与负有保守商业秘密义务的劳动者约定竞业限制条款的，应当在解除或终止劳动合同后给予经济补偿。其中年经济补偿额不得低于该劳动者离开用人单位前十二个月从该用人单位获得的报酬总额的三分之一。用人单位未按照约定给予劳动者经济补偿的，约定的竞业限制条款对劳动者不具有约束力。2、原告将戴敏感拥有的价值78万元的股权当作正昌公司的公司财产无任何事实依据。该股权是由戴敏感通过投入原始资本金所获得的，是戴敏感的个人财产，受法律保护。3、原告所谓的没收股权没有事实和法律依据。首先，我国没有任何一部法律赋予企业有没收他人财产的权力，即使是国家或行政机关罚没，也必须经过法定程序。原告自我认为的没收没有依据。其次，原告也没有提供任何依据来证明已经进行了没收。股东权是法律授予的，是股东固有的权益，除经法律程序外，任何人不得以任何方式剥夺股东的合法权益。4、《协议》中对竞业限制的期限并未约定，而原告主观断定期限为三年，从2005年9月5日到2008年9也5日，既没有事实依据也没有法律依据，更加不是协议双方的真实意思表示，仅仅是一方的主观臆断。综上所述，《协议》中约定的竞业禁止条款是无效的。三、被告不存在任何违约行为。原告既然认定被告是他的员工，那么竞业限制就应当根据原告的经营范围来确定。即使被告对福惠得公司存在指导关系。那么福惠得公司与原告的经营范围完全无关。原告以其他企业的经营范围来约束被告的竞业限制内容是无端扩大被告的义务，当然无效。故依据原告的经营范围，被告不存在违约行为。四、正昌公司存在众多的违法行为，就其违法行为不应作为审判支持的依据。综上所述，原告自身存在许多违反法律法规的行为，其诉讼请求事项是建立的违法的基础形成的，更没有任何法律依据。为了维护法律的权威性和严肃性及保护被告的合法权益，特请求依法驳回原告的各项请求。

原审查明事实，2003年6月28日正昌公司（甲方）与戴敏感（乙方）签订《股份转让协议书》，内容为“……决定对改制后的正昌饲料科技有限公司部分股权向经营者实施有条件的转让，经甲乙双方充分协商一致，达成以下协议：一、在执行集团公司规章制度和促进企业发展的前提下，为提高经营者的积极性，经股东正昌集团法人代表郝波先生和外方股东杨鹏先生一致同意，决定由甲方按一定条件对戴敏感进行15％的股权转让。受让者一般不得转让其股权，因特殊情况确需转让的，须征得其他股东的一致同意，且其他股东享有优先购买权。二、股权转让价格按注册资本200万元确定每股为2万元，15%的股权为30万元，不论以后经营状况如何，转让价格保持不变。三、因该企业属中外合资企业，股权转让协议签订后，受让人如不组建自有法人公司受让股权，可将其拥有的合资公司15%的股权保留在甲方江苏正昌集团有限公司的名下，与江苏正昌集团有限公司的股东享有同股同利。四、双方的股权转让完成后，乙方承诺永远不以任何方式（离职、自创公司、帮助他方等）参与针对甲方及关联企业的业务竞争，不做甲方及关联企业的同类业务，否则乙方愿以全部股权作为对其他股权的补偿，并对甲方及关联企业的损失承担赔偿责任。……”。2003年7月1日正昌公司（甲方）与戴敏感（乙方）签订《职工劳动合同书》（细则）一份，约定该合同为无固定期限，自2003年7月1日起。该《合同》第十部分双方约定的其他事项中的“第二十七条……2、……离职三年内不得利用在甲方所学到和了解到的技能、资料信息等组织和参与针对甲方同类业务的竞争活动，销售与甲方同类的产品，违者按该销售总额有一赔二，并承担10-50万元的违约金（从行为发生日起）。……4、甲方同意在乙方承诺并履行对甲方的商业秘密实施保密和不以任何方式参与针对甲方的同业竞争后，对乙方进行相应的补偿，补偿标准为每年2000-3000元，并已包含在劳动关系存续期间乙方所得的报酬中。5、……”，“第二十八条因工作岗位的不同，企业中的企业负责人（含下属企业负责人）、高级研究开发人员、技术人员、品质管理人员、一般技术支持人员和关键岗位的技术人员、市场计划人员、销售人员、财会人员、秘书及相关高级行政管理人员等需另行签订《知识产权保护合同》。”，第十三部分其他中“第三十三条甲乙双方签订的《知识产权保护合同》、《劳动合同补充条款》……为本合同的附件，是本合同的有效组成部分。……当《知识产权保护合同》、《劳动合同补充条款》与本合同的条款不一致时，应以《知识产权保护合同》和《劳动合同补充条款》为准”。签订《合同》的同日，正昌公司（甲方）与戴敏感（乙方）签订了《知识产权保护合同》。《知识产权保护合同》约定：“一、合同保护范围：……商业秘密指甲方享有的技术信息和经营管理信息，……经营管理信息包括管理方法和决窍、客户资料信息、客户档案、客户名录（清单）、内部管理文件及信息、产销策略、货源情况、销售计划和渠道、财务数据、销售价格、采购资料、招投标中的标底及标书内容。……三、保密费和竞业限制补偿费1、在劳动关系续存期间，甲方每月支付乙方的报酬中已包含了部分保密费和竞业限制补偿费。2、在劳动关系终止或解除后三年内，甲方应向乙方支付保密及竞业限制补偿费。总额为：3年×乙方劳动关系终止或解除前三年平均工资（以乙方工资表中确定的基本工资为准）；支付方式为：按三年平均支付；支付时间为：每年12月25日前。3、……”。2003年9月25日正昌公司作出《关于许治政等同志职务任命的决定》，内容为“……经集团研究报总裁决定，任命如下：……16、戴敏感任饲料科技总经理，分管九合饲料及乌市正昌二个企业的管理工作。……”。2005年7月8日正昌公司作出《关于免去戴敏感同志职务的决定》，内容为“……其个人行为已损害了本公司的利益，并造成极坏的影响，经集团公司决定，免去戴敏感同志溧阳市福乐兴农牧开发有限公司总经理职务”。2005年9月5日正昌公司（甲方）与戴敏感（乙方）签订《协议》，内容为：“因乙方在家乡开办饲料企业并在任职的公司中与之产生往来，违反了与甲方签订的《劳动合同》、《保密协议》及《职工手册》的有关规定，同时也违反了《溧阳市福乐兴农牧开发有限公司章程》中的有关规定，被公司免职。因此对乙方所拥有的在甲方下属的溧阳市福乐兴农牧开发有限公司、溧阳正昌饲料科技有限公司、徐州正昌饲料有限公司、徐州永昌饲料有限公司及其它企业中的有关股权，甲方有权无条件收回企业中的股权。但因乙方提出照顾退还有关股本金事项，并且甲方考虑到乙方已有承诺，甲方同意把乙方的有关股权转让金及2005年1-7月份可分利润金额结算给乙方作为乙方不从事与甲方同业竞争、保密等费用，并就此双方达成如下协议：一、乙方同意把自己所拥有的在溧阳市福乐兴农牧开发有限公司25%的股权、在溧阳正昌饲料科技有限公司15%的股权、在徐州正昌饲料有限公司5%的股权、在徐州永昌饲料有限公司5%的股权及其它所有企业的股权全部转让给甲方，由甲方统一安排，转让价格等同于乙方投入的原始资本金价格。二、乙方在上述第一条中所列企业中的所有股本金及2005年1-7月份可分利润等测算，一次性作价人民币柒拾捌万元整。三、乙方同意上述第二条中的柒拾捌万元本金和利润金先由甲方向有关企业收取并分三年（从2005年9月至2007年12月31）平均支付给乙方，每年贰拾陆万元。四、乙方承诺：乙方离开甲方企业后，1、不再从事任何与甲方同业竞争，即不允许生产饲料添加剂、预混料，即目前正昌饲料科技有限公司所生产销售的产品等（生产全价饲料除外）；也不允许生产目前福乐兴公司生产、销售的中草药添加剂等产品。2、不联合或引导甲方所聘工作人员从事有损甲方利益的行为；3、不与甲方所下属的饲料企业进行恶性竞争；……。五、其他1、甲方无正当理由不得克扣或不按期支付乙方每年的贰拾陆万元，直至付完为止。2、乙方如违反上述第四条的承诺，甲方有权拒付‘柒拾捌万的本金和利润’的余额并有权收回已付款项，即乙方违约就不能享受甲方给其的不从事同业竞争、保密等费用，乙方必须全额退还甲方已支付的费用，并承担总额50％的违约金（即叁拾玖万元）。六、本协议签订后，乙方不再享有在甲方所属企业的所有股权、权利和利益等，并一次了结；甲方优惠分给乙方的房屋及乙方的补偿金一并办理。……八、本协议自双方签字之日起生效，第一次贰拾陆万元于协议生效后一周内支付，以后是在每年年底即每年12月31日前支付，直到付完为止。九、本协议一式三份，甲、乙双方各执一份，外方股东执一份。如发生纠纷，双方协商解决，协商不成任何一方可以向溧阳市人民法院提起诉讼。”。2005年9月10日正昌公司作出《关于与戴敏感协商解除劳动合同的决定》，内容为“…现经双方协商一致，解除劳动合同”。当日，正昌公司按协议支付第一期费用26万元，该款项戴敏感已收到。2007年8月25日，在常州市公证处公证员陆春洪、俞青元的监督下，对饲料公司委托代理人李忠贤的电脑操作过程进行屏幕录像。常州市公证处对该过程进行了证据保全，并于2007年12月17日出具了（2007）常证民内字第6562号《公证书》。2007年9月30日，常州市公证处公证员陆春洪、俞青元与饲料公司受托人南京玄博信息咨询有限公司指派人员施学亮一起到溧阳市福惠得饲料科技有限公司，施学亮以普通客商的身份与分别自称为戴敏感、王辉、吕坚强三人洽谈购买该公司产品。常州市公证处对该过程及取得的宣传册、名片、产品样品进行了证据保全，于2007年12月17日出具了（2007）常证民内字第6563号《公证书》。溧阳市公安局经侦大队曾就溧阳市福惠得饲料科技有限公司的情况向王辉、戴敏感、蒋菊仙、刘丽萍、郑卫琴进行了询问，并制作了询问笔录。正昌集团就其与戴敏感之间的纠纷，曾于2008年1月17日向常州市中级人民法院提起民事诉讼。该院经开庭审理认为，正昌集团请求事项所涉争议实际是双方在履行竞业限制协议过程中产生的纠纷，应属劳动争议纠纷；当事人应先行仲裁，对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。该院于2009年4月13日作出（2008）常民一初字第20号民事裁定书，裁定：驳回正昌公司的起诉。2009年5月8日正昌公司向溧阳市劳动仲裁委员会提请仲裁，该委于2009年7月27日作出溧劳仲案字（2009）第208号仲裁裁决书，裁决：驳回申诉人正昌公司的仲裁请求。原告正昌公司不服该裁决，于2009年8月7日诉来本院请求判令1、被告继续履行《协议》约定的3年竞业禁止义务（从本判决生效之日起算）；2、被告返还原告依据《协议》已支付的竞业限制补偿金26万元，剩余的竞业限制补偿金52万元无需支付；3、被告依据《协议》第五条第2款承担违约金39万元。庭审中，被告则坚持答辩意见。原告称，戴敏感2003年1月至2005年8月的工资由原告正昌公司发放并提供了工资表，2002年1月至2005年8月被告戴敏感的社会保险由饲料公司缴纳。原告认为，被告从2005年1月起就到福乐兴公司担任总经理，但社会保险仍是饲料公司缴纳。不能以社会保险来认定被告与饲料公司存在劳动关系，实际上饲料公司、福乐兴公司均可以视作正昌公司的一个部门；同时原告坚持其起诉意见。被告对2003年1月至2005年8月的工资由原告正昌公司发放及工资表无异议，但认为工资是以正昌公司名义发的，实际上工资是由饲料公司将款项支付给正昌公司，再由正昌公司发放。原告对此予以否认，被告未能提供证据。被告对于社会保险由饲料公司缴纳无异议，但认为其虽在福乐兴公司任经理，但还是饲料公司的职工，同时坚持自己的答辩意见。

另查明，饲料公司与溧阳市福惠得饲料科技有限公司均有生产添加剂预混合饲料的生产许可证。

以上事实，有双方当事人陈述及提供的证据在案佐证。

一审法院判决认为，一、关于原告主体是否适格问题。建立劳动关系应从是否签订劳动合同、发放工资、缴纳社会保险以及劳动者提供的劳动是否是用人单位工作的组成部分加以考量。本案中，原、被告签订了劳动合同，被告的工资也由原告发放（虽然被告提出异议认为由饲料公司将工资打到原告账号，再由原告发放工资，但未能提供证据），双方建立了劳动关系。至于缴纳社会保险根据本案的实际情况，仅凭此尚不足以认定被告与饲料公司建立劳动关系，故原告的主体适格。二、被告的78万元的股金、利润、分红等是否因被告违约二被无条件收回并作为原告给付被告的竞业限制补偿金问题。被告在《协议》中自认“其在家乡开办饲料企业并在任职的公司中与之往来”，并自认违反了一系列的协定与规定，根据被告自认，其行为严重背离了诚实信用原则，在此前提下，被告自愿与原告达成协议，明确将有关股权转让金等做为同业竞争、保密费用。这种转化，从协议本身看，源于被告真实意思表示，从法律法规看不相冲突，从诚实信用原则看也极具正当性，即行为人因其违约行为而付出代价，从源头上具有正当性。三、被告应否遵守竞业限制义务，是否需返还原告依据《协议》已支付的竞业限制补偿金26万元，剩余的52万元是否需原告支付问题。原告已经支付了竞业限制补偿金，被告有违反竞业限制的行为，根据双方约定，已付的竞业限制补偿金26万元应予返还。剩余的52万元无需支付。四、被告应否遵守3年的竞业限制时间，原告能否依据《协议》第五条第2款约定，要求被告承担违约金39万元问题。原告支付了竞业限制补偿金，竞业限制约定对被告具有约束力，但被告于2005年8月离职，双方解除劳动关系，距今已超过5年，且被告根据上述处理已承担责任，故原告提出被告从判决生效之日起竞业限制3年的请求无法律依据，本院不予支持。由于被告有违反竞业限制的行为，应按约定承担违约金39万元等。故判决：一、被告戴敏感于本判决生效之日起十日内返还原告溧阳正昌集团有限公司已支付的竞业限制补偿金26万元，剩余的竞业限制补偿金52万元原告溧阳正昌集团有限公司无需支付。二、被告戴敏感于本判决生效之日起十日内支付原告溧阳正昌集团有限公司违约金39万元。三、驳回原告溧阳正昌集团有限公司的其他诉讼请求。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》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费10元（原告已预交），由被告戴敏感负担，于给付上述款项时一并给付。

上诉人戴敏感不服原审判决，向本院提起上诉称，一、上诉人与被上诉人之间双方不存在劳动关系。1、从2003年开始至2005年间，上诉人的工作单位是饲料公司和福乐兴公司工作，而不是被上诉人。2、被上诉人与上述两公司之间是三个各自独立的企业，一审法院认定饲料公司、福乐兴公司为被上诉人的两个部门没有法律依据。3、上诉人在饲料公司、福乐兴公司工作，并不是接受被上诉人的委派。因为饲料公司与正昌公司这两个企业存在本质上的区别，饲料公司是依法成立的中外合资企业，《中外合资企业法》明确规定总经理的产生只能通过选举产生，不能通过委派产生。4、一审法院认定上诉人与被上诉人有劳动关系不客观、不全面。二、上诉人不需要遵守竞业限制义务，不存在违约。上诉人不在被上诉人处上班，所以正昌公司与上诉人之间03年订立的劳动合同对上诉人而言不起任何制约作用。如果存在同业竞争的话，上诉人也没有侵害被上诉人的利益。三、上诉人不应当承担违约责任。上诉人是否需要履行竞业限制义务、是否需要承担责任，这要看被上诉人是否按照法律规定支付补偿金。一审认定股权及分红为被上诉人支付的补偿金是错误的，违反劳动合同法、民法及物权法的立法宗旨。虽然上诉人与被上诉人在2005年签订协议约定：“被上诉人有权收回上诉人的股权及分红作为同业竞争保密费”，但该协议是一种不平等条款。上诉人认为，股权的所有权没有变更，被上诉人没有支付竞业限制补偿金，上诉人无需承担责任。请求二审法院驳回被上诉人的诉讼请求。

被上诉人正昌公司答辩称，一、答辩人与上诉人存在劳动关系，是本案的适格原告主体。1、答辩人与上诉人建立劳动合同关系的证据充分。2、仅凭饲料公司为上诉人缴纳社会保险费即认定上诉人与缴费单位有劳动合同关系于法无据。二、上诉人应遵守竞业限制义务，其违约行为证据确凿。1、上诉人与答辩人之间存在劳动合同关系，上诉人理应履行竞业限制义务。2、至于上诉人竞业限制义务的范围，应理解为甲方及其下属关联企业的经营范围。3、上诉人的行为已违反了上述约定，且证据确实充分。三、双方签订的《协议》合法有效，答辩人已向上诉人支付了竞业限制补偿金。请求二审法院驳回上诉，维持原判。

二审审理中，双方当事人对一审法院认定事实均无异议，本院对一审法院查明的事实予以确认。二审中，双方当事人未向本院提交新的证据。

本院二审判决认为，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。一、关于上诉人到底是与哪个单位建立劳动关系的问题。一审中被上诉人提交了包括劳动合同、知识产权保护合同、协议、股份转让协议书在内的一系列证据，上诉人对这些证据的真实性均无异议，从这些证据来看无论合同还是协议，签订的双方当事人均为上诉人和被上诉人；从现有证据来看上诉人的工资也由被上诉人发放，对此上诉人虽有异议但未提供证据；上诉人的社会保险虽一直由饲料公司缴纳，但上诉人在一审庭审中称其与被上诉人签订劳动合同之后，即被派到了饲料公司工作；又称其在担任福乐公司总经理后，社会保险仍由饲料公司缴纳。综合上诉人的陈述及被上诉人提交的公司任免人员文件，本院认为，饲料公司与福乐兴公司均系被上诉人的下属关联企业，上诉人与被上诉人之间签订了劳动合同并建立了劳动关系。二、关于上诉人是否应向被上诉人返还竞业限制补偿金26万元、剩余的竞业限制补偿金52万元是否还需支付问题。依照双方当事人于2005年9月签订的《协议》内容看，被上诉人确实存在违反竞业限制义务的情况，对此双方当事人明确约定被上诉人无条件收回股权，同时对上诉人的竞业限制补偿金达成协议，此《协议》系双方真实意思表示，对双方均具有约束力，双方当事人均应按《协议》履行。故上诉人应向被上诉人返还竞业限制补偿金26万元，且剩余的竞业限制补偿金52万元被上诉人无需再支付。三、关于上诉人应否支付违约金39万元的问题。鉴于上诉人违反竞业限制义务，违反双方签订协议的约定，理应向被上诉人支付违约金39万元。综上所述，原审判决查明事实清楚，适用法律正确，本院应予维持。判决驳回上诉，维持原判。

戴敏感申请再审称：一、申请人与被申请人之间双方不存在劳动关系。1、从2003年开始至2005年间，申请人的工作单位是饲料公司和福乐兴公司工作，而不是被申请人。2、被申请人与上述两公司之间是三个各自独立的企业，一审法院认定饲料公司、福乐兴公司为被申请人的两个部门没有法律依据。3、申请人在饲料公司、福乐兴公司工作，并不是接受被申请人的委派。因为饲料公司与正昌公司这两个企业存在本质上的区别，饲料公司是依法成立的中外合资企业，《中外合资企业法》明确规定总经理的产生只能通过选举产生，不能通过委派产生。4、一审法院认定申请人与被申请人有劳动关系不客观、不全面。二、申请人不需要遵守竞业限制义务，不存在违约。申请人不在被申请人处上班，所以正昌公司与申请人之间03年订立的劳动合同对申请人而言不起任何制约作用。如果存在同业竞争的话，申请人也没有侵害被申请人的利益。三、申请人不应当承担违约责任。申请人是否需要履行竞业限制义务、是否需要承担责任，这要看被申请人是否按照法律规定支付补偿金。一审认定股权及分红为被申请人支付的补偿金是错误的，违反劳动合同法、民法及物权法的立法宗旨。虽然申请人与被申请人在2005年签订协议约定：“被申请人有权收回申请人的股权及分红作为同业竞争保密费”，但该协议是一种不平等条款。申请人认为，股权的所有权没有变更，被申请人没有支付竞业限制补偿金，申请人无需承担责任。请求法院驳回被申请人的诉讼请求。

被申请人正昌公司答辩称：一、答辩人与申请再审人存在劳动关系，是本案的适格原告主体。1、答辩人与申请再审人建立劳动合同关系的证据充分。2、仅凭饲料公司为申请再审人缴纳社会保险费即认定申请再审人与缴费单位有劳动合同关系于法无据。二、申请再审人应遵守竞业限制义务，其违约行为证据确凿。1、申请再审人与答辩人之间存在劳动合同关系，申请再审人理应履行竞业限制义务。2、至于申请再审人竞业限制义务的范围，应理解为甲方及其下属关联企业的经营范围。3、申请再审人的行为已违反了上述约定，且证据确实充分。三、双方签订的《协议》合法有效，答辩人已向申请再审人支付了竞业限制补偿金。

本院再审查明的基本事实与一、二审查明的事实基本一致。

另查明，2003年6月28日，正昌公司与戴敏感签订《股权转让协议书》戴敏感拥有公司15%的股权以及《知识产权保护合同》和《劳动合同补充条款》，同时正昌公司任命戴敏感为饲料科技公司总经理，分管九合饲料、乌市正昌二个企业的管理工作。再审申请人戴敏感于2003年7月1日与正昌公司签订劳动合同。2005年9月5日，正昌公司与戴敏感签订协议，对戴敏感拥有公司股权、红利以及违约责任作出处理。

本院再审期间，经审理认为，鉴于戴敏感属于公司高级管理人员，所签订的本诉所涉及的合同属商事主体之间所签订的合同，其与公司之间产生的纠纷不属于劳动争议纠纷，而属于商事主体之间所产生的纠纷，应按照民商事合同法律关系处理。基于此，本院于2014年8月15日再次开庭向双方当事人就本案法律关系作出释明。被申请人正昌公司表示接受本院对本案以民商事法律关系审理并提出书面意见。申请再审人戴敏感认为，本案可以适用民商事法律关系审理，但在目前审理阶段是不能再作调整，而应当以原有法律关系继续审理。

本院再审认为，戴敏感进入正昌公司后即被任命为正昌公司下属公司的总经理，成为公司高级管理人员。根据公司法规定，公司高管、股东对公司负有忠实义务，因此股东、高管的竞业限制是法定义务。本案正昌公司、戴敏感于2005年9月5日所签订的协议，是两个商事主体之间做出的一种商事约定，应当受公司法规制。股东、高管参与同业竞争取得的违法收入应该归于公司，是公司法赋予公司的归入权。同时公司还有权要求股东、高管赔偿损失。双方当事人2005年9月5日协议约定78万元股本金和利润款，其实质是戴敏感违反竞业限制条款约定对正昌公司做出的赔偿，并明确该款作为同业竞争经济补偿费用。该协议是双方当事人真实意思表示，具有法律约束力。因此本案不属劳动争议案件。而是民商事纠纷案件，原审法院以及二审法院将本案案由定为劳动争议纠纷不当。经再审开庭释明后，正昌公司同意本案作为商事案件审理。故本案案由变更为二个商事主体之间其他合同纠纷。

综上，申请人戴敏感确实存在违反竞业限制义务情况，理应承担合同义务。正昌公司的诉讼请求应予以支持。戴敏感申请再审要求驳回正昌公司诉讼请求的理由不能成立，本院不予支持。原审法院及二审法院查明事实清楚，判决正确。但对本案法律关系定性不准，适用法律以及案由确定不当，应予纠正。依照《中华人民共和国合同法》第一百零七条、《中华人民共和国公司法》第一百四十八条、第一百四十九条、第一百五十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十九条、第二百零四条的规定，经本院审判委员会讨论决定，判决如下：

一、维持溧阳市人民法院（2009）溧民一初字第3096号民事判决以及常州市中级人民法院（2011）常民终字第473号民事判决。

二、驳回申请人戴敏感的再审请求。

本判决为终审判决。

审判长　　王晓鸣

审判员　　杨　迪

审判员　　费　亮

二〇一四年十月八日

书记员　　许莉莉