



国际劳工组织

# 中国法院和仲裁机构禁止就业歧视案例选 — 国际劳工组织课题

四川大学人权法研究中心  
2011年7月

目录<sup>1</sup>

前言 .....	03
一、身长就业歧视 .....	09
案例一、蒋韬诉中国人民银行成都分行录用行员规定身长条件案 .....	09
二、性别就业歧视 .....	11
案例二、黄永顺等 7 人诉成都空气压缩机厂破产清算组剥夺女性职工破产安置选择权案 .....	11
案例三、周香华诉中国建设银行平顶山市分行强制女性职员 55 岁退休案 .....	13
案例四、胡丽华等 13 人诉平阳县教育局退休行政处理案 .....	15
案例五、马某诉北京锦绣脉林投资咨询有限公司案 .....	17
案例六、福人德国际（北京）红珊瑚珠宝有限公司诉金某劳动争议案 .....	19
三、传染病病源携带（乙肝）就业歧视 .....	22
I. 2004 年 8 月 28 日《传染病防治法》的修订前案例 .....	22
案例七、张先著诉安徽省芜湖市人事局录用公务员拒绝录用乙肝病毒携带者案 .....	22
案例八、吴兵、王某诉海南省公安厅录用人民警察规定身体健康条件案 .....	24
II. 2008 年 1 月 1 日《就业促进法》与《就业服务与就业管理规定》施行至 2010 年 2 月 10 日《关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知（人社部发[2010]12 号）》施行前案例 .....	25
案例九、郭某诉杭州富士康隐私侵权案 .....	25
案例十、明某诉廊坊中油郎威监理有限责任公司一般人格纠纷案 .....	27
案例十一、李某诉仁宝网路资讯（昆山）有限公司解除劳动关系争议案 .....	29
案例十二、刘某诉中国市政工程西北设计研究院有限公司劳动争议案 .....	31
案例十三、王某诉青岛海尔洗衣机有限公司劳动关系争议案 .....	33

<sup>1</sup> 在本次案例收集的过程中，感谢北京益仁平中心以及北京千千律师事务所（原北京大学法学院妇女法律研究与服务中心）提供相关的就业歧视案例与支持。

III. 2010年2月10日《关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知（人社部发[2010]12号）》施行后案例.....	35
案例十四、娟子诉长沙市卫生局拒绝签发食品行业健康合格证明案.....	35
四、致病基因携带就业歧视.....	38
案例十五、唐某、周某、谢某诉广东省佛山市人力资源和社会保障局公务员体检检测地中海贫血基因侵犯隐私权案.....	38
五、艾滋就业歧视.....	41
案例十六、吴某诉安庆市教育局、安庆市人力资源和社会保障局教育人事录用案.....	41
案例十七、小军诉盐边县人力资源和社会保障局、盐边县教育局不予招聘录用教师案.....	43
六、年龄就业歧视.....	46
案例十八、杨世建诉中华人民共和国人事部拒绝35岁以上公民报考公务员考试案.....	46
七、新型健康歧视.....	49
案例十九、IBM公司辞退抑郁症员工案.....	49
八、性骚扰.....	51
案例二十、熊某诉成都某公司劳动争议案.....	51
结语.....	54

## 前言

中国正处在经济高速发展、社会加速转型的关键时期，城镇化、工业化、市场化、信息化相互交织的时代背景之下，在中国劳动力市场供大于求的结构中，反对就业歧视事关消弭社会排斥、维护社会和谐，是中国政府努力解决和社会公众关注的焦点话题之一。<sup>2</sup> 这里选编的 20 个案例，主要由北京市千千律师事务所、北京市益仁平中心、四川大学人权法律研究中心等机构提供。编者希望，读者在看到中国法院和仲裁机构在贯彻实施中国的公平就业立法，禁止就业歧视的中努力的同时，发现中国公民运用法律武器开展反就业歧视，促进社会公平正义事业的方面，面临的机遇与挑战。

### 中国反歧视法律框架与就业歧视的表现

中国于 1990 年和 2006 年分别批准了国际劳工组织（ILO）《同酬公约》（第 100 号）和《消除就业和职业歧视公约》（第 111 号），并将平等和反对歧视的原则纳入国内的就业和劳动领域的立法，先后制定了《艾滋病防治条例》（2006 年）、《劳动合同法》（2007 年）、《就业促进法》（2007 年），修订了《妇女权益保障法》（2005 年）、《残疾人保障法》（2008 年）等法律法规，反歧视法律框架不断完善。中国现有立法禁止的歧视种类有 7 种，包括种族、民族、宗教信仰、性别、残疾、传染病病原携带、社会出身等（农村与城镇）。<sup>3</sup>

然而与静态的法律规定不同，社会现实中的歧视现象纷繁复杂且始终处于动态变化。在就业市场中存在的年龄、身高歧视和新型健康歧视等，现有的立法或对其实际约束力还有待于加强。目前法律明文规定的 7 种禁止歧视类型，亦不能涵盖中国就业市场中歧视现象的表现，如传染病病原携带歧视现象，而身高歧视则随着国家统一公务员体检标准取消身高限制趋于缓解。

这里选编的 2001 年至 2011 年 10 年间劳动就业歧视案例，包括乙肝携带歧视案 8 件、性别歧视案 5 件、艾滋病毒携带歧视案 2 件、致病基因携带歧视案 1 件、健康歧视案 1 件、身高歧视案 1 件、年龄歧视案 1 件、性骚扰歧视案 1 件，数量比例上基本反映了中国社会歧视的表现及其特点。现行中国户籍歧视现象严重，但由于进入诉讼以及仲裁调解程序的多为农民工追讨欠薪和劳动工伤类案件，农民工同工不同酬歧视案件真正进入司法程序的较少或未产生全国性重大影响，因此本案例选未对此类案件进行收录。

<sup>2</sup> 据中国政法大学宪政研究所 2006 年的调查显示，高达 85.5% 的被调查者认为存在就业歧视，其中认为非常严重和较为严重的占 50.8%。详见《中国就业歧视现状的问卷调查报告》，《经济观察报》，2007-7-2。同年的另一份全国性的调查显示，高达 74% 的求职者真实遭遇过就业歧视。详见《就业状况调查报告：3/4 大学生遭遇就业歧视》，《中国青年报》，2007-1-5。

<sup>3</sup> 《劳动法》（1994 年）第 12 条；《义务教育法》（2006 年）第 4、6 条；《民族区域自治法》（2001 年修订）第 9、11 条；《残疾人权利保障法》（1990 年）第 3 条；《妇女权益保障法》（2005 年）第 2、25、27、34、38 条；《未成年人权利保护法》（2006 年修订）第 10、70 条；《就业促进法》（2007 年）第 25-31 条等。

健康歧视是中国最具代表性和特殊性的歧视类型之一。其一，遭受歧视群体规模庞大。仅就乙肝病毒携带者中国约有 9300 万人，<sup>4</sup> 约占全世界乙肝病毒携带者总数的 1/3。其二，认可健康歧视的心理比较普遍。中国政法大学宪政研究所 2006 年的调查显示，公众在观念上最严重的歧视是健康歧视。<sup>5</sup> 其三，反歧视法律活动开展较早，成效显著。相关机构的反歧视活动进程较快。其四，消除健康歧视现象依然需要不懈努力。针对艾滋病人的歧视习惯势力对社会意识影响较深，各类健康歧视（如抑郁症歧视）的出现亦不容忽视。

性别歧视是较早纳入中国禁止歧视类型（1992 年），但在就业中任然公开且较为普遍的存在。究其原因，一是制度规范设的可操作性有待加强；二是中国传统中“男尊女卑”等社会陋习；三是“隐形”的歧视手段，即歧视方一般不会明确对女性进行不合理的区别对待，而是另找借口搪塞。这里选编的 5 个性别歧视案例，从争取女性平等就业安置的权利，到女性平等退休权，再到争取孕期中合法权利，在缩影中国反性别歧视法律活动的发展历程的同时，亦描绘了女性如何运用法律武器一步步将停留在纸面上近 20 年之久的禁止性别歧视法律规定转化为现实中的权利。

年龄歧视尚未被中国立法所禁止。在现实的劳动力市场中，几乎很难找到没有年龄限制的情况，立法的缺失与现实的差距状况尤为突出。2007 年全国人大常委会办公厅公布征求意见的《就业促进法（草案）》规定了禁止年龄歧视，但是最后通过的法律取消了该规定。在中国社会逐渐迈向老龄化的社会背景下，如何对年龄歧视进行法律规制，有重大的理论和现实意义。

## 反就业歧视的司法实践

这里选编的 20 个案例，可以说展现了 10 年来中国社会发展转型中反歧视的社会实践与司法过程。我们可以 2007 年《就业促进法》为界，大致分为两个阶段。

第一，反歧视诉讼初期积累经验。在 2001–2006 年期间，反就业歧视、促社会公平的工作可以概括为：没有社会共识，缺乏立法支持，积累诉讼经验。2001 年蒋韬诉中国人民银行成都分行录用行员身高歧视案是中国就业领域第一例反歧视案件，该案通过新闻媒体的报道引起的广泛的社会关注，反歧视的社会观念开始进入公众的视野。2003 年，张先著诉芜湖人事局录用公务员歧视乙肝病毒携带者案，被新闻媒体称为“中国乙肝歧视第一案”，不仅使反歧视从身高扩大到传染病病原携带领域，而且导致了 2004 年《公务员录用体检通用标准（试行）》取消了各地限制乙肝病毒携带者的不合理规定。<sup>6</sup> 然而，这一时期的反歧视诉讼多援引《宪法》第 33 条第 2 款“中华人民共和国

<sup>4</sup> 卫生部 2008 年 4 月 21 日公布 2006 年全国人群乙肝等有关疾病血清流行病学调查结果。调查显示，中国人群乙肝表面抗原携带率为 7.18%。据此推算，中国乙肝病毒携带者约 9300 万人。

<sup>5</sup> 《中国就业歧视现状的问卷调查报告》，2007 年 7 月 2 日，《经济观察报》。

<sup>6</sup> 卫生部与前人事部 2005 年颁布的《公务员录用体检通用标准（试行）》第 7 条规定：“各种急慢性肝炎，不合格。乙肝病原携带者，经检查排除肝炎的，合格。”

公民在法律面前人人平等”及第 42 条第 1 款“公民有劳动的权利和义务”，如何在法律、行政法规中增加禁止歧视的规定，显然是法院审理歧视案件所必需。

第二，反歧视诉讼发展成熟阶段。2004 年乙肝歧视案宣判并部分胜诉，原告张先著在当年司法部与中央电视台联合举办的年度法治人物评选排名第一，极大地鼓舞了反歧视诉讼的开展。乙肝病毒携带者群体走出网络论坛“肝胆相照”虚拟空间，全面进入社会宣传动员反乙肝歧视。2005 年，周香华诉中国建设银行平顶山支行男女职工退休年龄区别性别歧视案，使得在 1995 年成立的北京大学法学院妇女法律研究与服务中心（2009 年更为北京市千千律师事务所）代理的 200 多个与妇女权益有关的案件，尤其是男女同龄退休案件，进一步得到社会的认可并深入讨论。2007 年《就业促进法》第 62 条规定“违反本法规定，实施就业歧视的，劳动者可以向人民法院提起诉讼。”反歧视诉讼有了明确的、直接的法律依据。劳动者可以劳动权受到侵害为由，直接向人民法院提起反歧视诉讼。从而使反歧视诉讼快速发展，反歧视案件原告胜诉案件显著增加，调解或和解率不断提高。<sup>7</sup>反歧视诉讼完成了从新闻媒体的社会关注，进入行政执法、仲裁机构和法院日常工作的转变。

## 中国法院和仲裁机构禁止就业歧视案例选的案例挑选理由

### 一、身长就业歧视

**案例一、蒋韬诉中国人民银行成都分行录用行员规定身长条件案（（2002）武侯行初字第 3 号）**  
挑选理由：国内首例身长就业歧视案件，案例典型并经国内外媒体广泛报道。

### 二、性别就业歧视

**案例二、黄永顺等 7 人诉成都空气压缩机厂破产清算组剥夺女性职工破产安置选择权案。**  
（（2005）成民终字第 1857 号）

类型：女性就业安置，诉企业，先仲裁（成劳仲委裁字（2005）第 150 号）再起诉，原告一审胜诉。  
挑选理由：全国首例女职工状告单位性别歧视案，案例典型经国内外媒体广泛报道。

**案例三、周香华诉中国建设银行平顶山市分行强制女性职员 55 岁退休案（（2006）湛民 1 初字第 31 号）**

类型：女性平等退休权，诉国有企业，先仲裁（劳仲案字[2005]第 86 号）再起诉，原告一审败诉。  
挑选理由：案件典型经国内媒体广泛报道。

**案例四、胡丽华等 13 人诉平阳县教育局退休行政处理案（（2008）温行终字第 256 号）**

类型：女性平等退休权（教师），诉行政机关，诉讼非仲裁，原告二审败诉。

<sup>7</sup>北京益仁平中心在 2007 年支持的反歧视诉讼中，调解或和解结案率为 42%，2008 年和 2009 年这个数字提高到 60% 以上。



挑选理由：案件典型经国内媒体广泛报道，申诉并获温州中院发函被告教育局纠正相关行为，进一步推动了河北省唐山市政府纠正了违法办理退休的行为。

**案例五、马某诉北京锦绣脉林投资咨询有限公司案（（2010）海民初字第24077号）**

类型：孕期被解聘的职场性别歧视案件，诉讼。

挑选理由：孕期被解聘的职场性别歧视案件判决在性别歧视案件中非常典型。

**案例六、福人德国际（北京）红珊瑚珠宝有限公司诉金某劳动争议案（（2011）朝民初字第04594号）**

类型：女职工孕期被解聘歧视案件，劳动仲裁裁决。

挑选理由：孕期被解聘的职场性别歧视案件仲裁裁决在性别歧视案件中非常典型。

### 三、传染病病源携带（乙肝）就业歧视

#### I. 04年8月28日《传染病防治法》的修订前案例

**案例七、张先著诉安徽省芜湖市人事局录用公务员拒绝录用乙肝病毒携带者案（（2004）芜中行终字第9号）**

类型：一般公务员，原告败诉。

挑选理由：案例典型经国内外媒体广泛报道，案件一二审均发生在03、04年即《传染病防治法》修订前，推动了04年8月28日《传染病防治法》的修订进程。

**案例八、吴兵、王XX诉海南省公安厅录用人民警察规定身体健康条件案。（（2004）美行初字第32号）**

类型：特殊公务员（警察），原告败诉。

挑选理由：案例典型经国内媒体报道，案件一审发生在04年7月即《传染病防治法》修订前，推动了04年8月28日《传染病防治法》的修订进程，二审发生在04年11月，一二审横跨《传染病防治法》修订，有典型意义。

**II. 2008年1月1日《就业促进法》与《就业服务与就业管理规定》施行至2010年2月10日《关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知（人社部发[2010]12号）》施行前案例**

**案例九、郭某诉杭州富士康隐私侵权案（（2009）杭江民初字第1981号）**

类型：就业体检隐私侵权。

挑选理由：国内首例就业体检隐私侵权案，案例典型。

**案例十、明某诉廊坊中油郎威监理有限责任公司一般人格纠纷案（（2009）广民初字第1398号）**

类型：签订就业协议后拒绝签约，民事调解，原告胜诉。

选择理由：原告已和被告签订就业协议后拒绝签约，且系《中华人民共和国就业促进法》与《就业服务与就业管理规定》施行后原告经调解胜诉的典型案件。

**案例十一、李某诉仁宝网路资讯(昆山)有限公司解除劳动关系争议案(昆劳仲案(2009)5240号)**

类型：解除劳动关系争议(试用期被辞退)，诉企业，劳动仲裁和调解。

挑选理由：案件典型，原告在仲裁中仲裁请求得到支持。

**案例十二、刘某诉中国市政工程西北设计研究院有限公司劳动争议案((2009)城法民渭初字第267号)**

类型：解除劳动关系争议(签订正式合同后被辞退)，诉事业单位，劳动调解。

挑选理由：案件典型，原告在民事调解中诉讼请求得到支持。

**案例十三、王某诉青岛海尔洗衣机有限公司劳动关系争议案((2010)青民一终字第105号)**

类型：解除劳动关系争议(自愿离职治疗)，诉企业，原告败诉。

挑选理由：案件典型，原告在离职治疗后不予录用，经过一二审仍败诉，社会影响大。

### III. 2010年2月10日《关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知(人社部发[2010]12号)》施行后案例

**案例十四、娟子诉长沙市卫生局拒绝签发食品行业健康合格证明案((2010)长中行终字第0025号)**

类型：食品行业健康合格证明，诉行政机关，二审胜诉。

挑选理由：案件典型，原告在一审中败诉但二审中院援引《关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知(人社部发[2010]12号)》判决，获得胜诉。

## 四、致病基因携带就业歧视

**案例十五、唐某、周某、谢某诉广东省佛山市人力资源和社会保障局公务员体检检测地中海贫血基因侵犯隐私权案((2010)佛中法行终字第381号)**

类型：新型健康就业歧视。

挑选理由：全国首例基因歧视案件并经国内媒体广泛报道，推进了广东省公务员体检标准改革的进程，使全国开始关注致病基因携带者的就业权利，《法庭上的宪法》一书有评析。

## 五、艾滋就业歧视

**案例十六、安徽艾滋歧视：吴某诉安庆市教育局、安庆市人力资源和社会保障局教育人事录用案((2011)宜行终字第0022号)**



类型：艾滋就业歧视。

挑选理由：全国首例艾滋歧视案件并经国内媒体广泛报道，使全国关注艾滋病人就业歧视状况。

**案例十七、四川艾滋歧视：小军诉盐边县人力资源和社会保障局、盐边县教育局不予招聘录用教师案（（2010）盐边行初字第5号）**

类型：艾滋就业歧视。

挑选理由：全国第二例艾滋歧视案件并经国内媒体广泛报道，使全国进一步关注艾滋病人就业歧视状况。

## 六、年龄就业歧视

**案例十八、杨世建诉中华人民共和国人事部拒绝35岁以上公民报考公务员考试案（（2005）二中行初字第578号）**

类型：年龄歧视，公务员案件，行政诉讼。

挑选理由：案例典型经国内媒体广泛报道，推动了《国家公务员录用暂行规定》第十四条第六项规定修改的进程，周伟教授歧视研究领域前沿著作《法庭上的宪法》一书收录。

## 七、新型健康歧视

**案例十九、IBM公司辞退抑郁症员工案（蒲劳仲（2008）办字第946号）**

类型：新型健康歧视，仲裁。

挑选理由：我国抑郁症歧视第一案，具有全国性影响。

## 八、性骚扰

**案例二十、熊某诉成都某有限公司劳动争议案（（2008）金堂民初字第1029号）**

类型：性骚扰。

挑选理由：成都市中级法院审委会将成都市金堂县法院审结的此案件确定为示范性案例，具有广泛影响。

## 一、身长就业歧视

### 案例一、蒋韬诉中国人民银行成都分行录用行员规定身长条件案

#### (一) 案件主要事实

蒋涛系四川大学法学院学生，2001年12月在应聘工作中看到了中国人民银行成都分行刊登在成都某报头版的一则招录行员启事，发现自己符合招录启事中的学历、专业等业务条件。但由于身高不符合所要求的“男性身高在168公分、女性155公分以上”的条件被拒之门外。

蒋涛遂于2001年12月25日向成都市武侯区人民法院提起诉讼，请求法院依法判令被告发布的招录行员广告中，限制男性身高不到168公分、女性身高不到155公分不属招录对象的具体行政行为违法，责令被告停止发布该广告并公开更正。2002年1月10日，被告在成都某报头版刊登了新的招录行员广告并取消了对招录对象身高的限制。武侯区法院经审理后认为原告蒋韬对被招录行员规定身高条件的行为提起的诉讼，不属于我国《行政诉讼法》规定的受案范围，不符合法定的起诉条件。裁定驳回蒋韬的起诉。

#### (二) 案件主要争议焦点

1. 本案是否是行政案件。
2. 本案有关行为效力的认定。
3. 该行为是否对相对人和原告才产生约束力。

#### (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

一审法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第2条、第41条第4项认定，该案不属于行政诉讼受案范围，不符合法定的起诉条件。裁定驳回蒋韬的起诉。

#### (四) 评析

在招聘招录中对求职者的客观条件进行限制，事关劳动者的平等就业权利，往往会引发很大的争议，本案就是一起曾经引发广泛关注的典型身高歧视案例。

原告诉求在于被告的行为属于违法具体行政行为，对被告发布招录启事是否是行政行为，是否是具体行政行即成为本案的争议焦点。法院认为行政行为是指“行政机关及其工作人员依《宪法》、法律、法规行使行政职权，实施行政管理职能的活动”。由此，行政行为应当包括以下几方面：（1）行政行为是行政机关做出的；（2）行使行政职权、实施行政管理；（3）行使职权是依宪法、法律、法规而为。就第一条标准，中国人民银行成都分行是否是行政机关，法院在裁定中表明“根据《中华人民共和国中国人民银行法》规定：‘中国人民银行在国务院领导下，制定和实施货币政策，对金融业实施监督管理。’被告成都分行是中国人民银行的分支机构，根据中国人民银行的授权负责本辖区的金融监督管理，是行使金融管理行政职权的行政机关”。法院做出这样的判断是基于我国银行法第二条第二款之规定。同时该法的第十二条规定“中国人民银行根据履行职责的需要设立分支机构，作为中国人民银行的派出机构。中国人民银行对分支机构实行集中统一领导和管理。解读以上二条可以看到：中国人民银行依法行使的权力具有国家管理属性，故该机构是国家行政机关当确定无疑；作为分支机构的派出机构其行使职权的行为也应当是行使国家公权力，故中国人民银行成都分行属于国家行政机关的属性是不容置辩的。

在认定了该机构的行政机关的性质之后，接着应当辨明的是该机构实施的行为是否是具有管理性、职权性，这就需要结合第二、第三条标准进行认定。行政机关所为的行为绝大部分应当是行政行为，但并不意味着所有的行为必然是行政行为。行政机关所作的行为中涉及到二类行为性质的区分：执行职权的行为，这类行为的类型由宪法和法律、规章加以明确界定，是属于行政法上的行政行为；另一类是与行使职权无关、不受公法调整的行为，此种行为不应当是行政行为。中国人民银行法第四条规定的人民银行履行的职责涉及到十四项，采用逐一对号的方式可以发现，中国人民银行成都分行的招考行为并不属于其中之列，从某种意义上说，招考行为与成都分行代表国家行使货币政策、对金融进行监督管理职责“风马牛不相及”，因此成都分行的招考行为不是行政行为。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第二条规定“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关的工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼”，该条概括地规定了人民法院受理行政诉讼的前提——因具体行政行为而合法权益遭到侵犯。由于成都分行的招考行为不是行政行为，当然也就谈不上其是具体行政行为，据此，本案不属于人民法院行政诉讼的主管范围。

## 二、性别就业歧视

### 案例二、黄永顺等 7 人诉成都空气压缩机厂破产清算组剥夺女性职工破产安置选择权案

#### (一) 案件主要事实

黄永顺等 7 人系成都空气压缩机厂的女性职员，2004 年 11 月 24 日空压机厂公告破产时，年龄恰巧介于 52 至 54 岁之间。2004 年 12 月 8 日，破产清算组给七人发来书面通知，称“你属于办理正退人员，养老保险已于本月终止”，要求七人直接办理退休手续。黄永顺等 7 人认为国家政策规定的女性干部法定退休年龄应该是 55 周岁遂明确表示不选择提前退休且未在退休手续上签字，清算组为七人办理了“退休手续”。后双方经劳动仲裁七人认为清算组的行为侵犯了女性职工“提前退休选择权”，构成性别歧视。遂向成都市锦江区人民法院起诉，请求法院撤销清算组要求其退休的通知并直接根据宪法赋予我国妇女的“男女平等”权利，要求享有与同属“提前退休范围”的男职工相同的选择权利。2005 年 6 月 15 日，一审判决撤销清算组要求七人办理退休手续的通知，待判决生效后重新作出安置决定。后经破产清算组上诉，成都市中级人民法院以“二审诉讼中出现新证据”为由，裁定撤销一审判决，发回成都市锦江区人民法院重审。2007 年 4 月 16 日，在重审开庭一年以后，锦江区人民法院以“因本案存在其他应当中止诉讼的情形”为由，裁定本案中止诉讼。本案当事人至今未接到法院恢复审理的通知。

#### (二) 案件主要争议焦点

1. 被告对原告作出的正式退休决定，是否违反国家关于职工正式退休的相关法规。
2. 本案中重审法院适用诉讼中止是否符合法律规定。

#### (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案案件主要争议焦点

一审法院依照《中华人民共和国劳动法》第七十三条第二款和《国务院关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》第五条、《劳动和社会保障部关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》第一条的规定，判决撤销被告对原告作出的正式退休决定，同时驳回原告其他诉讼请求。

二审法院依照《民事诉讼法》第一百五十三条第三款的规定，撤销一审判决，发回原审法院重审。重审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十六条第一款（六）项裁定中止诉讼。

#### （四）评析

1. 一审法院认为被告对原告作出的正式退休决定，缺乏法律依据，应予撤销，同时驳回原告其他诉讼请求。

被告对原告作出的正式退休决定，违反了国家关于职工正式退休的相关法规。国家有关规定办理提前退休的范围限定为国务院确定的 111 个优化资本结构试点城市的国有破产工业企业中距法定退休年龄不足 5 年的职工。国发 [1994]59 号文件规定：“破产企业中……距法定退休年龄不足 5 年的职工，经本人申请，可以提前离退休。”成办发 [2000]66 号文件也规定：“男职工年满 55 周岁、女职工年满 45 周岁，且连续工龄满十年的职工，经本人申请，破产企业清算组同意，报市劳动局审批，可办理提前退休。”依据以上文件的规定，原告属于破产企业中可提前退休范围内的职工，而不属于正式退休范围内的职工，对原告应按照提前退休的方式进行安置。

其次，被告对原告作出的正式退休决定，不符合破产企业职工提前退休的法定程序。依据国发 [1994]59 号等文件的规定，破产企业中可提前退休范围内的职工办理提前退休需经本人申请，成办发 [2000]66 号文件进一步规定，破产企业中可提前退休范围内的职工办理提前退休除需经本人申请外，还需破产企业清算组同意，并报市劳动局审批。因此，一审法院认为经原告本人申请、并报劳动和社保机构审查同意，是有关文件规定的破产企业职工办理提前退休手续必须具备的条件。被告在原告没有申请，而且作为审批机关的成都市劳动和社会保障局亦并未作出原告只能办理提前退休手续的审批决定的情况下，即对原告作出退休决定，侵害了原告作为一名破产企业职工享有的合法权利。

#### 2. 重审一审法院裁定中止诉讼。

民事诉讼中的诉讼中止指的是民事诉讼程序的中途暂时停止。重审一审法院作出中止诉讼裁定依据的是《民事诉讼法》第一百三十六条第一款第六项，即：“其他应当中止诉讼的情形。”该款规定是一个弹性条款，由于社会生活的多样性，人民法院可以在具体的审判实践中灵活掌握。凡出现致使民事诉讼活动难以继续的情形而又不属于前五种情形的，人民法院可以中止诉讼。由此可见，导致本案诉讼中止的事由并不属于该款前五项规定的当事人诉讼主体资格等方面的情形，而是在案件审理过程中确实出现了其他导致审理工作难以继续的情形，故适用该项规定中止诉讼。需要指出

的是，中止诉讼的裁定一经作出，即时生效，当事人不得就中止诉讼的裁定提出上诉，亦不得申请复议，但财产保全和证据保全除外。因此本案诉讼各方均不得向成都市中级人民法院提起上诉。

### 案例三、周香华诉中国建设银行平顶山市分行强制女性职员 55 岁退休案

#### (一) 案件主要事实

周香华，女，55 岁，系中国建设银行平顶山分行职工，2005 年元月上旬，其被单位告知已到退休年龄，并已着手办理其退休手续。周香华认为单位针对其退休的决定与我国宪法、劳动法有关男女平等的规定相违背，对其实行 55 岁退休而对男子实行 60 岁退休是基于性别理由的区别对待，构成对女性劳动者的性别歧视依法应当予以撤销。为争取妇女平等退休权向当地仲裁委递交了仲裁申请，请求撤销被申请人作出的要求申诉人退休的决定。仲裁委经审理裁决对周香华的申诉请求不予支持。10 月 28 日，周香华向平顶山市湛河区法院递交了民事起诉状。请求撤销仲裁委【2005】86 号裁决书和被告做出的针对她的退休决定。法院经审理后判决驳回原告周香华的诉讼请求。

#### (二) 案件主要争议焦点

1. 审查居于下位的行政法规是否违反居于上位的宪法与国际公约，是否属于劳动争议的范畴。
2. 国务院《关于安置老弱病残干部的暂行办法》（1978 年 6 月 2 日国发[1978]104 号）是否违背了宪法关于男女平等的原则。

#### (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

仲裁委员会根据《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》第二条规定裁决：“因申诉人未提供支持其观点的有效证据和法律依据，故仲裁庭对申诉人的申诉请求不予支持。”

受案法院根据国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法（1978 年 6 月 2 日国发[1978]104 号）第四条第一款<sup>8</sup>的规定，判决驳回原告的诉讼请求。

<sup>8</sup> 党政机关、群众团体、企业、事业单位的干部，符合下列条件之一的，都可以退休。

(一) 男年满六十周岁，女年满五十五周岁，参加革命工作年限满十年的；



#### (四) 评析

本案是国内首次通过司法途径对女性劳动者退休年龄合宪性提出异议的案件。其处理经过两个阶段：

##### 1. 劳动争议仲裁阶段

申诉人向仲裁委员会提出仲裁申请后，仲裁委员会认为：“根据《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》第二条规定，申诉人提出的国务院国发[1978]第104号文与《宪法》和国际公约相抵触的问题，不属于仲裁委员会受理范围，被上诉人根据国务院国发[1978]第104号文第四条第一款规定为申诉人申办退休手续符合我国现行退休政策。”因此裁决：“因申诉人未提供支持其观点的有效证据和法律依据，故仲裁庭对申诉人的申诉请求不予支持。”

仲裁委员会经审理后对申诉人的申诉请求不予支持，其理由是“根据《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》第二条规定，申诉人提出的国务院国发[1978]第104号文与《宪法》和国际公约相抵触的问题，不属于仲裁委员会受理范围，被上诉人根据国务院国发[1978]第104号文第四条第一款规定为申诉人申办退休手续符合我国现行退休政策。”根据《处理条例》第二条之规定，劳动争议仲裁委员会负责并且限于处理四类企业与职工之间发生的劳动争议，仲裁委员会不得就非劳动争议作出裁决。申诉人提出的国务院国发[1978]第104号文与《宪法》和国际公约相抵触的问题涉及到居于下位的行政法规是否违反居于上位的宪法与国际公约，不属于劳动争议的范畴，劳动争议仲裁委员会作为劳动争议处理机构无权就此问题进行审查并作出裁决。在此前提下，按照“谁主张，谁举证”的举证原则，申诉人主张行政法规与宪法相抵触的应当由申诉人对该事实举证加以证明。申诉人周香华虽然在仲裁申请中提出了国发[1978]第104号文与宪法、劳动法和妇女权益保护法相抵触的事实主张，但未能举出相应证据加以证明，故应当承担举证不能的不利后果。平顶山劳动争议仲裁委员会对申诉人的仲裁请求不予支持符合法律规定。

##### 2. 诉讼阶段

在审理中间，原告提出被告依据国发104号文件作出的要求其退休的决定，致使原告在同等条件下较男性员工提前五年退休。该决定以性别为区分标准，损害了原告作为妇女依法享有的在经济领域内同男子平等的宪法基本权利和平等参加及退出工作，即退休的权利，从而构成性别歧视，违反我国《宪法》第四十八条确立的男女平等原则。该主张未得到人民法院的支持。人民法院在判决书中认为原告“依照国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法（1978年6月2日国发[1978]104号）的规定，符合办理退休手续的条件，被告以此为据为其申报退休的决定符合现行国家政策和法规，

并无不当。”从法院作出的此项判决来看，并未涉及到原告在诉状中提出的 104 号文件与宪法相抵触的问题。

在司法实践中，人民法院在一定范围内享有对规范性文件的审查适用权。但人民法院所能审查或选择适用的规范性文件限于规章或地方法规，包括行政法规在内的全国性法律不在法院审查及选择适用范围之内。具体到本案中，国发 104 号文由国务院颁布并实施，属于行政法规的范畴。因此，受诉法院无权对该文件的合宪性、合法性进行审查，亦不得决定对该文件规定不予适用。作为对我国现行退休年龄作出具体规定的行政法规，用人单位应当以国发 104 号文为依据为职工办理退休手续，人民法院也应当以国发 104 号文作为判断用人单位为职工办理退休手续之行为是否合法的依据。故，在查明本案事实的基础之上，人民法院认定“用人单位为其办理退休手依照国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法（1978 年 6 月 2 日国发 [1978]104 号）的规定，符合办理退休手续的条件，被告以此为据为其申报退休的决定符合现行国家政策和法规，并无不当”。

#### 案例四、胡丽华等 13 人诉平阳县教育局退休行政处理案

##### （一）案件主要事实

原告胡丽华等 13 人系平阳县劳动行政部门以顶替补员、长期合同工等名义录用的全民所有制工人，原告录用后分配到所属学校工作，后均已取得教师资格。2008 年 4 月 7 日平阳县教育局作出包括原告在内的 51 位中小学教师已到法定退休年龄，决定让他们退休的行政决定。原告胡丽华等 13 人收到该退休通知后，认为该行政决定关于男性工人 60 岁退休、女性工人 50 岁退休的要求侵犯了其女性平等劳动权利，属于性别歧视，遂于 2008 年 8 月 12 日提起行政诉讼。请求：改判撤销平阳县教育局平政教（2008）57 号《关于给董淑菲等 51 位同志办理退休手续的通知》。一审判决对原告主张不予支持。浙江省温州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，判决：驳回上诉，维持原判。

##### （二）案件主要争议焦点

1. 《国务院关于工人退休职工的暂行办法》是否适用于本案。
2. 被诉行政行为程序是否合法。

### (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

一审判决认定：依据《中华人民共和国教育法》、国发（1978）104号《国务院关于工人退休退职的暂行办法》维持被告平阳县教育局于2008年4月7日作出的平政教（2008）57号《关于给董淑菲等51位同志办理退休手续的通知》的退休行政决定。

二审判决认定：依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，判决：驳回上诉，维持原判。

### (四) 评析

本案的两个焦点在于70年代末制定的《国务院关于工人退休退职的暂行办法》是否适用于本案以及被诉行政行为程序性是否违法。

其一、要判定《国务院关于工人退休退职的暂行办法》是否适用于本案，则需查证本案原告在就职时其性质是否属于“工人”以及《国务院关于工人退休退职的暂行办法》是否仍可作为法院审判所需法条援引依据。依据《国务院关于工人退休退职的暂行办法》第一条第（一）项的规定，全民所有制企业、事业单位和党政机关、群众团体的工人，男年满六十周岁，女年满五十周岁，连续工龄满十年的，应该退休。该条规定的工人可在“事业单位和党政机关、群众团体”中从事工作，可见其范围不限于在企业一线从事生产的劳动者，而是以相关职能部门确认的身份为准。在本案中，原告虽然长期从事教育工作并取得教师资格，但其进入教育系统系由劳动部门作为全民所有制工人录用。对此，上诉人并无异议。再者，《国务院关于工人退休退职的暂行办法》于上世纪七十年代发布，虽然该暂行办法实施至今我国经过三十多年的改革开放，经济社会状况已经发生了巨大的变化，其立法意图和社会背景已部分不适应于当今社会现状，但在国务院未明令废止或者修改之前各级行政机关仍应执行。因此《国务院关于工人退休退职的暂行办法》可适用于本案。

其二、由于法律法规未对退休行政决定的程序有所规定，退休制度在我国的社会环境下是具有一定的福利性质的安排，与实施行政处罚、行政强制不同，在行政程序的严格与完备程度上有较大的区别。被告以颁发平政教（2008）57号文件的形式，作出《关于给董淑菲等51位同志办理退休手续的通知》之退休行政决定，其程序并无不当。退休行政决定是否应抄报相关部门和人事局联系，非退休行政决定作出前应履行的审批程序，不构成行政程序的违法或重要瑕疵。因此，被诉行政行为程序符合法律规定。

## 案例五、马某诉北京锦绣脉林投资咨询有限公司案

### (一) 案件主要事实

马某系北京锦绣脉林投资咨询有限公司职工（以下简称脉林公司）。2009年8月5日马某与脉林公司签订了为期一年的劳动合同。2010年3月6日因其检查出怀孕，脉林公司要求其自动离职，未获马某应允，该公司遂于2010年5月起停发了应当发给马某的工资，7月停缴了马某的社会保险和住房公积金，并于同年10月8日以旷工为由解除了与马某的劳动关系。马某认为脉林公司侵犯了其合法权益，遂向北京海淀区人民法院提起诉讼。

一审法院经判决认为，因脉林公司新制定的工资制度在制定程序上没有依法定程序而无效，同时依照中国相关法律，劳动者在怀孕、生产、哺乳期间依法享有休假、不被降低基本工资或者解除劳动合同的权利，因此判决脉林公司向马某支付所拖欠的工资、病假工资、生活费及经济补偿金；同时以马某要求脉林公司补缴社会保险和住房公积金的情况，不属于人民法院劳动争议案件的受理范围为由驳回该诉讼请求；判令脉林公司承担诉讼费用。

### (二) 案件主要争议焦点

1. 原告因怀孕、生产而缺勤的，用人单位能否以不出勤为由而停发工资和以旷工处理以至解除劳动关系。
2. 被告此行为是否侵犯了原告所享有的在怀孕、生产、哺乳期间所享有的休假权。

### (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

北京海淀区人民法院依据《中华人民共和国劳动法》第五十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款判决：一、脉林公司在七日内向马某支付2010年5月至12月的工资、病假工资、生活费共计9580元及25%的经济补偿金2395元；二、驳回马某的其他诉讼请求；三、案件受理费10元，由脉林公司负担。

### (四) 评析

本案是一起原告认为其所供职的公司因原告本人处于怀孕、生产、哺乳期未正常出勤而对其所采取停薪、停缴社会保险和住房公积金等手段逼迫原告辞职的行为侵害了原告的合法权利而提起的涉及性别歧视的劳动争议案件。

1. 脉林公司以原告马某在 2010 年 5 月至同年 8 月 18 日期间多数时间在休病假为由停止发放马某工资违反了《北京市病假工资标准》的规定。

《北京市病假工资标准》第二十一条规定：“劳动者患病或者非因工负伤的，在病休期间，用人单位应当根据劳动合同或集体合同的约定支付病假工资。用人单位支付病假工资不得低于本市最低工资标准的 80%。”在此案中，双方对马某 5 月至 8 月 18 日期间出勤情况均予以认可，即肯定了马某在此期间内的病休属于合法休假，而脉林公司以不出勤为由停止支付马某工资的行为违反了该规定。

2. 脉林公司在制定新的薪金绩效考核办法时违反了国家关于用人单位制定与劳动者利益直接相关的规章制度时的程序性规定。

《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）第四条第二款规定：“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全生产、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。”此条是我国对用人单位在制定与劳动者切身利益相关的规章制度时的强制性规定，违反此程序规定而制定出的规章制度对劳动者当然无效，同时根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定：“当事人对自己提出的主张有责任提供证据。”由于在本案中，脉林公司没有提出相应证据证明其在制定新的薪金绩效考核办法的过程中采取了符合《劳动合同法》第四条第二款所确定的程序，因此，法院认为脉林公司应当承担举证不能的不利法律后果，即该新规定对马某不具有拘束力，故脉林公司应按合同约定的薪金给付劳动报酬。

3. 脉林公司单方面于 2010 年 10 月 8 日作出的解除与马某之间的劳动关系的决定因没有举证已合法送达马某而不生效。

根据《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）第四十二条的规定：劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：“……（四）女职工在孕期、产期、哺乳期（以下简称三期）的……”在本案中，由于马某在 9 月 2 日因先兆流产，全休两周期满后，在 9 月 3 日至 10 月 13 日期间既没有到岗工作，也未提交任何病假证明，同时根据举证规则可以认定马某在此期间为无故旷工，根据现行法律脉林公司有权解除劳动合同，但合同解除权为形成权，它的行使必须符合一定的程序，即合同的解除必须以解除通知到达对方时方发生解除效力。



具体到本案，脉林公司必须证明在行使解除权时解除合同的通知已经经由合法途径送达马某。但是此案中脉林公司并没有对此举证，因此应当承担举证不能的法律后果。有必要说明的是《女职工劳动保护规定》中第四条确立的用人单位不得在女职工三期期间解除合同的规定已经被《劳动合同法》第四十二条和《劳动法》第二十九条所取代，其外延也发生了变化，由用人单位绝对不能在女职工三期期间解除劳动关系变成了不能以《劳动合同法》第四十条、四十一条确定的无过失性辞退和经济性裁员而解除劳动关系，但并不排除因《劳动合同法》第三十九条的情况而合法解除的情形。根据该法第三十九条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（二）严重违反用人单位的规章制度的……”本案中，马某无故旷工且时间持续较长，被告可以主张马某严重违反用人单位规章制度的情形，因此脉林公司对他们之间的劳动合同拥有解除权当无异议，基于此，法院认为脉林公司主张之合同已经解除因其未证明已经合法送达马某而未生效，而并非以不具有解除权认定。

4. 马某关于脉林公司为其补缴 2010 年 7 月起至判决之日止的养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险及住房公积金的诉讼请求因不属于法律规定的人民法院劳动争议受案范围，故法院予以驳回。

《社会保险费征缴暂行条例》第二十六条规定：“缴费单位逾期拒不缴纳社会保险费、滞纳金的，由劳动保障行政部门或者税务机关申请人民法院依法强制征缴。”本案中脉林公司在合同期间停止支付原告的社会保险的行为实质是违背了行政管理方面的法律规定，故应受相应行政法规的调整，据此法院判决驳回马某诉讼请求并告知其向相关部门举报、控告。

## 案例六、福人德国际（北京）红珊瑚珠宝有限公司诉金某劳动争议案

### （一）案件主要事实

金某系福人德国际（北京）红珊瑚珠宝有限公司员工，其于 2009 年 10 月 13 日入职该公司担任行政总监，双方签订劳动合同，合同期限自 2009 年 10 月 13 日至 2011 年 12 月 31 日。2009 年 11 月底金某检查出怀孕，后公司得知了这一情况。2010 年 1 月 27 日公司以金某怀孕为由提出给其调岗，遭到其拒绝。2010 年 2 月 9 日，公司向金某发出《待岗通知书》，称其违反公司劳动纪律，决定对其实行待岗。2010 年 2 月 25 日，公司向金某发出《解除劳动关系通知函》，称其企图非法侵占公司财产，严重违反公司劳动纪律和规章制度，遂与其解除劳动关系。2010 年 3 月 22 日，金某向北京市朝阳区劳动争议仲裁委员会提起申诉，要求与该公司恢复劳动关系，并按法定的工资标



准为其补齐社会保险和住房公积金。仲裁委裁决双方恢复劳动关系，驳回金某的其他仲裁请求。后该公司向北京市朝阳区人民法院提起诉讼，请求判令其与金某解除劳动关系。法院经审理认为原告与被告解除劳动合同缺乏合理依据，不符合法律规定，遂依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条之规定判决双方恢复劳动关系，并继续履行原劳动合同，驳回原告的诉讼请求。

## （二）案件主要争议焦点

1. 原告与被告解除劳动合同是否有合法依据。
2. 被告是否存在严重违反劳动纪律和公司规章制度的行为。

## （三）法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

北京市朝阳区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条之规定，判决原告福人德国际（北京）红珊瑚珠宝有限公司与被告金某恢复劳动关系，并继续履行原劳动合同，驳回原告的诉讼请求。

## （四）评析

本案原被告双方的争议是由原告单方解除劳动合同所引起，是一起关系劳动合同解除的典型案件。原告向被告发出《解除劳动关系通知函》，以被告严重违反劳动纪律和公司规章制度为由行使了单方解除权。但本案的特殊情况在于被告是一名怀孕妇女，相关劳动法律法规对其有特殊保护。《劳动合同法》第42条第4款规定：“女职工在孕期、产期、哺乳期内的，用人单位不得依据本法第40条、第41条的规定解除劳动合同。”但是，这种特殊情形并未排除依据《劳动合同法》第39条的规定解除劳动合同，也就是说，劳动者虽为怀孕女职工，但是如果其又具备《劳动合同法》第39条规定的情形之一的，用人单位仍然可以解除合同。

首先，原告以被告严重违反劳动纪律和公司规章制度为由解除劳动合同，那么什么样的劳动纪律和公司规章制度才是合法有效的，可以作为用人单位管理及人民法院审理劳动争议案件时适用的依据？《中华人民共和国劳动法》第4条规定：“用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。”对此，《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》第19条规定：“用人单位根据劳动法第4条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案

件的依据。”可见用人单位的规章制度可以成为人民法院审理劳动争议案件依据的三个条件是：（1）通过民主程序制定；（2）不违反国家法律、行政法规及政策规定；（3）已向劳动者公示。只有同时具备这三个条件的单位规章制度，才可以作为劳动争议案件审理时适用的依据。《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》第13条规定：“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。”

本案中，原告与被告解除劳动合同的依据是《公司部门工作手册——行政中心工作手册》和《CIS指导手册》，但原告未举证证明上述规章制度通过民主程序制定并已向劳动者公示，所以其制定的程序不合法，不能作为人民法院审理劳动争议案件的依据，故原告与被告解除劳动合同缺乏合理依据。

其次，被告是否存在严重违反劳动纪律和公司规章制度的行为？原告在向被告发出的《解除劳动关系通知函》中称“被告未经批准私自将公司配备的用于工作的笔记本电脑带离公司，且在工作时间内放置于家中，已严重影响公司的正常工作；公司多次催告被告速将电脑归还，被告却置之不理且我行我素，非法侵占公司财产的企图显而易见”。被告辩称因工作需要经常加班，将公司的笔记本电脑带回家工作也形成了工作惯例，并没有影响工作。原告只提供了公司法定代表人林金銮与被告的谈话录音作为证据，法院认为现有证据不能证明被告存在非法侵占公司财产的行为。因为，考虑到现在用人单位的工作环境和制度，企业配备笔记本电脑给员工作为办公工具，员工对其具有使用权，因工作需要而将电脑随身携带符合常理。原告不能证明被告有非法侵占的故意且该行为足以影响公司工作，就不能单从被告将笔记本放于家中的事实而认定被告非法侵占公司财产。

原告诉称被告与公司董事长林金銮因被告未完成工作职责而发生冲突，且经常不服公司调遣，顶撞公司领导，有被告与林金銮的谈话录音为证。法院认为该证据不能证明被告存在“不服从主管指挥调遣，且有威胁行为”的情形。用人单位与劳动者虽然是雇佣与被雇佣的关系，但双方的法律地位是平等的，对于领导的工作安排，劳动者可以通过正当的方式表达自己的意见。如果涉及到工作岗位的变更等变更劳动合同的情形，根据《劳动合同法》第35条的规定，应当遵循平等自愿、协商一致的原则，不能由用人单位随意变更而禁止劳动者提出异议。

综上，即便原告的公司规章制度有效，从原告提供的现有证据来看，不能证明被告的行为是对其的“严重违反”。所以原告以此为由与被告解除劳动关系不符合法律规定，系违法解除。

### 三、传染病病源携带（乙肝）就业歧视

#### I. 2004年8月28日《传染病防治法》的修订前案例

##### 案例七、张先著诉安徽省芜湖市人事局录用公务员拒绝录用乙肝病毒携带者案

###### （一）案件主要事实

张先著系皖西学院环境学专业2001年毕业生，2003年6月，他报名参加了安徽省国家公务员考试。经过笔试和面试，成绩均排在报考者中的第一名，并进入芜湖市人事局规定的体检程序。在体检中，张先著被铜陵市人民医院诊断感染了乙肝病毒，但他既不是“小三阳”也不是“大三阳”，只是一名普通的感染者。9月25日，人事局以口头方式宣布，张先著由于不符合公务员身体健康标准而不被录取。张先著遂于2003年11月10日向芜湖市新芜区人民法院提起诉讼，请求确认违法并撤销被告被诉具体行政行为，依法准许原告进入考核程序并被录用至相应的职位。一审法院经审理判决确认被告作出取消原告张先著进入考核程序资格的具体行政行为为主要证据不足。应予撤销，但鉴于2003年安徽省国空公务员招考工作已结束，且张先著报考的职位已由该专业考试成绩第二名的考生进入该职位，故该被诉具体行政行为不具有可撤销内容，对原告其他诉讼请求不予支持。被告不服向芜湖市中级人民法院提起上诉，2004年5月13日，芜湖市中级人民法院裁定准许上诉人芜湖市人事局撤诉，同时维持原判。

###### （二）案件主要争议焦点

1. 医院对考生进行体检的行为是否属于受委托的行政行为。
2. 被告拒绝原告进入考核程序的具体行政行为是否不可撤销。

###### （三）法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

芜湖市新芜区法院依照《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第六十二条第二款、第五十六条第四项，《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第二项判决确认被告芜湖市人事局在2003年安徽省国家公务员招录过程中作出取消原告张先著进入考核程序资格的具体行政行为为主要证据不足。

#### （四）评析

##### 1. 医院对考生进行体检的行为是否属于受委托的行政行为。

法院在一审判决中认定：“被告芜湖市人事局根据《安徽省国家公务员体检实施细则（试行）》的规定，委托解放军第八六医院对考生进行体检，应属于行政委托关系，被委托人所实施的行为后果应由委托人承担。”可见，对医院体检行为的定性直接影响到该案能否被受理以及行为后果由谁承担。分析医院的体检行为究竟属于单独由医院作出并由其承担责任的鉴定行为，还是属于受被告委托的行政行为是本案的第一个焦点。

受委托的行政行为是指某一非国家机关或组织受行政机关的委托，并基于该委托以该行政机关的名义行使一定的行政职能，并由委托的行政机关对外承担法律责任的行为。在本案中无论是从行为主体、行为内容还是行为结果来看，医院的体检行为均不属于单纯的鉴定行为，而是芜湖市人事局根据《安徽省国家公务员体检实施细则（试行）》对其进行委托的行政行为。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条第四款规定：“由行政机关委托的组织所作出的具体行政行为，委托的行政机关是被告”，本案应该被法院受理，且在本案中，芜湖市人事局是适格的被告，对于医院的体检行为及结果应承担相应的法律责任。

##### 2. 被告拒绝原告进入考核程序的具体行政行为是否不可撤销。

法院在一审判决中认定了被告芜湖市人事局不准予原告张先著进入考核程序的具体行政行为缺乏事实依据，应予撤销，同时又以安徽省公务员招录工作已经结束为由，判定被告的具体行政行为不可撤销。即法院首先肯定了被告具体行政行为的非法性，但既然被告的具体行政行为违法，为什么又不予撤销呢？

最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释中规定了违法的具体行政行为不可撤销的两种情况。<sup>9</sup> 本案中，被告进行的此次公务员招录工作已经结束，且被告已经录用专业成绩排名第二的考生进入原告报考的职位，符合不可靠补正或者转换的方式进行补救这一特征，故被告不准予原告进入考核程序的具体行政行为不具有可撤销的内容。如果法院判决被告撤销拒绝原告进入考核程序的具体行政行为，即恢复对原告的考核，并将其录用到报考的相关职位，那

---

<sup>9</sup> 第五十七条第二款：“有下列情形之一的，法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决：被诉具体行政行为违法，但不具有可撤销内容”；第五十八条：“被诉具体行政行为违法，但撤销该具体行政行为将给国家利益或者公共利益造成重大损失的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决，并责令被诉行政机关采取相应的补救措施；造成损害的，依法判决承担赔偿责任”。

么已被录用到该职位的那位考生必然被辞退或者被录用到其他职位，如果被辞退，则该考生的信赖利益因被告具体行政行为的变更受到了侵害，而如果被录用到其他职位，既不符合该考生报考时的志愿，也会造成芜湖县公务系统的调整，即既会给他人利益带来损失，也会给公共利益造成损失，符合不可撤销的第二种情况。所以，被告芜湖市人事局不准予原告张先著进入考核程序的具体行政行为虽然因缺乏事实依据而违法，但依照最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释中第五十七条和第五十八条的相关规定，被告芜湖市人事局的具体行政行为不可撤销。

## 案例八、吴兵、王某诉海南省公安厅录用人民警察规定身体健康条件案

### (一) 案件主要事实

吴兵在自考毕业的 2003 年报考了广东省监狱管理局的公务员。其顺利通过了考试资格审查、笔试、面试、体能测试。但海南省公安厅以肝功能不符合标准，体检不过关为由取消了他的录用资格。为此吴兵到多家正规医院做了体检，体检结论均是自己并非小三阳，肝功能正常。吴兵后来在海南省公安厅网站论坛上认识了同样因为体检不合格的青海籍考生王某。二人商议以后，决定提起行政诉讼。2004 年 7 月 11 日，吴兵、王某二人以海南省公安厅拒录构成歧视，侵害其依据宪法所享有的平等权为由向海口市美兰区人民法院提起诉讼。10 月 29 日，一审判决以原告诉求缺乏事实和法律依据为由对海南省公安厅的具体行政行为予以维持，驳回了原告诉讼请求。

### (二) 案件主要争议焦点

1. 对原告肝功能是否不合格的事实认定。
2. 招录之初，公安厅出台的体检工作方案中规定不准复检是否合理。

### (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

海口市美兰区法院依照《公安机关人民警察录用办法》以及人事部、公安部《公安机关录用人民警察体检项目和标准》的相关规定，认定被告拒绝录用原告的具体行政行为合法，以原告诉求缺乏事实和法律依据为由对海南省公安厅的具体行政行为予以维持，驳回了原告诉讼请求。

### (四) 评析

人民警察的工作性质决定了对其身体素质的要求应有所区别于其他普通公务员，人事部和公安



部根据《国家公务员录用暂行规定》和《公安机关人民警察录用办法》制定了《公安机关录用人民警察体检项目和标准》，一是为了规范公安机关人民警察录用体检工作，二是为了能招录到身体条件符合人民警察工作要求的合格人才。

根据《中华人民共和国警察法》第6条的规定，公安机关的人民警察按照职责分工，依法履行下列十四项职责，归纳而言包括：预防、制止和侦查违法犯罪活动；维护社会治安秩序，制止危害社会治安秩序的行为；管理交通、消防、危险物品和特种行业；管理户政、国籍、入境出境事务和外国人在中国境内居留、旅行的有关事务；维护国（边）境地区的治安秩序；警卫国家规定的特定人员、守卫重要场所和设施；管理集会、游行和示威活动；监督管理计算机信息系统的安全保护工作；指导和监督国家机关、社会团体、企业事业组织和重点建设工程的治安保卫工作，指导治安保卫委员会等群众性组织的治安防范工作。人民警察职业内部本身存在不同的分工，不同的工作岗位存在着不同的要求，根据这十四项职责的不同分工，人民警察大体可以分为以下警种：治安警察、户籍警察、外事警察、交通警察、刑事警察、边防警察、消防警察、警卫警察以及新兴的网络警察等。但是人民警察的工作性质以及特殊的职责就决定了对录用人员的身体素质要求应有所区别于其他普通公务员。人民警察肩负着维护国家安全，维护社会治安秩序，保护公民的人身安全、人身自由和合法财产，保护公共财产，预防、制止和惩治违法犯罪活动的任务。人民警察的整体形象、尊严应该得到统一的维护，不同的警种之间不能因为职责的不同而有着不同的要求。

国家招录人民警察是在履行国家利益保护的职责，涉及国家安全，但是招录行为本身不应该考虑更多的政治因素以及道德判断。人事部、公安部制定的《公安机关录用人民警察体检项目和标准》以及海南省公安厅制定的《2004年上半年全省统一招警体检工作方案》依照宪法、法律对体检的标准作出了具体的规定，患有规定的特种疾病将会影响人民警察的日常训练、工作任务的完成以及保卫国家安全职责的履行。故所有的警察作为一个整体应该设定统一的录用标准。这一观点也在两审法院的判决中得到了充分的体现。

**II. 2008年1月1日《就业促进法》与《就业服务与就业管理规定》施行至2010年2月10日《关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知（人社部发[2010]12号）》施行前案例**

**案例九、郭某诉杭州富士康隐私侵权案**



### (一) 案件主要事实

原告郭林于 2007 年 5 月 17 日应聘富士康集团统合电子(杭州)有限公司“资讯专员”一职,笔试和面试合格。同年 6 月 1 日,原告接受公司要求自费在被告下沙医院进行体检且乙肝检查内容包含在体检内容之内。当天晚上 5 点左右,招聘单位来电称下沙医院已将原告的体检报告送交该公司,称原告是乙肝表面抗原阳性携带者,体检不合格,公司不予录用。原告随后两次致电富士康人事部投诉反映,指出其做法不当,但是公司方面最终还是强调,因原告体检结果为乙肝表面抗原携带者而决定不予录用。2007 年 9 月 16 日,原告起诉招聘单位乙肝歧视,侵犯原告的人格权和平等就业权,要求精神损害赔偿。

### (二) 案件主要争议焦点

1. 被告违法泄露乙肝表面抗原携带者体检结果的行为是否侵犯了原告的隐私权。
2. 被告的行为是否属于对乙肝病毒携带者的歧视。

### (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

原被告双方通过法院主持调解,双方自愿达成如下协议:

1. 被告在 2009 年 10 月 15 日前一次性支付原告经济补偿金 5000 元。
2. 由原告承担诉讼费用。

### (四) 评析

本案是一起因求职者的乙肝携带情况(俗称“两对半”)被列入企业体检范围并且检测结果被招聘企业得知,从而导致求职者隐私权、就业权被侵害的典型案件。

2007 年 5 月 18 日国家劳动和社会保障部、卫生部联合发布的《关于维护乙肝表面抗原携带者就业权利的意见》(劳社部发[2007]16号)首次对乙肝病毒携带者做了定性“乙肝表面抗原携带者虽被乙肝病毒感染,也具有传染性,但肝功能在正常范围,肝组织无明显损伤,不表现临床症状,在日常工作、社会活动中不会对周围人群构成威胁。乙肝病毒主要有血液、母婴垂直(分娩和围产期)和性接触三种传播途径,不会通过呼吸道和消化道传染,一般接触也不会造成乙肝病毒的传播”,并规定“严格规范用人单位的招、用工体检项目,保护乙肝表面抗原携带者的隐私权。用人单位在招、用工过程中,可以根据实际需要将肝功能检查项目作为体检标准,但除国家法律、行政法规和

卫生部规定禁止从事的工作外，不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准。各级各类医疗机构在对劳动者开展体检过程中要注意保护乙肝表面抗原携带者的隐私权。”

同时，根据《中华人民共和国食品卫生法》第二十六条（2009年6月1日起废止，本案发生时间为2007年，故此法当时并未失效。）、国务院于1987年4月1日发布的《公共场所卫生管理条例》第七条、《中华人民共和国传染病防治法实施办法》第十九条、《化妆品卫生监督条例》第七条等法律的规定，可知国家明确乙肝病毒携带者除获得健康合格证外限制从事的行业为理发美容业、公共浴室业等直接为顾客服务的和有关饮水、饮食、整容、保育有关的职业。而反观本案，原告应聘富士康集团统合电子（杭州）有限公司“资讯专员”一职，并不属于国家法律、行政法规规定的限制从业范围和工种，因此该企业尚无权将乙肝“两对半”列入健康检查范围，而作为受委托进行健康检查的下沙街道社区卫生服务中心则更是无权私自将受检查者的乙肝“两对半”项目列入检查序列。在取得检查结果后，作为医疗卫生检查主体应当遵守我国相关法律的规定，保护乙肝表面抗原携带者的隐私权，但被告却将属于原告不愿公开且不影响公共利益的私人信息透露给第三人知晓，此行为严重侵犯了被告的隐私权，并导致原告因社会上对乙肝病毒携带者的歧视而失去就业机会，造成了原告的损失。

本案法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第八十五条以及八十八的规定，在双方当事人自愿的情况下对此案进行了调解，并在双方当事人同意的基础上制作了调解协议，调解协议自双方签字时生效，至此本案以调解结案。

## 案例十、明某诉廊坊中油郎威监理有限责任公司一般人格纠纷案

### （一）案件主要事实

原告明某是应届毕业生，在毕业就业中与被告廊坊中油郎威监理有限责任公司（以下简称廊威公司）签订了就业协议，约定毕业后到廊威公司工作，试用期三个月。2008年7月，明某参加了廊威公司组织的入职体检，2008年7月25日，廊威公司以明某为乙肝病毒携带者、体检不合格为由让明某回家休息。2009年7月29日明某提起诉讼，要求法院确认被告廊威公司不予录用的行为违法，侵犯了其平等就业权，赔偿原告经济损失17029.5元，精神损害抚慰金30000元并公开道歉。

在一审过程中，经法院调解，原被告达成了如下协议：

1. 被告以公司内部文件的形式承诺入职体检中不再检查乙肝血清学标志物，承诺不因劳动者是

乙肝携带者而拒绝录用或辞退。

2. 被告支付原告补偿金 25000 元。
3. 被告履行完毕上述两项义务后，双方签定的就业协议自动失效，原告不再向被告主张其他权利。

## (二) 案件主要争议焦点

1. 被告是否有权检查劳动者乙肝血清学标志物。
2. 被告拒绝录用乙肝病毒携带者的行为是否违法。

## (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

法院确认原被告的调解协议合法有效，被告应按调解协议支付赔偿金及履行其他义务。

## (四) 评析

本案是一起典型的乙肝病毒携带者就业歧视案。乙肝病毒携带者是指感染了乙肝病毒（HBV），没有肝炎症状和体征，肝功能等各项检查正常，肝组织学检查一般无明显异常的人。一直以来，人们对乙肝存在种种误解，将乙肝病毒携带者等同于乙肝病人，乙肝病毒携带者被妖魔化。这些误解导致了乙肝病毒携带者成为我国近年劳动就业中受到歧视最为严重的群体之一。

2004 年我国修改《传染病防治法》，修改后的 16 条规定：“国家和社会应当关心、帮助传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人，使其得到及时救治。任何单位和个人不得歧视传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人。传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人，在治愈前或者在排除传染病嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使该传染病扩散的工作。”该法是我国反就业歧视立法高潮的开端。此后，《就业促进法》30 条规定的传染病病原携带者的劳动权利：“用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是，经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。”《就业服务与就业管理规定》19 条在上述法律基础上做了更进一步的规定：“用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是，经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。用人单位招用人员，除国家法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止乙肝病原携带者从事的工作外，不得强行将乙肝病毒血清学指标

作为体检标准”。上述规定，首次明确禁止了“强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准”。2007年劳动和社会保障部发布了《关于维护乙肝表面抗原携带者就业权利的意见》（劳社部发[2007]16号），再次明确：“促进乙肝表面抗原携带者实现公平就业：（一）保护乙肝表面抗原携带者的就业权利。除国家法律、行政法规和卫生部规定禁止从事的易使乙肝扩散的工作外，用人单位不得以劳动者携带乙肝表面抗原为理由拒绝招用或者辞退乙肝表面抗原携带者。（二）严格规范用人单位的招、用工体检项目，保护乙肝表面抗原携带者的隐私权。用人单位在招、用工过程中，可以根据实际需要，将肝功能检查项目作为体检标准，但除国家法律、行政法规和卫生部规定禁止从事的工作外，不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准。各级各类医疗机构在对劳动者开展体检过程中要注意保护乙肝表面抗原携带者的隐私权。”至此，我国反乙肝就业歧视的基本法律框架大致成形。

本案发生在2008年，是在我国反乙肝病毒歧视法律大致完备之后的案件，依据上述的相关规定，廊威公司存在违法行为如下：一是违反了“不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准”的规定，侵犯了原告隐私权；二是因原告体检不合格为由不予录用的行为侵犯了原告的公平就业权。

根据我国《就业促进法》第62条规定：违反本法规定，实施就业歧视的，劳动者可以向人民法院提起诉讼。本案原告据此提起诉讼，并要求被告给予相应赔偿符合我国的法律规定。此外我国《民事诉讼法》第85条规定：人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。第88条规定：调解达成协议，必须双方自愿，不得强迫。调解协议的内容不得违反法律规定。本案调解协议是当事人双方自愿基础上达成的真实意思表示，协议内容不存在违法之处，故最后法院以调解结案。

## 案例十一、李某诉仁宝网路资讯（昆山）有限公司解除劳动关系争议案

### （一）案件主要事实

申请人李某于2008年10月与被申请人仁宝网络资讯（昆山）有限公司（以下简称“仁宝公司”）签订就业协议，同年10月25日仁宝公司在经原告同意的情况下进行了入职体检，并于10月27日因原告被查出携带乙肝病毒而提出解除其劳动合同，申请人对此表示不服，2008年11月，被申请人开出辞退证明书，理由是被申请人试用期不合格。2008年1月，申请人向江苏省昆山劳动仲裁委员会申请仲裁，请求如下：

1. 裁决被申请人解除劳动合同违法，原劳动合同依然有效。

2. 裁决被申请人继续履行劳动合同。

3. 被申请人支付 2008 年 11 月 4 日至劳动合同依法解除前的工资、补缴社会保险费以及住房公积金，按合同约定的工资作为缴纳基数；

4. 就侵犯申请人隐私的行为，要求被申请人书面道歉并承诺在今后的工作中不再歧视申请人，并同意申请人可以在任何时间、地点，范围内公开道歉信及承诺书，书面内容需经申请人签字同意；

5. 就侵犯隐私及非法辞退的行为，要求被申请人赔偿申请人精神损害抚慰金 50000 元。

## (二) 案件主要争议焦点

1. 双方就业协议是否有效。

2. 就业协议规定公司可以解除乙肝患者的劳动合同是否合法。

3. 被告是否侵权，侵犯何种权利。

## (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案案件主要争议焦点

仲裁决定作出后，双方自愿达成如下协议：

1. 解除劳动合同。

2. 申请人同意在仁宝公司支付三万元赔偿金，并补交社保到 2009 年 3 月底后放弃所有仲裁请求。

3. 仁宝公司为李某补办一本就业登记证，写明辞职原因是个人辞职。

## (四) 评析

本案是侵犯乙肝病毒携带者隐私及平等就业权利典型案件。原告在入职后的体检中，因被查出大三阳被判定为乙肝病毒携带者。大三阳是乙肝两对半检查中，表面抗原(HBsAg)、e 抗原(HBeAg)和核心抗体(HBcAb)为阳性。在国内外医学研究表明，乙肝病毒携带者能健康地参与工作、劳动，基本等同于健康人。由于中国公众对乙肝认识的缺乏和传播途径的误解，以及某些医药利益群体对乙肝病毒危害夸张宣传的社会环境下，中国乙肝携带者事实上受到了社会排斥。对乙肝病毒携带者的就业歧视成为现代中国社会中十分严重的群体性歧视现象，由于对前途和生活的绝望，乙肝病毒携带者的极端行为时常出现。乙肝歧视已成为影响社会公平公正、和谐稳定的重要因素。

中国《宪法》第三十三条规定，“中华人民共和国公民在法律面前一律平等，”对特定群体区别对待并加以歧视排斥的现象，愈发引起社会的重视。《就业促进法》第三十条规定了传染病病原



携带者的劳动权利，<sup>10</sup>《就业服务与就业管理规定》第三十条在上述法律基础上做了更进一步的规定。<sup>11</sup>上述规定，首次明确禁止了“强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准”。2007年劳动和社会保障部发布了《关于维护乙肝表面抗原携带者就业权利的意见》（劳社部发[2007]16号），再次明确了这一点。<sup>12</sup>本案发生在2008年，依据上述的相关规定，劳动争议仲裁被申请人仁宝公司存在违法行为如下：一是违反了“不得强行将乙肝病毒血清学标本作为体检标准”的规定，侵犯了原告隐私权；二是以李某试用期不合格为由，予以辞退。侵犯了申请人的公平就业权。李某可以选择起诉也可以选择申请劳动争议仲裁。根据我国《劳动争议调解仲裁法》第二条规定，此案属于“因除名、辞退和辞职、离职发生的争议”，被申请人仁宝公司在没有正当理由的情况下，以适用期不合格为由辞退了申请人。因此事实清楚，昆山劳动争议仲裁委员会支持了申请人的主张，裁决仁宝公司解除劳动合同无效，并依据就业合同须对申请人的进行经济补偿。

出于现实利益考虑，在仲裁裁决下达之后，经双方再次磋商，申请人在获得一定经济补偿并在其乙肝病毒携带情况隐私获得保护的情况下，自愿放弃了已被法律明确保护的就业权利。此调解协议是当事人双方自愿基础上达成的真实意思表示，协议内容不存在违法之处，故该劳动争议最终以双方自行调解结案。

## 案例十二、刘某诉中国市政工程西北设计研究院有限公司劳动争议案

### （一）案件主要事实

刘某于2008年6月与中国市政工程西北设计研究院有限公司（以下简称“总院”）签订就业协议，在6月底与该公司的承包单位被告甘肃市政承包公司签订了劳动合同。同年8月总院在未经原告同意的情况下对其进行了入职体检，并于11月28日因原告被查出携带乙肝病毒而解除其劳动合同。2009年1月原告向兰州市劳动争议仲裁委员会提起劳动仲裁。后不服仲裁，向兰州市城关区人民法院提起诉讼，后经法院主持调解，双方自愿达成如下协议：1. 被告在2009年6月5日前一次性支

<sup>10</sup> “用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。”

<sup>11</sup> “用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。除国家法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止乙肝病原携带者从事的工作外，不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准”。

<sup>12</sup> “促进乙肝表面抗原携带者实现公平就业：（一）保护乙肝表面抗原携带者的就业权利。除国家法律、行政法规和卫生部规定禁止从事的易使乙肝扩散的工作外，用人单位不得以劳动者携带乙肝表面抗原为理由拒绝招用或者辞退乙肝表面抗原携带者。（二）严格规范用人单位的招、用工体检项目，保护乙肝表面抗原携带者的隐私权。用人单位在招、用工过程中，可以根据实际需要将肝功能检查项目作为体检标准，但除国家法律、行政法规和卫生部规定禁止从事的工作外，不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准。”



付原告经济补偿金、差旅费 16,000 元。2. 由原告承担诉讼费用。

## (二) 案件主要争议焦点

1. 双方就业协议是否有效。
2. 规定公司可以解除乙肝患者的劳动合同是否合法。
3. 被告是否侵权，侵犯何种权利。

## (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

通过法院主持调解，双方自愿达成如下协议：

1. 被告在 2009 年 6 月 5 日前一次性支付原告经济补偿金、差旅费 16,000 元。
2. 由原告承担诉讼费用。

## (四) 评析

本案是一起原告认为用人单位以其是乙肝病毒携带者而单方解除劳动合同侵犯原告平等就业权而提起诉讼的劳动争议案件。

本案原告体检结果为乙肝（大三阳），属于卫生部《预防控制乙肝宣传教育知识要点》中所称的乙肝病毒携带者。法院审理本案需要解决的首要争议问题是：用人单位（中国市政工程西北设计研究院有限公司）在就业协议中规定新入职员工需进行体检且乙肝属体检不合格作为招聘录用员工的条件是否合法？本案中的就业协议是学校、学生、用人单位三方签订的安排毕业生就业计划、明确三方权利义务的劳动合同和社会保障部《就业服务与就业管理规定》第十九条第二款规定：“用人单位招用人员，除国家法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止乙肝病原携带者从事的工作外，不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准。”因此，在这之前，要判断原告所从事的工作是否属于相关规定禁止之列。

原告所应聘工作系从事岩土工程勘察设计，不在法定禁入职业之列。因而被告就业协议中的相关条款不符合法律规定，导致用人单位单方解除劳动合同存在违反法律法规的问题。

根据《劳动法》第二十六条规定，有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：（一）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从

事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。显然原告不存在上述情形。与此同时，被告在没有征得原告同意的情况下进行了乙肝病毒血清学检查，按《就业服务与就业管理规定》第六十九条的规定应当责令改正、处以罚款、赔偿损失。而且《中华人民共和国就业促进法》第三十条、《就业服务与就业管理规定》第十九条第一款都规定了“用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。”在本案中，被告以原告系乙肝病毒携带者而单方解除劳动合同的行为违反了法律规定，侵犯了原告享有的平等就业权，造成了原告的损失，应当依法予以赔偿。

原告在其诉讼请求中要求被告公开道歉、消除影响。这是基于被告未经原告同意而对其进行体检并公布体检结果的行为违反了《中华人民共和国传染病防治法》第十二条关于不得泄露患者隐私的规定，给原告的声誉和就业前景造成不利影响，使原告受到周围人群的歧视，平添阻碍其发展的因素。此时于法于理被告和医院都应承担相应责任，但在调解书中没有体现。究其原因，可能是在调解过程中达成谅解，不再予以公开道歉声明。

本着化解矛盾、减轻双方诉讼成本的原则，法院主持双方当事人调解。被告一方违反法律规定单方解除合同确有过错，应对原告予以适当补偿，具体补偿确定方法可参考《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》、《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》等相关规定。

### 案例十三、王某诉青岛海尔洗衣机有限公司劳动关系争议案

#### （一）案件主要事实

王朝旭系郑州航空工业管理学院2008年毕业生。根据该生、学校和青岛海尔人力资源公司签订的协议，青岛海尔人力资源公司认可对其没有特殊身体要求，不进行单独体检，以学校体检为准。但在报到培训期间，青岛市四方人民医院出具证明，证实王朝旭系乙肝病毒携带者。同年8月16日，王朝旭同意回家治病，海尔洗衣机公司保留其岗位一年，一年内，王朝旭治愈后可回公司工作。2008年9月5日，王朝旭与凯欧弼（青岛）医用器材有限公司签订了劳动合同。

2009年2月23日，王朝旭以平等就业权被侵犯并造成严重的经济损失和精神伤害为由，向青岛市崂山区劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求青岛海尔赔礼道歉及赔偿经济损失和精神损害。该委做出不予受理的决定。王朝旭遂提起诉讼，一审法院根据《中华人民共和国劳动法》的有关规

定，裁定驳回起诉。随后，王朝旭提出上诉。二审法院根据《中华人民共和国就业促进法》第三十条和《劳动合同法》第三条之规定，驳回了上诉，维持原裁定。

## （二）案件主要争议焦点

1. 被告的行为是否构成侵权。
2. 被告的行为是否属于对乙肝病毒携带者的歧视。
3. 原告同意回家治病，是否视为对自己民事权利的处分。

## （三）法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

1. 一审法院根据《中华人民共和国劳动法》对劳动合同的相关规定，裁定驳回起诉。
2. 二审法院审查后，根据《中华人民共和国就业促进法》第三十条和《劳动合同法》第三条的规定，驳回了上诉。

## （四）评析

本案是一起原告认为青岛海尔洗衣机有限公司及青岛海尔人力资源开发有限公司（以下简称用人单位）侵犯其平等就业权和身体隐私权而提起的民事诉讼。

《中华人民共和国劳动合同法》第三条规定，签订劳动合同，应当遵循“平等自愿、协商一致、诚实信用”的原则。该条文指出劳动者和用人单位签订劳动合同的基础是双方意思表示真实且一致。劳动者和用人单位在合同签订时应当进行协商，使双方的意思表示趋于一致，进而形成合意，并以此为基础签订劳动合同。因此，本案的实质焦点就是原告王朝旭选择回家养病，是否视为对民事权利的自由处分；被告令作为乙肝病毒携带者的原告回家养病，是否构成对原告的歧视？

意思自治是指法律确认民事主体得自由地基于其意志进行民事活动。在私法领域，公民的意思自治是平等主体之间权利义务形成的基础。在此原则的基础上，法律赋予并且保障民事主体都具有在一定的范围内，通过民事行为，特别是合同来调整相互之间关系的可能性。意思自治原则的核心是确认并保障民事主体的自由。我国《民法通则》第四条规定，民事活动应当遵循自愿原则。该条规定即是对于司法自治原则的确认。在本案中，即表现为原告王朝旭在与用人单位协商期间，双方就原告健康事宜的意思表示问题。在2008年8月16日原告签署的谈话记录中可以看出，原告同意

办理手续回家养病，在随后出具的材料中，原告也表示愿意改派回原籍。而公司则承诺为原告保留工作岗位一年。由此可以看出，双方的意思表示真实，均是基于本身意志所进行的民事活动，并就工作岗位问题达成了一致意见。

同时，我国《就业促进法》明确规定不得以求职者是传染病病原携带者为由拒绝录用。王朝旭虽然是乙肝病毒携带者，但依法享有平等就业权，用人单位不得以其是乙肝病毒携带者为由拒绝录用。本案中，在原告已经表示同意改派原籍、回家养病的基础上，被告承诺为其保留工作岗位一年，由此可见，被告并未拒绝录用王朝旭，而是基于身体健康原因和原告协商所得出的结果，不应当以此为依据判断被告侵犯了原告的平等就业权。同时，在被告承诺保留工作岗位的存续期间，原告单方面与案外人凯欧弼（青岛）医用器材有限公司签订了劳动合同，是默认放弃被告所保留的工作岗位。因而原告以被告侵犯其平等就业权而要求赔偿的诉讼请求不成立。

最后，乙肝病毒携带者系亚健康状态人群，其在某些方面的发病率高于普通群众，身体健康方面存在客观的风险，但也拥有治愈的可能。被告规定的乙肝病毒携带者须回家养病治疗虽然是对乙肝病毒携带者的区别对待，却并非没有依据和道理。劳动者治愈后不仅消弭了公司的风险损失，也保证了劳动者自身的发展，是劳资双方双赢的体现。法院据此作出判决亦无不当。

### III. 2010年2月10日《关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知（人社部发[2010]12号）》施行后案例

#### 案例十四、娟子诉长沙市卫生局拒绝签发食品行业健康合格证明案

##### （一）案件主要事实

娟子（化名）系长沙市某高校的法律硕士生。在读硕士期间，在长沙市卫生局授权行使签发食品行业健康合格证明的机构长沙市疾病预防控制中心申请食品行业健康证明，体检报告显示娟子的乙肝表面抗原指标呈阳性，该中心遂通知娟子复诊，娟子认为新颁布的《食品安全法》及实施条例已将乙肝排除在食品行业从业禁忌之外，故不同意复诊，并于2009年9月以拒绝为其签发健康合格证明为由向长沙市岳麓区人民法院起诉。请求：1. 确认被告不签发食品行业健康合格证明的违法行为；2. 责令被告立即为原告依法签发食品行业健康合格证明；3. 判令被告承担本案的诉讼费。一审法院经审理认为，被告未给原告颁发健康证明的根本原因在于原告未按要求进行复诊，并非被告不履行法定职责。娟子于2010年1月向长沙市中级人民法院提起上诉，请求撤销一审判决。2010

年6月，长沙市中级法院经审查认为，被告所依据的有关法律在新法颁布之后并未废除，应当为有效。判决驳回上诉，维持原判。

## （二）案件主要争议焦点

1. 被告基于什么原因不给原告签发食品行业健康合格证明，被告行为是否违法。
2. 被告是否应当依据新颁布的有关法律向原告颁发食品行业健康合格证明。

## （三）法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文

一审法院经审理认为，被告未给原告颁发健康证明的根本原因在于原告未按要求进行复诊，并非被告不履行法定职责。

二审法院经审理认为，被告所依据的有关法律在新法颁布之后并未废除，应当为有效。判决驳回上诉，维持原判。

## （四）评析

本案是原告认为卫生局以其是乙型肝炎病毒携带者，拒绝发放食品行业健康合格证明侵犯其劳动权利，而提起的行政诉讼典型案例。

关于拒绝签发健康证的合法性，《宪法》第三十三条规定，“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”国家不得以不合理的理由对特定群体区别对待。乙肝病毒通常不具有传染性，将是否携带乙肝病毒作为食品行业的从业禁忌可视为区别对待的“不合理的理由”。

法律的权威由其执行力保障，行为时有效之法律即应被遵从。即使在法律废止后，原有基于该法所为之行为亦不当然丧失合法性。卫生部《关于贯彻实施〈食品安全法〉有关问题的通知》（卫监督发[2009]52号）规定：“在《食品安全法》新的配套规章制度公布前，各食品安全监督部门原则上要按照现行规定开展监督执法工作”。原有《办法》废除之前，仍为有效，被上诉人理应执行。法律变更后，该《办法》效力丧失，但不因此影响当时依据该《办法》所为行政行为的合法性。因而，被上诉依据原有法律规定不签发健康合格证明的行为不构成违法。

关于拒绝签发健康证的原因，被上诉人在对上诉人进行初检后，通知其复诊，上诉人拒绝复诊，致使被上诉人无法确定上诉人是否符合申请健康证的法定条件，故上诉人拒绝签发健康证。可见，



本案中被上诉人拒绝签发健康证的原因是上诉人不履行复诊程序而非携带乙肝病毒本身。

关于是否应当依据新出台的法律签发健康证明。在案件审理期间，人社部发[2010]第12号《关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知》，将乙肝病毒携带者排除在食品行业从业禁忌之外。按照该《通知》要求，被上诉人应签发健康证。

上诉人在上诉状中所称的：“1. 一审判决违反了《食品安全法》，也违背了基本的医学常识，乙肝是一种血源性传染疾病，并不会通过污染的食物或水传播；2. 一审判决对《食品安全法》及其实施条例的法律规定理解不当；3. 上诉人是否复诊以及复诊结果如何与本案没有任何关联”等上诉理由。对第一、二项，当时实施细则并未出台，执法机关依据卫生部“原则上按照现行规定”的要求进行执法工作，并无不当；第三项，是否复诊关系到能否发证以及发证的类型，与本案有密切关系，亦不成立。

## 四、致病基因携带就业歧视

### 案例十五、唐某、周某、谢某诉广东省佛山市人力资源和社会保障局公务员体检检测地中海贫血基因侵犯隐私权案

#### (一) 案件主要事实

谢某是广东人，在 2009 年即将毕业之际报考了广东省佛山市的公务员并顺利通过笔试面试。后因体检被检测出携带地中海贫血基因其被认定为血液病患者，体检不合格，不能进入后续的考察录用环节。2009 年 12 月 16 日，谢某与有相同遭遇的周某唐某在收到佛山市政府不支持复议请求的行政复议决定后，向禅城区人民法院提起诉讼请求确认被告认定原告体检不合格不予考察录用的行为违法。一审败诉后于 2010 年 6 月 12 日向佛山市中级法院提起上诉，请求对一审判决予以改判。佛山市中院在 9 月 3 日做出了维持原判的终审判决。佛山中院认为体检程序合法，基因检测合规，人社局依据体检报告不予录用的行为合乎法律规定。不过在做出终审判决的同时，佛山中院向佛山市人社局发出司法建议，建议市人社局对没有明显临床症状的地中海贫血患者能否进入公务员序列等问题进行调研。

#### (二) 案件主要争议焦点

1. 被告认定原告体检不合格不予考察录用的行为是否属于人民法院行政诉讼的受案范围。
2. 被告根据体检不合格的结果对原告决定不予考察录用是否合法。

#### (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

一审法院依照《公务员录用体检通用标准（试行）》和《公务员录用体检操作手册（试行）》的规定认定被告组织对原告进行体检并认定体检不合格决定不予考察录用并无违法之处，判决驳回原告的诉讼请求。

二审法院依照《中华人民共和国公务员法》和《公务员录用规定（试行）》的规定判决驳回上诉，维持原判。

#### (四) 评析

本案中，相对人享有的诉权具有法定来源，其成为适格行政诉讼被告具有确定依据。

首先，关于行政相对人享有诉权的来源，概言之由《行政诉讼法》、最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（下称“《解释》”）等法律、司法解释予以集中规定。《公务员法》等以实体性规定为主的法律没有明确赋予相对人起诉的权利并不妨碍相对人依据《行政诉讼法》、《解释》提起行政诉讼。本案中三人因不服被告以体检不合格为由拒绝三人进入公务员考察录用程序的决定而提起行政诉讼符合法律规定，并无不当之处。

其次，行政诉讼被告的确定依据。依据《解释》第21条规定：“行政机关在没有法律、法规或者规章规定的情况下，授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的，应当视为委托。当事人不服提起诉讼的，应当以该行政机关为被告”，因而在本案中，佛山市人社局在不具备开展公务员录用体检必须的软硬件条件的情况下，将相应的体检职权授权（“指定”）于有资质的医疗机构行使，其“指定”行为的实质乃是行政机关对非国家行政机关组织的委托。

由此可以确定本案行政诉讼适格被告和后续责任承担主体是公务员录用主管机关佛山市人社局，根据在于《行政诉讼法》第25条第3款之明确规定：“由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，委托的行政机关是被告”，而进一步依据上述《解释》第21条之规定，可以认定在委托关系中，受委托组织行使的是委托行政机关的行政职权，不因委托行为获得独立的职权。易言之，在本案中，人社局采信医疗机构体检结论行为不能改变其作为本案唯一诉讼适格被告和责任主体的事实。

本案另一焦点是委托行政机关及受诉人民法院应在何种程度上审查专业机构做出的专业判断？

因不服公务员录用体检结论引发的行政诉讼大多涉及对体检结论本身的质疑。本案当事双方亦在二审中间围绕唐某等人的带因状况是否属于血液病患者进行了大量的举证及辩论工作。

三人体检不合格的结论系由承检医疗机构做出。行政机关及受诉法院应在何种程度上审查此类由专业机构做出的专业判断在司法实践中存在形式审查主义和实质审查主义两种观点。在本案中，唐某等三人属于血液病患者系由承检医疗机构运用其专业医学设备和医学知识做出的专业判断。该判断与血研所就一审法院提出问题的回复相一致。佛山市人社局虽为佛山市公务员录用的主管机关，但其本身并不具备开展公务员录用体检的能力。其对承检医疗机构得出的体检结论只负有形式上审查的义务，亦即主检医院是否为县级以上综合性医院，主检医师是否具有副主任医师以上专业技术

职务任职资格，体检过程中是否存在违反操作规定、弄虚作假、徇私舞弊、渎职失职等行为，体检结论形式要件是否齐备，体检结论是否明显错误等。只要不存在前述情形，佛山市人社局即应当采信体检结论并做出准予或者不予进入考察录用程序的决定。对被检者是否合格的结论本身，无论是人社局抑或受诉法院没有义务亦无能力予以深究。

本案的第三个焦点在于做出终审判决的同时，佛山中院向佛山市人社局发出司法建议，建议市人社局对没有明显临床症状的地中海贫血患者能否进入公务员序列等问题进行调研。这样一份司法建议透露出的意味颇为微妙——或许在佛山中院看来，佛山市人社局检测考生地贫基因并且以血液病为由拒绝地贫基因携带者进入考察录用程序的做法即使合法但也难称合理。司法建议在司法程序中并不经常出现。作为裁判者的法院本应是被动克制的应答者，而非积极主动的追问者。先不论法院的判决说理如何，这份司法建议可以说是佛山中院以自己的方式回应了社会现实问题，在这起具有社会影响的诉讼中克制地发挥了影响。

## 五、艾滋就业歧视

### 案例十六、吴某诉安庆市教育局、安庆市人力资源和社会保障局教育人事录用案

#### (一) 案件主要事实

2010年5月16日,吴某报名参加安庆市教育局、安庆市人力资源和社会保障局组织的安庆市市直学校招聘教师考试。同年5月29日、6月28日分别通过笔试、面试入围体检。同年7月12日,吴某在安庆市市立医院参加了体检。8月15日,吴某被告知因为是“艾滋病病毒携带者”,所以体检“不合格”,不予录用。吴某认为安庆市教育局和人力资源和社会保障局以艾滋病病毒携带者为由认定体检不合格,剥夺自己受聘为教师的机会,实为艾滋病歧视,侵犯了自己依法享有的平等就业的权利。吴某于2010年8月26日向安庆市迎江区人民法院提起行政诉讼,请求:1.确认被告认定原告体检不合格不予录用的行为违法;2.请求被告作出录用原告为安庆市市直学校教师的具体行政行为。2010年11月10日,一审法院判决驳回原告的诉讼请求。

#### (二) 案件主要争议焦点

- 1.被告在公开招聘教师的体检中进行HIV检测是否侵犯原告隐私权。
- 2.被告拒绝录用艾滋病病毒携带者的行为是否违法。

#### (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

一审法院根据《公务员录用体检通用标准(试行)》第十八条和《中华人民共和国教师法》有关规定认定被告作出不予录用决定,事实依据充分;根据《事业单位公开招聘人员暂行规定》认定招聘程序合法。判决驳回原告的诉讼请求。

#### (四) 评析

在公开招聘教师的体检中,对受检人进行HIV检测是否会因侵犯隐私权而丧失正当性?携带艾滋病病毒是个人的健康信息,属于个人隐私无疑。我国《侵权责任法》第二条明确规定了保护民事主体的隐私权。既然是一种法律规定的权利,隐私权在整个权利体系中是有边界的。在本案中,隐



私权的边界是基于公众卫生安全的知情权。知情权既是一种公权利，也带有浓厚的私权利的性质，尤其是对涉及本人的有关信息的知情权，更是公民作为民事主体不可缺少的民事权利之一。在现实生活中，隐私权与知情权始终保持一种张力与动态的平衡。在本案中，尽管隐私权有防止外部力量刺探个人信息的权能，但是艾滋病因不可治愈，并具备一定的传染性，有可能转化成重大的公共卫生安全问题。此时，原告的隐私权不能排斥有权机构在公务员体检这一特殊场景下获取个人的艾滋病病毒携带信息。

本案中原告认为，携带艾滋病毒并没有影响到其作为一名教师应有的工作能力，因此被告以携带艾滋病毒体检不合格为由不予录用的行为是一种就业歧视，违反了《就业促进法》和《艾滋病防治条例》的有关规定。而在被告的逻辑里，根据《传染病防治法》第三条第三款规定，艾滋病属于乙类传染病；根据《〈教师资格条例〉实施办法》第八条第三款，传染病人不具备“教育教学能力”。值得注意的是，一审法院援引了《就业促进法》第三十条：“用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是，经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。”第五十一条：“国家对从事涉及公共安全、人身健康、生命财产安全等特殊工种的劳动者，实行职业资格证书制度，具体办法由国务院规定。”用以论证对传染病患者就业岗位做出限制的合法性。可见，一审法院认为教师工作岗位“易使传染病扩散”且是“涉及公共安全、人身健康、生命财产安全等”的“特殊工种”。原被告都有支持各自观点的法律依据，而且原告与一审法院从同一法律中解读出不同的立场，可见本案法律适用的关键并不在于法律条文本身，而在于如何看待教师工作岗位与艾滋病毒携带者的关系。

教师招聘体检的目的在于使体检标准的设定与教师履行职责的能力相联系。艾滋病毒携带者不会表现出任何症状，其工作能力与健康人无异，被告可以通过岗位调整等替代方式，尽量减少传播可能。虽然艾滋病毒携带者与公共卫生相联系，但是艾滋病传播途径和能力非常有限，据统计，一名外科医生一生感染 HIV 的几率是五万分之一，远远低于感染其它疾病或死于车祸的几率。教师的工作性质也决定了其很少接触到相关人群的血液。2009 年《中华人民共和国食品安全法实施条例》第二十三条尚且禁止艾滋病患者等从事接触直接入口食品的工作从侧面证实了该疾病极为有限的传播途径。

因此，被告认定原告体检不合格不予录用行为侵犯了原告的平等就业权，其所依据的基于公共卫生安全的理由并不恰当，因此法院的判决在正当性上存有可非议之处。

## 案例十七、小军诉盐边县人力资源和社会保障局、盐边县教育局不予招聘录用教师案

### （一）案件主要事实

2010年7月20日，小军（化名）报名参加盐边县教育局、盐边县人力资源和社会保障局组织的事业单位工作人员招录考试，应聘小学教师，并通过了笔试和面试，入围体检。等待结果期间，小军参加了盐边县教育局组织的新教师岗前培训。同年8月30日，攀枝花市中西医结合医院作出小军不合格报告。小军申请复检，攀枝花疾病预防控制中心复检作出小军“HIV抗体阳性”报告。盐边县教育局、盐边县人力资源和社会保障局作出不予录用小军的决定，并向招考工作小组传达了招录工作情况，其中包括小军的健康信息。小军认为盐边县教育局、盐边县人力资源和社会保障局强制HIV检测侵犯了自己的隐私权，不予录用决定侵犯了平等就业权，于是一纸诉状告上盐边县法院，请求：1. 确认二被告认定原告体检不合格不予招聘录用教师的行政行为违法；2. 责令被告作出招聘录用原告为盐边县小学教师的具体行政行为；3. 责令被告停止侵犯原告的隐私权，消除影响，赔礼道歉；4. 本案诉讼费用由被告承担。一审法院判决驳回原告的诉讼请求。

### （二）案件主要争议焦点

1. 公务员招考工作小组内通达原告健康信息是否侵犯原告隐私权。
2. 被告在公开招聘教师的体检中参照《公务员录用体检通用标准（试行）》是否侵犯原告就业平等权。

### （三）法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

一审法院依照《公务员录用体检通用标准（试行）》和《中华人民共和国就业促进法》第三十条规定，认定被告作出的不予录用决定，事实依据充分，程序合法，适用法律亦无不当。判决驳回原告的诉讼请求。

### （四）评析

#### 1. 公务员招聘小组内通达原告健康信息是否侵犯原告隐私权？

本案的第一个焦点是二被告向招录工作领导小组成员通达原告患病信息是否侵犯了原告隐私

权。隐私权是自然人享有的对其个人的、与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的一种人格权。我国《侵权责任法》第二条规定了保护民事主体的隐私权。我国隐私权主要包括以下几个方面：(1) 个人生活安宁权；(2) 个人生活情报保密权；(3) 个人通讯秘密权；(4) 个人隐私利用权。携带艾滋病病毒是个人生活信息，属于隐私权保护范围。然而，隐私权作为一种民事权利并不是绝对的。由于艾滋病不可治愈，并具备一定的传染力，有可能转化成重大的公共卫生安全问题，因此可以对艾滋病人的隐私权进行必要的限制，以配合国家监控、遏制艾滋病传播的公共卫生安全需要。

如何平衡“必要”的限制与艾滋病毒携带者隐私权？笔者认为用人单位应该与医疗机构一道对艾滋病病人个人信息承担保密义务，将对艾滋病病人隐私权的限制控制在尽量小的范围之内。我国《艾滋病防治条例》第三十九条第二款规定：“未经本人或者其监护人同意，任何单位或者个人不得公开艾滋病病毒感染者、艾滋病病人及其家属的姓名、住址、工作单位、肖像、病史资料以及其他可能推断出其具体身份的信息。”在本案中，其一，盐边县人力资源和社会保障局作为此次招录行为的主管机关，县教育局作为此招录行为的具体组织实施部门，可以在职权内对原告的资格进行审查。其向招聘小组成员传达信息的行为本意是采取更加稳妥的处理方式，但是应当对由此带来的原告个人健康信息扩散的可能性给予充分预见和考虑。其二，招聘小组讨论过程中，依据原告的健康信息足以作出是否符合工作需要的判断。艾滋病人的姓名、病史资料等可能推断出其具体身份的信息不仅对招录工作并无助益，而且在当下艾滋歧视还比较严重的社会环境，即使是小范围内人员知晓艾滋病病人个人信息，可能给艾滋病病人带来不必要的心理压力和困扰。

## 2. 本案中的法律适用问题

一审法院判决驳回原告诉讼请求的法律依据有二。

第一是《公务员录用体检通用标准（试行）》（以下简称“《标准》”）。《标准》第十八条规定：“淋病、梅毒、软下疳、性病性淋巴肉芽肿、尖锐湿疣、生殖器疱疹，艾滋病，不合格。”笔者认为艾滋病毒携带者不应等同于《标准》中的“艾滋病”。其一，从文义理解上，艾滋病病毒代表人类免疫缺陷病毒，而艾滋病代表获得性免疫缺陷综合征，即是被艾滋病毒破坏免疫系统后，产生的易于感染机会性传染病（如肺炎，脑膜炎，肺结核等）的病症。换言之艾滋病毒携带者在表现出病症之前，实际上并没有患“艾滋病”。其二，《标准》立法目的是甄选具有正常履行职责的身体条件的人，艾滋病毒携带者由于未表现出任何病症，其无疑具备所需的身体条件。《标准》第七条规定：“各种急慢性肝炎，不合格。乙肝病原携带者，经检查排除肝炎的，合格。”该条文是《标

准》立法目的明确体现。

第二是《就业促进法》第三十条：“用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是，经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。”值得注意的是，原告也援引了《就业促进法》相关规定作为支持自己诉讼请求的依据。那么艾滋病是否属于“易使传染病扩散的工作”。艾滋、乙肝主要经由没有保护的性行为、母婴和血液三种途径传播，教师的工作性质也决定了其很少接触到相关人群的血液。2009年《中华人民共和国食品安全法实施条例》第二十三条尚且禁止艾滋、乙肝患者等从事接触直接入口食品的工作从侧面证实了两种疾病极为有限的传播途径。因此，艾滋病应不属于《就业促进法》第三十条的除外条款规定的情形。

## 六、年龄就业歧视

### 案例十八、杨世建诉中华人民共和国人事部拒绝 35 岁以上公民报考公务员考试案

#### (一) 案件主要事实

杨世建，36 岁，1989 年 -2003 年一直在中学担任教学和教育管理工作。2003 年 9 月考入四川大学法学院攻读法律硕士研究生。在准备报名参加 2006 年教育部基础教育司的公务员招录考试过程中，发现《中共中央组织部、人事部关于中央、国家机关 2006 年考试录用公务员和机关工作人员公告》中限制 35 周岁以上考生报考国家公务员。杨世建在登陆人事部公务员招录报名系统，输入基本信息后，点击注册，系统反馈的信息是“对不起，您的年龄不符合要求，不允许报考！”杨世建遂于 2005 年 10 月 31 日以邮政快递的方式向北京市第二中级人民法院正式提起行政诉讼。一审法院经审理裁定不予受理。后经杨世建上诉，北京市高级人民法院终审裁定驳回上诉，维持一审裁定。

#### (二) 案件主要争议焦点

本案是否属于人民法院审理行政诉讼的受案范围。

#### (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

二审法院依据《行政诉讼法》第十二条第（三）项的规定裁定：驳回上诉，维持一审裁定。

#### (四) 评析

两审裁定中主要涉及到以下两个方面的法律问题：其一、本案是否属于人民法院审理行政诉讼的受案范围；其二，一审法院依据《解释》第四十四条的哪一项具体规定作出的裁定。

一审裁定明确认定“起诉人杨世建的请求不属于行政诉讼受案范围”，二审法院在肯定一审裁定的事实认定和法律适用正确的前提下，进一步阐明了本案不属于行政诉讼受案范围的法律依据。首先，二审法院依据《行政诉讼法》第十二条第（三）项认定国家公务员的招录考试报名条件的设



置属于行政机关内部管理事项。依照《行政诉讼法》第十二条的规定，<sup>13</sup> 该条第（三）项即将行政机关内部管理行为排除在人民法院审理行政案件的受案范围之外。本案中，人事部设定公务员报考条件拒绝原告杨世建的报考申请，这种条件的设定是人事部根据自身需要所进行的内部管理行为，具体而言就是对工作人员“任免”条件的规定。因此本案争讼行为属于《行政诉讼法》第十二条明确排除的范围，人民法院据此作出了不予受理的裁定。

二审裁定第二个层面的法律依据是“人事部因上诉人超龄而拒绝受理其报名申请属于公务员任用的招录考试环节”，其潜在含义即是人事部的行为未对杨世建的权利义务产生实际影响。而根据《解释》第一条第二款第六项规定：“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”不属于行政诉讼的受案范围。原告在起诉书中声称人事部的行为侵害了其通过参加考试担任国家公职人员的权利，但本案中人事部的行为发生在报考阶段，考试尚未开始，即使原告参加了考试，能否成为国家公务员还是一个未知数，其所称的受到损害的就业权、担任国家公职人员的权利尚为期待中的权利，而人事部作出决定时原告并未实际获得这些权利，更不可能对这些权利产生实际影响，不存在侵害权利一说。

该法条是一审法院作出裁定的主要法律依据，二审裁定对一审裁定予以全面认可，其中包含对一审裁定适用法律的认可。《解释》第四十四条<sup>14</sup> 以及《行政诉讼法》第四十一条对起诉的要件作出的整体性规定<sup>15</sup> 是人民法院决定是否受理行政案件的主要依据。一般而言，人民法院受理案件主要需要考虑原告适格、有明确的被告、有具体的诉讼请求、有具体的实施根据、属于行政审判权限的范围和属于受诉法院的管辖等几个方面。《行政诉讼法》第四十一条是对起诉要件的整体性规定，而《解释》第四十四条则是对前者的补充。《解释》第四十四条第（一）项规定的是人民法院行政审判权限问题，行政审判权限主要是指人民法院审理行政案件的范围的权限。人事部拒绝杨世建报考的行为不属于行政诉讼的范围，显然也不属于行政诉讼的审判权限范围。《解释》四十四条

<sup>13</sup> “人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：（一）国防、外交等国家行为；（二）行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；（三）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；（四）法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。”

<sup>14</sup> “有下列情形之一的，应当裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉：（一）请求事项不属于行政审判权限范围的；（二）起诉人无原告诉讼主体资格的……（十一）起诉不具备其他法定要件的。前款所列情形可以补正或者更正的，人民法院应当指定期间责令补正或者更正；在指定期间已经补正或者更正的，应当依法受理。”

<sup>15</sup> “提起诉讼应当符合下列条件：（一）原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实根据；（四）属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。”

第（二）项是对原告主体资格做出的规定，而根据《行政诉讼法》第四十一条的规定，原告主体资格判定的重要条件是其合法权益是否受到具体行政行为的损害。人事部的行为尚未对原告的权益造成实际影响，更不可能对原告的权益造成侵害，因此本案中原告不具备行政诉讼原告的主体资格。

《解释》四十四条第（三）项是对被告主体资格做出的规定，行政诉讼中的被告当为作出争讼具体行政行为的行政机关，本案中拒绝原告报名的决定是由人事部做出的，该部是国务院下属机关，可以独立承担法律责任，故本案被告理应是人事部。《解释》四十四条第（四）、（五）两项是对代理人起诉的规定。《解释》第四十条第六项是对起诉法定期限的规定，本案中原告报名被拒绝的时间是2005年10月12日，起诉时间是2005年10月28日，因此尚未超过法定的诉讼时效。本案中涉及的是公务员考试报名的问题，相关法律中并未规定需要前置的行政复议程序，并且本案也不属于重复起诉和诉讼标的为生效判决拘束的情形。综上，法院是依照《解释》四十四条第（一）、（二）两项做出的裁定。

## 七、新型健康歧视

### 案例十九、IBM 公司辞退抑郁症员工案

#### (一) 案件主要事实

申诉人小袁系被诉人即国际商业机器全球服务（中国）有限公司（IBM）职工。申诉人于 2006 年 6 月进入公司，履职期间，因罹患抑郁症无法正常工作，于 2007 年 6 月通过公司 YYP 系统提出辞职，并获得公司批准。其后，被诉人没有为申诉人办理退工手续，仍以用人单位身份进行管理，并以病假工资标准支付报酬。申诉人此后多次提出要求回岗工作，均被被诉人拒绝，申诉人其间两次发病，自杀未遂。2008 年 2 月，IBM 公司上海分公司以书面形式解除与申诉人的劳动合同。申诉人认为，被诉人的行为违反了合同约定，是对抑郁症员工的歧视，侵害了其人身权和劳动权，遂于 2008 年 3 月向上海市浦东新区劳动争议仲裁委员会提出申诉。

请求：1. 撤销解除劳动合同决定，继续履行原劳动合同；2. 提供原工作岗位和工作条件；3. 按 10000（+ 元）/ 月支付自解除劳动合同之日至仲裁裁决作出之日的工资；4. 支付 2007 年 11 月工资差额 7097.18 元，12 月工资差额 1901.03 元，年底双薪 20000 元，年终奖金 10000 元，以及 25% 的经济补偿金；5. 支付精神损害赔偿 200 万元。仲裁委员会经裁定认为，申诉双方之间的劳动关系并未实际解除，故判令双方按照原合同的约定继续履行，并由被诉人向申诉人支付未付工资及节假日奖金。由于申诉人长期处于病休状态，故对于其支付绩效奖金及经济补偿的要求不予支持。申诉人要求被诉人支付精神损害赔偿 200 万元的请求，仲裁委员会不予处理。

#### (二) 案件主要争议焦点：

1. 申诉人辞职的法律效力。
2. 申诉人辞职后，与被诉人之间的法律关系及应当享受的待遇。
3. 被诉人是否侵犯了申诉人的人身权和劳动权。

#### (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

1. 双方按原合同约定的工作岗位和工作条件继续履行劳动合同。
2. 被诉人向申诉人支付应付工资及节假日奖金。
3. 对于申诉人支付绩效奖金及经济补偿的要求不予支持。
4. 对于申诉人支付精神损害赔偿 200 万元的请求不予处理。

#### (四) 评析

本案的申诉人向仲裁委员会申诉后,委员会裁定认为,申诉人的辞职行为已产生效力,但其后,双方之间的劳动关系并未实际解除。《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条规定,“劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位,可以解除劳动合同。”本案中,申诉人提前30日提出书面辞职,并获单位批准,其辞职行为已产生效力。而劳动部发《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第二条规定,“中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间,只要形成劳动关系,即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员,并为其提供有偿劳动,适用劳动法。”上述规定是对“事实劳动关系”的界定,事实劳动关系,即在劳动法调整范围内,但不符合法定模式的劳动关系。本案中,申诉的辞职行为已致原劳动合同解除,但其后,被上诉人仍以用人单位的身份对申诉人的劳动状态进行管理,具体表现为申诉人医疗病休期间,被上诉人发放病假工资,对申诉人的医疗期申请和撤销行为进行管理。仲裁委员会依据上述法律事实,确认双方的劳动关系以事实劳动关系形式继续存续。

仲裁委员会同时认为,国际商业机器有限公司上海分公司与申诉人解除劳动合同的行为不具有法律效力。《中华人民共和国劳动合同法》第三十六条规定,“用人单位与劳动者协商一致,可以解除劳动合同。”本案中,申诉人系与被上诉人——即国际商业机器有限公司签订劳动合同,其分公司并非用人单位,不是劳动合同关系的用工主体,其所作出的行为不具有法律效力。

综合上述原因,仲裁委员会判令,双方按照原劳动合同约定的工作岗位和工作条件继续履行合同。同时,在双方事实劳动关系存续期间,被上诉人应向申诉人支付未付工资及节假日奖金。

对于申诉人要求被上诉人补齐工资差额,支付绩效考核奖金及经济补偿的要求,仲裁委员会不予支持。《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第59条规定:“职工患病或非因工负伤治疗期间,在规定的医疗期间内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费,病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付,但不能低于最低工资标准的80%。”本案中,申诉人因罹患抑郁症,自2007年6月以后,始终处于病假期内,未正常履行工作职责。根据上述《意见》的规定,被上诉人支付给申诉人的工资,只要不低于当地(上海市)最低工资标准的80%,就属合法。而绩效考核奖金,应根据针对申诉人个人绩效考核的结果发放,由于申诉人长期病休,故仲裁委员会对于其支付绩效考核奖金及经济补偿的要求不予支持。委员会同时认为,被上诉人在申诉人病假期内,以病假工资支付给申诉人,并无不当。

对于申诉人要求被上诉人支付精神损害赔偿200万元的要求,因侵权纠纷的精神损害赔偿不属于劳动仲裁受理的范围,只能提起民事诉讼解决,故仲裁委员会未予以处理。

## 八、性骚扰

### 案例二十、熊某诉成都某公司劳动争议案

#### (一) 案件主要事实

熊某与成都某公司于2007年4月1日签订为期两年的劳动合同，担任维修主管。2007年8月29日，公司以其多次对女同事进行性骚扰、严重损害公司形象为由，解除劳动合同。熊某申请仲裁，金堂县劳动争议仲裁委员会于2008年6月6日裁定维持解聘决定。随后熊某向金堂县人民法院提起诉讼，请求撤销解聘决定。一审法院审理查明，原告在工作期间，对女员工赵某多次进行性骚扰，经被告多次谈话、教育，拒不认错悔改。被告根据劳动法和公司规章规定，解除与原告的劳动合同。一审法院判决驳回原告诉讼请求。熊某不服，向成都市中级人民法院提出上诉。二审法院认为一审判决认定事实清楚、适用法律正确，判决驳回上诉，维持原判。

#### (二) 案件主要争议焦点

1. 工作场所性骚扰的举证责任如何分配。
2. 用人单位是否可以以性骚扰为由解除劳动合同。

#### (三) 法院判决或仲裁调解书的结果、所援引的法律条文案件主要争议焦点

劳动争议仲裁委员会裁定维持解聘决定。

一审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十八条<sup>16</sup>、《中华人民共和国劳动法》第二十五条第一款第(二)项<sup>17</sup>之规定，驳回原告的诉讼请求。

二审法院经审理，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项之规定<sup>18</sup>，驳回上诉，维持原判。

<sup>16</sup> “法庭辩论终结，应当依法作出判决。判决前能够调解的，还可以进行调解，调解不成的，应当及时判决。”

<sup>17</sup> 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：  
(二) 严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；

<sup>18</sup> “(一) 原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判决；”



#### (四) 评析

这是一起因工作场所性骚扰引发的劳动争议案件，主要牵涉两个法律问题：

第一，关于工作场所性骚扰的证明问题。因性骚扰引起的侵权纠纷、劳动纠纷不属于法定的举证责任倒置的情形，因此应当适用“谁主张谁举证”的证明规则，即在本案中应当由主张骚扰事实存在的用人单位负担举证责任。就取证的形式而言，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条规定：“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”，因此，以违背实体法和程序法禁止性规定或者侵害他人合法权益的方法取得的证据应当予以排除。受害人赵某未经对方同意录制的手机通话录音资料，虽存在取证程序方面的缺陷，但并未严重侵害他人合法权益，法院据此认定为合法证据。同时，一般情形下，民事诉讼的证明标准要求达到高度盖然性，即证明虽然没有达到使法官对待证事实确信只能如此的程度，但已经相信存在极大可能或非常可能如此的程度。但在举证特别困难的情形下，为减轻当事人的举证负担，有利于权利维护，仅要求满足较高的盖然性，即证明已经达到了使法官确信所主张的事实有较大可能性是如此的程度。本案中性骚扰发生在上下级之间，双方地位存在不平等性，发生在工作场所，具有隐蔽性，取证比较困难，一、二审法院充分考虑案件的特殊性，在负有证明责任的被告所举证据，比原告所举的证据更可能真实时，采信了被告方的证据材料，运用较高盖然性的证明标准，认定性骚扰事实的存在。

第二，用人单位是否可以以性骚扰为由解除劳动合同。关于对工作场所性骚扰属于《中华人民共和国劳动法》第二十五条第一款第（二）项规定的“严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的”情形，用人单位可以依此解除劳动合同。《中华人民共和国妇女权益保障法》第四十条明确规定：“禁止对妇女实施性骚扰。受害妇女有权向单位和有关机关投诉”，第五十八条规定：“违反本法规定，对妇女实施性骚扰或者家庭暴力，构成违反治安管理行为的，受害人可以提请公安机关对违法行为人依法给予行政处罚，也可以依法向人民法院提起民事诉讼”。但法律对性骚扰的定义及构成要件、归责原则等没有明确规定。依据通说，工作场所性骚扰是指，在工作场所或工作期间，针对特定对象，以不受欢迎的与性有关的语言、行为、信息等方式，侵犯他人人格尊严和劳动权的行为。性骚扰违背他人意志、采取不受欢迎的与性有关的方式，侵犯他人性权利和人格尊严，已经达成普遍共识。工作场所性骚扰，发生在工作场所、工作期间，分两种情况，一是在上级和下级之间，上级利用职权，有关行为影响受雇或升迁等；二是在同级同事之间，有关行为不合理地干扰个人工作，造成一种令人不安、不友善的工作环境，总之，工作场所性骚扰对当事人正常享有劳动权造成不利影

响，也对正常的劳动和生产秩序产生不良影响，能够成立对用人单位劳动纪律及规章制度的严重违反，应当受到法律的制止。一审法院审理认为原告在工作期间利用担任维修主管的权力优势对女下属进行性骚扰，表明法院依据现有研究对本案事实进行认定，并采纳被告主张的工作场所性骚扰属于严重违法劳动纪律、用人单位规章制度的意见。

## 结语

在选编的以上 20 个案例中，传染病病源携带就业歧视（乙肝、艾滋病）10 件，占总数的 50%；性别就业歧视 5 件，占总数的 25%；致病基因携带就业歧视 1 件，占总数的 5%；年龄就业歧视 1 件，占总数的 5%；新型健康歧视 1 件，占总数的 5%。性骚扰就业歧视 1 件，占总数的 5%。传染病病源携带就业歧视与性别就业歧视所占比重较大，这与中国的反歧视民间力量的作用分不开。

2008 年 1 月 1 日《就业促进法》、《就业服务与就业管理规定》与《劳动合同法》同时生效。在选编的 20 个案例中，2008 年 1 月 1 日前的 6 件，占总数的 28.5%，其中 66.7%（除性别歧视之外的 100% 案件）仅援引《宪法》第 33 条第 2 款规定“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”作为法律依据。劳动者诉请得到法院支持或部分支持的 1 件，占 16.7%。《就业促进法》生效后的案件 15 件，占总数的 71.5%，劳动者诉请得到法院或者仲裁机构支持或部分支持的 9 件，占 60%，劳动者败诉的案件中法院以函告和司法建议方式对相关部门纠正涉及歧视的行政行为产生影响的案件 2 件，占劳动者败诉的案件的 33.3%。以选编的 8 件乙肝就业歧视为例，2004 年 8 月 28 日《传染病防治法》的修订前，仅有张先著诉安徽省芜湖市人事局录用公务员拒绝录用乙肝病毒携带者案中劳动者诉请得到法院支持，而《就业促进法》生效后的 6 件案件中，劳动者诉请得到支持的案件有 5 件，占 83.3%。在选编的性别就业歧视案中，《就业促进法》生效前的案件中，劳动者诉请难以得到支持，而《就业促进法》生效后的 4 件案件中，劳动者诉请得到支持或部分支持的有 3 件，占 75%。从以上数据可以看到，中国在不到 10 年期间，反就业歧视的立法、执法与法院裁判工作的进步是显著的，不到 10 年就走完了其他国家、地区需要更长的时间走完的道路。

但是正因为时间短暂，反歧视法律制度也面临着以下问题。其一，歧视的法律定义尚未明确。虽然法律规定了禁止 7 种理由的歧视<sup>19</sup>，但现有立法并没有具体的规定歧视的法律特征及其表现形式，导致面对如身高、年龄与新型健康等法律没有明确禁止的歧视类型，劳动者无法得到有效的法律支持。其二，禁止歧视的立法分散。《劳动法》、《妇女权益保障法》、《残疾人保障法》、《就业促进法》、《劳动合同法》、《艾滋病防治条例》等，都规定了禁止就业中的歧视，但这些分散的立法如何协调实施，需要进一步的立法或制度的创新。如周香华诉中国建设银行平顶山市分行强

<sup>19</sup> 《劳动法》第 12 条禁止因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。《就业促进法》在《劳动法》列举的四种就业歧视原因的基础上增加了禁止对农村务工人员歧视、残疾歧视和对传染病病原携带者的歧视。

制女性职员 55 岁退休案中，虽然《劳动法》第 12 条规定：“劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。”《妇女权益保障法》第 2 条第 1 款规定“妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。”第 2 款：“实行男女平等是国家的基本国策。国家采取必要措施，逐步完善保障妇女权益的各项制度，消除对妇女一切形式的歧视。”但是法院最终依照《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》（1978 年 6 月 2 日国发【1978】104 号）的规定，认定被告行为并无不当。其三，法律救济程序不清楚。虽然《就业促进法》第 62 条明确规定，但最高人民法院有关受理案件的案由中，并无相关的规定。司法救济落后于立法实施，也需要对人民法院受理歧视案件，做进一步的具体规定。四，缺乏专门的实施机构。反歧视法实施机构是促进反歧视立法实施的组织与程序保障。按照中国现行立法的规定，反歧视的执法机构分散到各不同的机构。例如，反性别歧视有妇女权益保障机构、反残疾歧视有残疾人权利保障机构、反就业歧视有劳动执法机构，反种族、民族歧视、宗教信仰歧视有民族宗教机构。虽然这些机构的共同努力有助于反歧视工作的开展，但不同的执法机构，有其重点、分工，职责不一，如何协调各专门机构的反歧视工作，显然还需要从体制上理顺。

版权 © 国际劳工组织 2011 年

2011 年第一版

国际劳工局的出版物享有《世界版权公约》第二项议定书中规定的版权。但是只要注明出处，短篇摘录国际劳工组织出版物是不需要授权的。如需获得复制或翻译权，则要向国际劳工组织出版社（版权及许可部）申请，地址为 CH-1211 Geneva 22, Switzerland, 也可按以下邮址发送电子邮件：[pubdroit@ilo.org](mailto:pubdroit@ilo.org)。国际劳工局欢迎提出申请。

在相关复制权机构注册的图书馆、组织和其他用户，可依据向其颁发的许可证进行影印。可登录网站 [www.ifrro.org](http://www.ifrro.org) 获得所在国复制权机构信息。

---

四川大学法学院

中国法院和仲裁机构禁止就业歧视案例选 / 四川大学法学院 — 北京：国际劳工组织，2011 年  
70 页

ISBN: 978-92-2-525540-2 (中文印刷版)；978-92-2-525541-9 (中文网上 PDF 版)

国际劳工组织中国和蒙古局；

平等权利 / 平等就业机会 / 歧视 / 国际劳工组织的作用 / 国际劳工标准 / 中国

---

国际劳工组织出版物中所使用的名称符合联合国惯例，其中内容的陈述并不代表国际劳工组织对任何国家、地区、领土或其政权的法律地位或对其领土范围发表任何意见。

对于署名文章、研究和其他作品所表达的观点，责任完全在其作者，出版这些观点并不代表国际劳工组织认同这些观点。

本文件提及的企业和商业的名称及生产程序并不意味着为国际劳工组织所认可，同样，未提及的企业和商业的名称及生产程序也不意味着国际劳工组织不认可。

国际劳工组织出版物可以通过主要的图书销售商或劳工组织的国家局获得，或直接从国际劳工组织的出版部获取，地址为 CH-1211 Geneva 22, Switzerland；也可从国际劳工组织亚洲和太平洋地区局获取，地址为 11th Floor, United Nations Building, Rajdamnern Nok Avenue, Bangkok 10200, Thailand, 或发送电子邮件至 [BANGKOK@ilo.org](mailto:BANGKOK@ilo.org)。可以按照上述地址致函，免费获取国际劳工组织最新出版图书的目录或清单，也可通过电子邮件：[pubvente@ilo.org](mailto:pubvente@ilo.org) 索取。

欢迎访问我们的网站：[www.ilo.org/publns](http://www.ilo.org/publns)

---

中国印刷