

基于最高院第32批指导性案例的分析及用工实务建议

作者：刘宇翔 吴瑕

今年7月初，最高院发布了第32批共7件指导性案例，均为劳动争议相关案例。就指导性案例在司法实践中的地位和作用，根据2010年最高人民法院专门印发的《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第七条，“*最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案件时应当参照。*”，可见，指导案例属于法律渊源之一。相应地，最高院在2011年12月31日的答记者问中也再次强调，“*指导性案例所确定的裁判要点，……各级人民法院在审判类似案件时应当参照，并可以作为裁判文书的说理依据加以引用。*”进一步确定了指导性案例的关键作用。

最高院第32批指导性案例从不同角度对劳动法实务中的裁审要点进行了明确，有利于在国家层面统一规范具体问题中的裁审标准与尺度。我们试以本文对这7件指导性案例结合劳动法实务进行分析，为用人单位提供实务建议。针对指导案例，分别对以下七项裁审要点进行讨论并提出建议：

- **劳动关系的认定应以实质而非形式为标准**
- **法院审查的解除理由不宜超过解除通知书中载明的范围**
- **职场性骚扰事件中管理者应承担相应责任**
- **单位不得以奖金未经审批认为员工无权领取**
- **用人单位单方解除且不予发放年终奖的规定缺乏合理性**
- **诉讼期限不计入竞业限制期限的约定应属无效**
- **以地域因素为由不予录用候选人属于就业歧视**

指导案例179号

劳动关系的认定应以实质而非形式为标准

案情简介

本案中聂某与L公司签订了《合作设立茶叶经营项目的协议》，约定：L公司进行茶叶项目投资，聘用聂某为项目经理，负责公司的管理与经营；项目成立后，双方共同设立公司，聂某可享有管理股份；公司设立前聂某以基本工资加业绩方式取酬，设立后按双方持股比例分配收益。协议签署后，聂某实际到该项目上工作，按约定负责某茶社的经营管理，L公司法定代表人每月向聂某发放固定标准的报酬，此外聂某如请假需L公司法定代表人批准，L公司按聂某出勤天数折算发放报酬。该等合作持续了一年左右，后L公司通知聂某单方解除该协议。

后聂某申请劳动仲裁，要求确认双方系劳动关系并要求L公司支付未签订书面劳动合同二倍工资差额。但L公司认为双方系合作关系。

法院观点

法院生效裁判认为：双方实际形成的法律关系应当结合《合作设立茶叶经营项目的协议》中涉及的法律关系，与双

方对该协议的实际履行情况和相关特征来进行认定。根据协议和履行情况，体现出聂某接受L公司的管理、进行考勤、按考勤情况发放工资，按月汇报款项分配、工作计划等情况，双方法律关系符合劳动合同中人格从属性和经济从属性的双重特征，故认定双方存在劳动关系。L公司虽主张双方系合作关系，但合作关系的特点为共同出资、共担风险，双方法律关系中并未体现该等特点，不能认为属于合作关系。

最高院评析：本案双方以“合作经营”为名订立协议，但从协议约定的双方权利义务内容、实际履行情况来看符合劳动关系认定标准的，人民法院应当认定用人单位与劳动者存在劳动关系。该案例以实质要件为判断标准，通过辨析劳动者与用人单位签订的合同内容的性质、合同实际履行中体现出来的权利与义务关系来确定双方劳动关系，防止用人单位利用优势地位通过订立其他合同方式掩盖用工事实，变相地排除国家法律赋予劳动者的法定权利，实现更好地保护劳动者合法权益的目的。

律师分析与实务建议

实践中，有用人单位为了规避自身法律责任，通过不与劳动者签署劳动合同，或以其他合同名义（如劳务合同、外包合同、联营合同等）与劳动者约定权利义务，或与劳动者约定明确的“不属于劳动关系”条款等方式规避法律责任。为防止用人单位利用优势地位滥用自身权力、保护劳动者合法权益，法院往往会基于实际履行情况来判断双方是否存在事实劳动关系。

在事实劳动关系的认定上，法院往往会首先基于《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）进行判断，

“一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；

（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；

（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”

司法实践中，也可以总结为人格从属性和经济从属性两类特点进行认定。就**人格从属性**的认定，本案中体现为

（1）聂某接受L公司法定代表人的工作管理，（2）进行考勤，（3）按月汇报款项分配、工作计划等要素。实践中，法院对人格从属性的审查要素还包括（4）劳动者是否适用公司的各项内部管理相关规章制度、（5）管理手段上是否与其他员工一致、（6）用人单位是否对劳动者的工作情况进行考核等。就**经济从属性**的认定，本案中体现为（1）L公司在聂某一年多的服务期间为其发放固定标准的报酬，（2）L公司主要基于聂某提供的劳动为其发放报酬，而非基于聂某在项目中的持股为其分配收益，（3）该等报酬与聂某的考勤情况高度挂钩，会根据出勤天数进行折算，而非与项目本身的盈亏情况挂钩。

此外，本案中L公司以双方系合作关系进行抗辩，但双方既没有就合作关系中涉及的出资比例、持股份额进行明确约定，实际履行中双方关系也体现为不平等的从属性特征。因此法院明确否认了L公司的这一主张。本案给心存侥幸、试图规避自身法律责任的用人单位予以警示，也对真实希望与外部人员建立合作关系的企业提供了指引。

如企业确实希望与外部人员进行平等合作关系的，可以从如下角度对双方法律关系进行检查和完善：

（1）双方就投资份额、收益分配、合作方式、各方权利义务、风险承担等合作事项进行了明确约定，并实际履行；

（2）同时，双方避免约定支付固定薪酬、安排考勤、进行工作安排与管理、适用规章制度等具有明显劳动关系不平等特征的事项，并在实践中按前述事项进行履行。

法院审查的解除理由不宜超过解除通知书中载明的范围

案情简介

本案中孙某与X公司于2016年签订劳动合同，并约定孙某适用X公司的规章制度。截至2017年9月25日，孙某先后存在在工作时间未穿工作服、代他人刷考勤卡、在单位公共平台留言辱骂公司主管等违纪行为，后X公司依据规章制度对其进行了扣分处罚。10月17日，X公司以孙某未及时上交营业款项为由安排其停工。10月30日，X公司向孙某出具单方解除通知，以其自10月20日起无故旷工三天为由对其单方解除。

后孙某申请劳动仲裁，要求X公司支付违法解除赔偿金。X公司在审理中指出，孙某除自2017年10月20日起未履行请假手续无故旷工多日以外，还有在职期间存在在工作时间未穿工作服、代他人刷考勤卡、在单位公共平台留言辱骂公司主管、未及时上交营业款项等其他严重违纪行为，主张单方解除符合法律规定。

法院观点

法院生效裁判认为：解除劳动合同通知书明确载明解除劳动合同的依据及事由，人民法院审理解除劳动合同纠纷案件时应以该决定作出时的事实、证据和法律为标准进行审查，不宜超出解除劳动合同通知书所载明的内容和范围，对于X公司在诉讼期间提出的解除通知书中所载的其他事实与理由法院不予支持。

最高院评析：本案明确了人民法院在判断用人单位单方解除劳动合同行为的合法性时，应当以用人单位向劳动者发出的解除通知的内容为认定依据；对于用人单位超出解除劳动合同通知中载明的依据及事由，在案件审理过程中另行提出的理由，人民法院不予支持。本案例细化了用人单位单方解除劳动合同行为合法性的判断标准，有助于引导用人单位遵守诚实信用原则，有利于保障劳动者的合法权益，对构建和谐劳动关系具有积极意义。

律师分析与实务建议

劳动法中的用人单位单方解除路径包括《劳动合同法》第三十九条至第四十一条多种情形。实务中存在（1）用人单位诉讼中提出适用的解除路径与解除通知载明的解除路径不一致，和（2）诉讼中提出的解除事实与理由与解除通知载明的不一致，也即“依据不一致”和“事由不一致”两种情况。本案对于这两种情况下的裁审标准进行了明确——清楚指出，解除时的依据和事由均应以解除通知书中所载明内容为准，另行提出的不予支持。

这也就对用人单位在单方解除时的审慎程度提出了要求。建议用人单位解除前从如下角度入手进行提前应对和准备：

- （1）综合考虑劳动者可能存在的违纪事实、不当行为和其他用人单位有权单方解除的各种情形，考虑恰当的法律路径；
- （2）评估不同法律路径下的风险大小，选择风险较为可控的法律路径或在适当情况下综合适用；
- （3）确认相关事实情况，提前完善和固定相关证据，对后续可能发生的仲裁、诉讼提前进行准备；
- （4）避免在解除前随意选择解除理由，待诉讼发生后再根据届时可以获得的证据主张解除的依据和理由。

案情简介

本案中郑某为H公司销售经理，接受过H公司关于职场性骚扰防范的培训。H公司规章制度中明确规定了上级应保障下属的投诉权利，不允许任何报复行为；也规定了实施性骚扰、在内部调查中虚假陈述都属于严重违纪行为。

履职中，其下属女职工任某曾在与郑某的谈话中向郑某说明了郑某上级邓某对自己的性骚扰行为，郑某却表示不想参与、拒绝回答任某的相关问题，并为邓某行为进行辩解、甚至尝试撮合二人，后郑某向公司建议解除任某劳动合同。就此，H公司对郑某进行调查，并在查明前述情况后与郑某单方解除劳动合同。后郑某不服并提起劳动仲裁，要求H公司支付违法解除赔偿金。

法院观点

法院生效裁判认为：H公司对反职场性骚扰、反打击报复存在合法有效的明确规定，且郑某也接受过相关培训。虽然郑某无法判断下属说明的性骚扰行为的真伪，但郑某不仅未积极应对帮助下属解决问题，还尝试促成下属与上级的不正当关系，该行为违反其作为主管的职责，也有违公序良俗。在下属明确对性骚扰表示抗拒后，郑某还提出与其解除劳动合同，属于对下属的打击报复。基于包括前述等种种原因，法院对郑某主张不予支持。

最高院评析：本案明确了用人单位的管理人员对被性骚扰员工的投诉没有采取合理措施，或者存在纵容性骚扰行为、干扰对性骚扰行为调查等情形，用人单位以管理人员未尽岗位职责，严重违反规章制度为由解除劳动合同，管理人员主张解除劳动合同违法的，人民法院不予支持。该案例对于民法典施行后用人单位合理构建性骚扰防范处置机制，切实提升全员防范意识，有效防范职场性骚扰行为，具有一定的示范指导意义。

律师分析与实务建议

本案体现了存在明确反职场性骚扰规章制度的情况下，用人单位有权对相关管理人员进行调查和处理，该案体现了司法层面对职场性骚扰事件的重视，也对用人单位构建相关制度、及时尽责进行调查处理提出了明确要求。

2021年1月1日生效的《民法典》中明确规定了受害人面临职场性骚扰时受到保护的权利和用人单位防范处理职场性骚扰的责任：

“第一千零一十条 违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。

机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。”

此外，近年来越来越多报道的职场性骚扰事件和相关司法案例也体现出社会层面对这一话题的关注程度。

从用人单位的角度，制定反职场性骚扰的规章制度、定期培训宣贯、对职场性骚扰事件中的行为人和负有管理责任的人员进行及时的问责和处罚，不仅仅是内部企业文化建设的组成部分，更是依法履行自身法律责任的体现。

从实务层面，建议用人单位可以主要从以下方面入手，完善内部反职场性骚扰事件的管理方法：

（1）制定明确的规章制度，反对职场性骚扰行为，对该等行为进行明确定义，规范行为人的法律责任；

（2）制定明确的规章制度，对管理者在面对下属的投诉、举报时的应对方法进行明确，且禁止打击报复，规范管理者的法律责任；

（3）定期进行培训宣贯，就相关法律规定、公司规章制度、具体情形下的可以采取的操作方法和禁止行为进行说明；

（4）认真对待内部投诉举报，及时进行调查和处理，并在调查过程中固定、完善相关证据。

指导案例182号

单位不得以奖金未经审批认为员工无权领取

案情简介

本案中C公司2016年制定了内部奖励办法，对奖金的计算和发放进行了规定。2017年彭某入职担任C公司投资开发部经理。彭某履职期间成功引进了六项目，并向C公司提交了六份奖励申请，但C公司未向彭某发放对应奖励。后彭某离职并提起劳动仲裁，要求C公司支付相关奖励。

诉讼中，C公司认可六项目符合内部奖励办法规定的受奖条件，但具体奖金分配明细未经审批，且C公司进一步表示不会再启动六项目奖励的审批程序，因此彭某的请求不能成立。

法院观点

法院生效裁判认为：本案争议焦点在于C公司是否应当依据内部奖励办法向彭某发放六项目奖励。首先，根据内部奖励办法，彭某所在部门适用该奖励办法，且成功引进了六项目，形式上满足受奖条件。C公司主张其中两个项目存在亏损，但不能证明系彭某存在失职行为；另C公司虽主张彭某不应重复获奖，却亦未能有效证明。其次，审批流程不涉及奖励评判标准，且进行审批为C公司义务而非权利，六项目奖励未经审批或审批未完成不应成为C公司拒绝支付奖金的理由。因此，C公司应当向彭某支付奖金。

最高院评析：本案明确了用人单位规定劳动者在完成一定绩效后可以获得奖金，对符合条件的劳动者申请发放奖金的，有义务进行审查。用人单位无正当理由拒绝履行审批义务，劳动者向人民法院主张获奖条件成就，用人单位应当按照规定发放奖金的，人民法院应予支持。本案例对于规范用人单位用工自主权，引导用人单位在劳动合同履行过程中秉持诚信原则，建立和谐、稳定、良性互动的劳动关系具有积极作用。

律师分析与实务建议

根据《关于工资总额组成的规定》中规定，奖金属于用人单位支付给劳动者的劳动报酬，属于工资总额的组成部分。因此劳动者有权以用人单位未按约定发放奖金为由，主张未足额支付工资报酬。

从用人单位是否有权决定发放奖金及其额度的角度，奖金一般可以分为如下三类：

- 1.任意性奖金——用人单位完全自主决定是否发放以及发放额度的奖金；
- 2.附条件奖金——附条件发放、根据条件达成情况确定具体金额的奖金，如项目奖金，销售佣金，与公司业绩、个人的绩效表现挂钩的浮动奖金等；
- 3.确定性奖金——明确了发放时间和具体金额的固定奖金，如明确了发放标准的年终奖、十三薪等。

其中，对于本案中的项目奖金所属的附条件发放的奖金，用人单位无权单方决定是否发放，必须依据相关奖金所涉

及的具体条件判断奖金发放条件是否成就。

本案中主要就实践中存在的用人单位以拒绝审批、卡流程为由不予发放奖金的情形，明确了用人单位对于附条件发放奖金的审批义务。本案生效裁判中提出了奖金审核的实质评价要素和程序性流程的划分，奖金发放条件涉及的考核标准是否达成属于实质评价要素，而考核或审批流程属于程序性流程。在劳动者能够初步证明已达成奖金发放条件的情况下，能够认为劳动者已完成举证责任；而程序性流程的完成属于用人单位的义务，用人单位因自身原因未进行考核或审批，并以此拒绝发放奖金的，不能成立。

日常实践中，用人单位往往通过许诺满足一定条件即发放相应奖金的方法以提升劳动者的工作积极性和对公司的忠诚度，但不按约定发放奖金反而会对劳动者对公司的信心造成损害、给公司声誉造成不利影响，同时也会带来法律风险。

如用人单位希望实现对奖金发放拥有更高的自主决策权，可以考虑从以下角度进行完善：

- 1.在设定相关奖金时，明确约定该等奖金公司有权单方决定是否发放以及发放额度，如公司决定发放情况下，可参考经营情况、劳动者项目达成情况酌定具体金额。诚然，该方法没有给到明确的承诺，不排除可能有损劳动者的工作积极性。
- 2.除了设定奖金发放的积极条件，也增加奖金发放的消极条件，如具体项目发生亏损情况下对应奖金不予发放、公司整体亏损情况下公司可不予发放全部奖金、劳动者在工作中存在过错并给公司造成损失的情况下公司可不予发放奖金等。但用人单位以相关消极条件成就为由主张不予发放奖金的，应当对消极条件的成就负有举证责任。

指导案例183号

用人单位单方解除且即不予发放年终奖的规定缺乏合理性

案情简介

本案中房某2011年入职D公司，担任战略部高级经理。2017年12月29日，D公司以客观情况发生重大变化、双方未能就变更劳动合同协商达成一致与房某单方解除劳动合同。D公司规章制度规定，年终奖金根据公司政策，按公司业绩、员工表现计发，员工在奖金发放月或之前离职的，不享有对应的年度奖金。D公司通常在次年的3月份发放当年年度年终奖。后房某提起劳动仲裁，要求D公司支付2017年度年终奖。

法院观点

法院生效裁判认为：现行法律法规并没有强制规定年终奖应如何发放，用人单位有权根据本单位的经营状况、员工的业绩表现等，自主确定奖金发放与否、发放条件及发放标准，但是用人单位制定的发放规则仍应遵循公平合理原则，对于在年终奖发放之前已经离职的劳动者可否获得年终奖，应当结合劳动者离职的原因、时间、工作表现和对单位的贡献程度等多方面因素综合考量。因D公司未举证房某的2017年度工作业绩、表现等方面不符合规定，可以认定房某在该年度为大都会公司付出了一整年的劳动且正常履行了职责，为D公司做出了应有的贡献，可享有2017年度年终奖。

最高院评析：本案明确了虽然用人单位的规章制度规定年终奖发放前离职的劳动者不能享有年终奖，但是劳动合同的解除非因劳动者单方过失或主动辞职所致，且劳动者符合年终奖发放标准时，劳动者主张用人单位支付年终奖的，人民法院应当予以支持。本案例对人民法院审理涉年终奖的劳动争议案件具有指导意义，防止用人单位借规章制度之名侵害劳动者合法权益。

如指导案例182号中所讨论，本案中所涉“年终奖”同样属于《关于工资总额组成的规定》第四条第三项、第七条所规定的用人单位支付给劳动者的劳动报酬，属于工资总额的组成部分。

对于用人单位而言，年终奖主要在于对劳动者过去一年工作表现的评价，同时也有对于劳动者接下来继续服务于本公司激励的作用。本案中的D公司也对于年终奖的发放设置了双重条件，一重为“按公司业绩、员工表现计发”，对应员工过去工作的评价；另一重为要求员工在奖金发放时仍然在职，对应对员工继续服务的激励：

司法实践中，往往认可存在明确发放条件的情况下，用人单位有权根据公司业绩、员工表现决定年终奖的发放，但是对于用人单位是否有权在员工于奖金发放前已离职为由不予发放奖金存在分歧，实践中主要存在以下三类观点：

- 第一类观点如本案中一审法院的认定，即认为依据用人单位的规章制度，员工在年终奖发放前离职，无法离职原因为何，均无权获得年终奖。实践中持该种观点的类似案例还有(2022)京01民终5562号、(2022)京03民终5012号，均倾向于认为年终奖的发放属于用人单位自主管理范围，用人单位有权自主决定年终奖发放的条件、数额等具体事宜，或用人单位出于激励员工工作积极性或者持续留任的目的设立奖金系其正当的经营自主权限，因此即使为用人单位单方解除，用人单位仍有权不予发放年终奖。

- 第二类观点如本案二审法院观点及最高院观点，侧重于年终奖对过往工作的评价，并对于双方劳动合同解除的原因进行了进一步的区分，并认为非因劳动者原因导致的离职不能成为年终奖不予发放的原因。实践中持该种观点的类似案例还有(2022)京03民终3701号、(2015)沪一中民三(民)终字第405号，均认为解除原因在于用人单位的情况下，即使双方约定或用人单位规定奖金发放时应当在职，用人单位应当根据劳动者的服务时间折算发放年终奖。

- 此外，实践中还有第三种观点，即认为在用人单位约定或规定了劳动者在奖金发放时必须在职的情况下，该等约定或规定不能具备法律效力，即使双方劳动合同解除原因为劳动者单方解除，用人单位仍然应当根据劳动者当年度的实际服务期限折算年终奖后进行发放。如(2022)新01民终1761号，法院认为“年终奖本身属于工资范畴，应遵循按劳分配、同工同酬原则，故即使公司对年终奖的发放享有自主经营权，对于离职员工，只要在2020年度为公司付出了劳动，公司就应按照同工同酬的原则，根据员工的相应工作时间折算发放年终奖。”又如(2021)京03民终7416号、(2021)京02民终4900号，均认为辞职和获取奖金均为劳动者的权利，即使劳动者单方辞职，用人单位仍应按劳动者服务情况折算和支付奖金。

本案中的第二类观点相对折中、平衡，主要有两点特点：一是在于，对年终奖性质的认定在过往评价和未来激励两方面上侧重于过往评价方面，强调了年终奖作为工资报酬的特征，保护劳动者合法权益；二是在于，在劳动者提前离职时进一步区分离职原因，仅在非因劳动者原因情况下突破了用人单位规章制度中服务要求的限制，体现了裁量中的审慎。

基于本案，如用人单位希望同时起到过往评价和未来激励的作用，可以考虑对奖金进行拆分，区分为年终奖和任职奖金，以分别起到不同效果。如用人单位不希望拆分，则建议在发放年终奖时，着重从过往工作表现的角度进行评价，审慎仅因奖金发放时员工不在职、尤其是非因员工原因或过错导致的不在职而拒绝发放全部奖金，以控制法律风险。

指导案例184号

诉讼期限不计入竞业限制期限的约定应属无效

案情简介

本案中马某于2005年入职S公司担任高级总监，双方存在离职后竞业限制约定，并明确约定了竞业限制期限应扣除仲

裁和诉讼期间。2017年马某离职，S公司要求马某履行离职后的竞业限制义务并与其就离职后的违约情况产生争议，S公司的诉讼请求之一为要求马某继续履行竞业限制义务，而双方仲裁和诉讼的期间已超过了双方约定的竞业限制期限，S公司要求按约定在马某的竞业限制期限中扣除仲裁和诉讼的期间。

法院观点

法院生效裁判认为：首先，法律明确规定了竞业限制义务的期限，以平衡用人单位商业秘密保护权利和劳动者的择业自由权。其次，在双方仲裁和诉讼的期间，劳动者的择业自由权事实上处于待定状态，且在劳动者诉用人单位履行竞业限制义务类案件中，劳动者往往处于持续履约状态，将仲裁和诉讼的期间从竞业限制义务履行期间扣除，也会造成实质的不公平。因此该约定可实现用人单位无需协商一致即单方延长劳动者竞业限制期限的不公平结果，属于《劳动合同法》第二十六条第一款第二项规定的无效情形，不应受到支持。

最高院评析：明确了用人单位与劳动者在竞业限制条款中约定，因履行竞业限制条款发生争议申请仲裁和提起诉讼的期间不计入竞业限制期限的，属于劳动合同法第二十六条第一款第二项规定的“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利”的情形，应当认定为无效。本案例对竞业限制有关问题进行了规范，有效保障了劳动者的择业自由权。

律师分析与实务建议

本案中的争议焦点是竞业限制案件中用人单位非常关注的一个高发问题，即可否主张将仲裁期间于竞业限制期间中扣除的问题。原因在于，在用人单位诉劳动者竞业限制违约案件中，劳动者往往在仲裁和诉讼期间处于持续违约的状态。且竞业限制属于劳动争议，如双方均存在争议，需要经过一裁两审才能出具最终有效的判决书，该段期间往往会持续较长时间，甚至超过竞业限制期限的上限两年，进而导致竞业限制期限经过，无法继续履行。

对于这一困境，用人单位往往会尝试采取设计一些法律规定以外的约定，如约定竞业限制期限应扣除仲裁和诉讼期间以最大程度保护自身权利。此前，各地司法实践中也出现过对类似约定的认定，通常都无法获得仲裁机关的支持。本案更是以最高院指导性案例的形式，从全国层面对这一问题进行了明确和统一。

之所以法院倾向于认为竞业限制期限不能因仲裁而延长，核心在于竞业限制期限的延长会导致用人单位和劳动者权利义务的失衡。一定程度上，竞业限制制度可以认为是商业秘密保护体系的一部分，建立在用人单位商业秘密保护的重要性、商业秘密诉讼对于商业秘密保护的滞后性、商业秘密诉讼中权利人的举证难度等因素的基础上。但竞业限制制度是通过限制劳动者在择业自由权而实现，必然需要设定一定期限。实践中，如果劳动者因为不确定的竞业限制义务而在仲裁、诉讼期间持续履约，导致长期只能获得少量的竞业限制经济补偿金，而难以在自身擅长的行业和领域获得劳动报酬，将会导致明显的权利失衡。但对于确实存在违约行为并企图通过仲裁和诉讼程序拖延期限的劳动者，目前的实践中缺乏对用人单位的救济途径。

不过，这种认定方法虽然保障了劳动者自由择业权，却也使“竞业限制”的“限制”难以真正实现。为了实现这一限制，也有用人单位会尝试主张对涉嫌违约的员工依据《民事诉讼法》第一百条申请行为保全。但据我们目前了解的情况来看，还难有得到支持的案例。

我们也留意到，对于网络主播违反竞业约定而产生的一般民事诉讼案件中，存在法院认可就网络主播的该等行为原合作公司有权依据《民事诉讼法》第一百条申请行为保全、要求相关网络主播不得从事竞争性行为的司法裁定，如（2017）沪0115民初85395号案例中，上海市浦东新区人民法院裁定“禁止被申请在广州虎牙信息科技有限公司以及任何第三方平台上进行网络直播活动。”又如（2015）鄂武东开民二初字第00905号案例中，湖北省武汉东湖新技术开发区人民法院曾裁定对被申请人“不得为第三人苏州游视网络科技有限公司以及任何第三方提供游戏解说服务”。

该种网络主播跳槽所产生的民事案件与竞业限制案件在多方面高度相似：同为公司和个人之间的争议，同为合同违约类争议，同样因为要求个人履行不竞争义务而发生争议，区别主要在于前者类案件中公司与个人并不存在基础劳动关系，双方的不竞争约定不适用劳动法上的竞业限制相关规定。考虑到两类案件的相似性，不排除后续法院可能会同意用人单位对于恶意持续违约并尝试拖延期限的劳动者采取行为保全。

同时，在现有司法实践中，对于诉讼中仍持续违约、给用人单位造成重大不利影响的情形，用人单位可以考虑如下两种方式维护自身权利：

- 1.在现有仲裁、诉讼程序终结后，如发现行为人仍在竞业限制期限内持续违约的，可提起二次诉讼，再次要求其就持续违约行为重新支付违约金；
- 2.如还存在侵犯商业秘密行为的，用人单位可同时提起商业秘密侵权之诉，将行为人和其再就业所在单位同时列为被告，主张其法律责任。

指导案例185号

以地域因素为由不予录用候选人属于就业歧视

案情简介

本案中闫某于2019年向X公司应聘了“董事长助理”和“法务专员”两个岗位，求职简历中提供了包括个人户口所在地、现居住城市等个人信息。后X公司以闫某为“河南人”为由认为闫某不适格这两个岗位。后闫某提起诉讼，要求X公司赔礼道歉、支付精神抚慰金以及承担诉讼相关费用。

法院观点

法院生效裁判认为：本案中X公司因“河南人”这一地域事由要素对闫某进行了差别对待。《中华人民共和国就业促进法》第三条在明确规定民族、种族、性别、宗教信仰四种法定禁止区分事由时使用“等”字结尾，表明该条款是一个不完全列举的开放性条款，其他禁止区分事由还包括劳动者的户籍、身份、地域、年龄、外貌等与“工作内在要求”没有必然联系的“先赋因素”。因X公司无法提供客观有效的证据证明地域要素与闫某申请的工作岗位之间存在必然的内在关联或存在其他的合法目的，X公司构成对闫佳琳的就业歧视，依法应承担公开赔礼道歉并赔偿精神抚慰金及合理维权费用的民事责任。

最高院评析：明确了用人单位在招用人员时，基于地域、性别等与“工作内在要求”无必然联系的因素对劳动者进行无正当理由的差别对待的，构成就业歧视，应当承担相应的法律责任。本案例对于人民法院正确认定平等就业权纠纷中就业歧视行为，准确把握企业用工自主权和劳动者平等就业权的关系，具有指导意义。

律师分析与实务建议

本案明确了用人单位不得基于地域等与工作没有内在联系的外在因素对劳动者进行差别对待。《就业促进法》第三条第一款规定了“劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。”明确了劳动者享有平等就业、不受歧视的权利基础。

然而，由于部分用人单位法律意识淡薄，实践中存在各种形式的就业歧视现象。除了本案中的地域歧视，比较常见的就业歧视类型还有性别歧视、年龄歧视、学历歧视、残疾歧视、传染病歧视，对女性职工的婚育歧视，以及因近年新冠疫情所引发的新冠阳性康复患者歧视等情形，以下分别探讨：

1.对于**因性别产生的歧视**，实践中较为高发，且往往体现为对女性的歧视。该种情形不仅违反了《就业促进法》第三条第二款禁止因性别而对劳动者产生歧视，也违反了《妇女权益保障法》中规定的男女平等基本国策，妇女在政治、经济、文化、社会、家庭等方面所享有的与男子平等的权利以及不得因性别为由拒绝录用妇女或提升对妇女的录用标准。就此，北京市2016年发布的依法维护妇女儿童权益典型案例之案例三“王某诉某公司就业歧视案”即体现了禁止对女性就业歧视，又如(2016)京03民终195号案件，法院认为该案中的用人单位侵犯了候选人平等就业的权利，应承担侵权责任。可以认为，除法律明确规定不适合妇女的工种或岗位用人单位可仅招录男性，其他岗位均不应限制对妇女的录用或提高标准。

2.对于**因婚育状况产生的歧视**，实践中同样较为常见，往往体现为对于已婚未育女性或尚处于孕期或哺乳期女性的歧视，如在入职时调查女职工婚育状况与意愿并以此作为录用标准之一，或要求女职工承诺入职后一段时间内不得生育等。该种情形不仅违反了《中华人民共和国妇女权益保障法》中不得限制女职工婚育的要求、违反了人社部等九部门发布的《关于进一步规范招聘行为促进妇女就业的通知》中规范对女职工就业歧视的要求，也存在违反《个人信息保护法》过度搜集候选人个人信息的风险。如（2021）沪02民终7020号案例中，上海市第二中级人民法院认为，“婚恋、生育状况通常与劳动合同的履行没有必然的关系，属于个人隐私，劳动者并无必须告知的义务。而人社部、教育部等九部委联合发文，亦明确规定用人单位在招聘人员过程中，不得询问妇女婚育情况，不得将妊娠测试作为入职体检项目，亦是为了贯彻男女平等的基本国策，现公司多次提及孙某隐瞒其怀孕事实入职公司，有就业歧视之嫌，该公司对此应引起重视，并予以纠正。”相应地，如果公司以女职工入职时未如实告知婚育情况，主张职工违反劳动纪律或违反诚实信用原则而解除劳动合同的，将面临明显的违法解除风险。

3.对于**因年龄产生的歧视**，在目前的互联网、高科技等特定行业相对高发，往往体现为对一定年龄以上的人员的歧视，如在招聘中明确表示“不招录35岁以上人员”。《2022年政府工作报告》中明确提出，“坚决防止和纠正性别、年龄、学历等就业歧视，大力营造公平就业环境。”司法实践中，法院认为，对于存在法律规定的特定岗位，用人单位在法律规定的年龄限制之上增设年龄限制，属于对劳动者的年龄歧视，侵犯劳动者的平等就业权。如（2016）粤0183民初901号案件中，广东省广州市增城区人民法院认为“原告陈某持有准驾车型为A1的驾驶证，依法可驾驶大型客车至60周岁。现被告运输公司在其招聘信息中要求大客车司机年龄为18周岁至45周岁，明显剥夺并损害了包括原告在内的年龄在45周岁至60周岁并持有A1驾驶证这一类群体的平等就业机会。……公安部已从驾驶人的年龄条件、身体条件、驾驶技能等各方面对各类准驾车型驾驶证的申领以及各类车型驾驶证的审验管理，进行了综合考量并作出了规定，而被告运输公司自行设定的高于部门规章规定的且与个人能力无关的年龄标准显然超出了依法使用人自主权的界限，侵犯了原告的平等就业权。”

4.对于**因学历产生的歧视**，随着高校扩招、高等教育的普及与劳动力素质的整体提高，导致一些用人单位为了筛选优质劳动力，对候选人的学历往往存在较高要求，如招聘时明确“仅限985、211高校毕业生”或“仅限一本毕业生”，构成对不属于该范围毕业人员的就业歧视。就该现象，《2022年政府工作报告》中同样提及需要防止和纠正学历上的就业歧视，值得用人单位关注。同时，实践中还存在用人单位对于较为低端岗位拒绝招录高学历人员的“反向学历歧视”，在能够证明高学历对于用工的不利影响的情况下，该种“反向学历歧视”可能获得司法机关的支持，如（2016）粤0306民初24833号案件，广东省深圳市宝安区人民法院认为“被告在经过资料审核及面谈后，结合最近五年拥有本科学历的劳动者在从事普工的工作岗位过程中全部因该岗位没有发展前景而流失的管理经验，认为原告不适合其招聘的工作岗位，完全可以从事更换的工作岗位，因此没有招聘原告，并不存在上述法律规定的就业歧视，而是被告在行使其依法享有的自主用人的权利。”

5.对于**因身体健康产生的歧视**，包括残疾歧视、传染病歧视，以及因近年新冠疫情所引发的新冠阳性康复患者歧视，残疾歧视和传染病歧视均为现行的相关规定明确禁止。《就业促进法》第二十九条明确规定用人单位不得在招录人员时歧视残疾人，第三十条规定了用人单位不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用候选人。就新冠阳性康复患者歧视，最高法院民一庭2022年第25次法官会议讨论认为：“用人单位以劳动者为新冠肺炎康复者等为由拒绝录用构成就业歧视，应当依法承担法律责任。”今年7月13日的国务院常务会议中也明确指出，“严禁在就业上歧视曾经新

冠病毒核酸检测阳性的康复者。相关部门要加强劳动保障监察，对此类歧视现象发现一起严肃处理一起。”体现了立法和行政层面反对对新冠阳性康复患者就业歧视的保护态度。

基于以上讨论，用人单位应当在招聘录用环节做好招聘要求的内部审查，避免出现违规的就业歧视情形。

而值得进一步讨论的是，以上歧视的发生，往往和市场环境导致的企业压力与负担存在直接关联。在要求企业保障就业公平的同时，我们也倡导社会层面对特定人群提供适当的帮扶与保护，并可适当考虑对企业提供相关支持，以平衡对劳动者的保护与对企业的支持，促进就业市场的良性发展。

* 文章为LexisNexis 律商网专栏《“翔”谈劳动》独家内容。

2022-08-04