



在法律的边缘处：

就业性别歧视案例研究

郭慧敏 高 涛 段燕华◎编著

西北工业大学出版社

在法律的边缘处： 就业性别歧视案例研究

郭慧敏 高 涛 段燕华 编著

西北工业大学出版社

【内容简介】 本书是一本涵盖性别歧视案例描述与分析研究的亚学术著述。本书通过对西北工业大学妇女发展与权益研究中心多年代理的就业性别歧视案例以及国内外有影响的案例的分析研究,以及对国外著名案例的研究,试图呈现当事人艰难的维权,试图对国家立法和司法的相关方面提供有价值的建议,同时也使我国公民(尤其是女性公民)加深对法律的认识和了解,从而运用法律去捍卫自己的权利。

本书既可为法律和社会科学研究者和工作者提供工作研究资料,也可为普通公民提供维权参考案例。

图书在版编目(CIP)数据

在法律的边缘处:就业性别歧视案例研究/郭慧敏,高涛,段燕华编著.
—西安:西北工业大学出版社,2015.1

ISBN 978-7-5612-4240-7

I. ①在… II. ①郭… ②高… ③段… III. ①劳动就业—妇女权益保障法—案例—中国 IV. ①D922.505

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 008778 号

出版发行:西北工业大学出版社

通信地址:西安市友谊西路 127 号 邮编:710072

电 话:(029)88493844 88491757

网 址:www.nwpup.com

印 刷 者:陕西向阳印务有限公司

开 本:727 mm×960 mm 1/16

印 张:17

字 数:285 千字

版 次:2015 年 6 月第 1 版 2015 年 6 月第 1 次印刷

定 价:39.00 元

就业性别歧视案例的本土探索(代序)

法律公平和正义的程度是国家法治文明的一个标志。就业性别歧视是国内外法律普遍关注的问题。它一般包括就业录用中的性别歧视、职业怀孕歧视、职业性别隔离、解雇性别歧视、退休年龄性别歧视和性骚扰等。我国法律对就业性别歧视的关注是在 1995 年世界妇女大会之后。将性别纳入决策主流是我国政府在 1995 年北京召开的第四次世界妇女大会上向全世界的承诺,也就是说在制定法律和政策时必须考虑男女的不同,防止法律和政策上对女性的歧视。“性别”因此与中国法律相遇,对中国法律上的性别审视的结果是我们发现了就业性别歧视。所谓法律上的性别歧视,有可能是法律上明确规定男女不平等,如男女不同年龄退休,也可能是法律规定男女享有同样的权利,但可能不同的性别面临不同的问题而产生不同的结果,如女性因生育可能影响职业的晋升。这种差别影响是更加隐性的性别歧视。20 多年来,妇女界和法学界经过共同努力,使我国政府将妇女权益的进步纳入了国际人权的观察。1980 年我国加入《消除对妇女一切形式歧视公约》,现在每 4 年要向联合国消除歧视委员会报告中国妇女权益状况。2006 年我国又加入了《1958 年消除就业和职业歧视公约》,更显示了我国在更广泛的范围禁止就业歧视的决心。

多年来,我国立法在禁止就业性别歧视方面有相当的进步。《中华人民共和国妇女权益保障法》《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国就业促进法》都对就业性别歧视做了相应的规定。如 1992 年制定,2005 年修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》第二条第二款规定:实行男女平等是國家的基本国策。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。国家保护妇女依法享有的特殊权益。禁止歧视、虐待、遗弃、残害妇女。1995 年实施的《中华人民共和国劳动法》第十二条规定:劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。2007 年颁布的《中华人民共和国就业促进法》第三条规定:劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。另外

2012年起施行的《女职工劳动保护特别规定》也对女性劳动禁忌和特殊保护做了规定。

关于就业性别歧视,我国立法大概可分为以下三方面。一是平等保障。国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利和社会保障权利。二是歧视禁止。各单位录用职工时,除不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。各单位录用女职工时,应当依法与其签订劳动(聘用)合同或者服务协议,劳动(聘用)合同或者服务协议中不得规定限制女职工结婚、生育的内容;晋职、晋级、评定专业技术职务等方面,应当坚持男女平等的原则,不得歧视妇女。任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形,降低女职工的工资,辞退女职工,单方解除劳动(聘用)合同或者服务协议,但是,女职工要求终止劳动(聘用)合同或者服务协议的除外。各单位执行国家退休制度时,不得以性别为由歧视妇女。三是特殊保护。任何单位均应根据妇女的特点,依法保护妇女在工作和劳动时的安全和健康,不得安排不适合妇女从事的工作和劳动;妇女在经期、孕期、产期、哺乳期受特殊保护。

妇女人权是国际社会衡量一个国家人权状况的重要指标。国家在国际人权对话中特别重视妇女的就业平等权,甚至两次《国家人权行动计划》(2009—2010年和2012—2015年)都将禁止对妇女的就业歧视作为中国人权发展的重要内容。但从我国立法的特点看,立法多注重男女平等原则的倡导,而很少用具体的法律规则禁止就业的性别歧视,甚至法律根本没有定义什么人的什么行为是性别歧视,这导致法律的可操作性不强,适用规则不足。

2007年颁布的《中华人民共和国就业促进法》第六十二条规定了就业性别歧视的直诉制: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,但是却没有救济的程序性规定。就业性别歧视目前在我国法律实践中,从行为的认定到法律救济都具有不确定性。法律规定不明确,意识和理念均来自于国际法或国外法,本土化程度不够,使本来在中国具有复杂性的就业性别歧视问题,在立法理论和理念上形成概念的多重交织,有时候是保护还是歧视都纠缠不清,如我们至今说不清妇女早退休是照顾还是歧视。这样不仅使公众概念认知模糊,而且导致被歧视的女性群体也认为歧视具有某种合理性。行政与司法部门处理问题时更是无从把握,没有明确的判案依据。2007年法律规定就业性别歧视可以直接诉讼,直到2012年,北京才出现毕业生提起首例以“就业性别歧视”为名的诉讼。原告曹×求职北京巨人环球教育科技

有限公司,因性别被拒,便将北京巨人环球教育科技有限公司投诉到北京市海淀区人力资源和社会保障局,同时以“平等就业权被侵害”为由向海淀区法院提起诉讼,理由是这家单位的职位上注明只招“男性”。几经波折,仅立案就超过一年,经过多个程序,最终双方在法院的组织下,自愿达成和解,形成终局性协议。依据协议,北京巨人环球教育科技有限公司将于2013年12月30日前赔偿曹×人民币3万元,作为关爱女性平等就业专项资金。同时,北京巨人环球教育科技有限公司负担案件受理费。

由于1995年世界妇女大会的影响和消除歧视公约对国内法的要求,就业性别歧视这样一个议题在中国成为一个社会和法律关注的问题,有一个再发现和需要法律重新建构的过程,而不能简单地移植国外法。由于法律文化和传统的不同,中国法治化建设中普遍存在西方法律被移植中与本土文化的冲突,需要我们去努力整合,以消除冲突。也正是这种冲突,使主流法律界对歧视问题的认识不到位,与国际法学界形成对话的困难。也正因为如此,国内一群性别平等的倡导者在探索就业性别歧视案件及其救济途径上有太多的困难。本书的28个案例,正是记录了这一过程。除国外的7个案例作为比较样本之外,国内的21个案例记录了1995年世界妇女大会以来,一群从事性别与法律研究和实务的法律人,在法律的边缘地带艰苦探索的历程。西北工业大学妇女发展与权益研究中心是一个由研究者、律师、法官组成的研究机构,代理的性别歧视法律援助案件,多是探讨性的,是研究中心老师(多是兼职律师)和高涛等律师团队甚至是与法官共同讨论、共同努力的结果。读者不难看出,当时打这些官司时,还没有明确的可操作的法律规则,而只有一些原则。很多案子借助了国际法的理念和标准来推动诉讼的进展,在这样的情况下能够胜诉,与大家的努力和支持是分不开的。有些案子是“借名起诉”,如全国第一例性骚扰案子的“讼由”是“赔礼道歉”。期间一代法律人尤其是援助律师在法律边缘地带的探索足迹和酸甜苦辣尽在其中。

本书案例分为三个部分:第一部分是西北工业大学妇女发展与权益研究中心多年来的法律援助案例,为了维护当事人的合法权益,避免给她们带来麻烦,所有案例均用化名。第二部分是国内著名案例,引用了传媒的案例,尊重传媒中使用的姓名。第三部分是国外案例。本书是团队合作的结果,主要的援助案例由高涛律师团队撰写,案例分析和国外案例研究由郭慧敏、段燕华主笔。其中国外案例的翻译整理由段燕华带领学生团队进行,主要参与的学生

有王明生、刘小芳、韩冬等。

曹×案的胜利是个好消息。就业性别歧视从此名正言顺地进入司法，我们期望这是性别歧视案件走出法律边缘地带的开始，我们对法律的未来充满了期望。

本书也是纪念北京 1995 年世界妇女大会之作。“九五世界妇女大会”凝聚了一批关注妇女权益的研究者和实务工作者，使“九五精神”从点到面得到了传播。愿 20 年一起走过的朋友为推动中国妇女的人权进步继续努力，更期望年轻的后继者继往开来！

郭慧敏

2014 年 3 月

目 录

第一章 为谁生孩子——被掩盖的怀孕歧视·····	1
案例 1 谁挤了我的工作——游走在母职与职场之间的女人·····	3
案例 2 机关聘用人员怀孕与劳动合同关系的解除·····	13
案例 3 唐女士诉国家某部取消公务员试用资格案·····	22
本章小结 现实如何消解了有关怀孕歧视禁止的法律规定·····	27
第二章 妻子与丈夫:劳动与婚姻权利的纠结·····	31
案例 4 “随夫工”——落实政策带来的职业身份下沉·····	32
案例 5 “随夫走”——劳动关系中的“附庸”·····	43
案例 6 丈夫“失职”,妻担债:女性工资侵权案·····	49
案例 7 丈夫深造,我被炒——因“博士后夫人”身份的连带解雇·····	58
第三章 性别与身份:家属工、临时工的养老保障·····	63
案例 8 养老保险——谁为计划经济时期家属工买单·····	64
案例 9 临时有多长? 30 年女临时工的棚屋之诉·····	80
案例 10 “六元钱”洗澡费养老——被遗忘的五七连·····	88
案例 11 争回的一杯羹——临时工的养老金·····	93
第四章 男女不同年龄退休:照顾还是歧视·····	97
案例 12 周××诉建行×××分行男女不平等退休案·····	98
案例 13 工人还是干部——“以工聘干”人员退休年龄争议·····	108
第五章 孕妇、胎儿与职业安全·····	117
案例 14 工伤中的性别歧视:怀孕女工胎儿受损工伤救济不能·····	118
案例 15 广东惠州超霸电池厂和先进电池厂女工镉中毒案·····	135
案例 16 我不想流产——中毒胎儿未卜的命运·····	140

第六章 性骚扰是不是性别歧视·····	146
案例 17 无名的诉讼——首例性骚扰案件的发现·····	146
案例 18 反诬——性骚扰中的报复性伤害·····	157
第七章 权利救济·····	169
案例 19 法律保护什么?打赢官司丢了工作·····	169
案例 20 “流产”的罢工:非诉讼维权的协商技巧·····	181
案例 21 清洁工的维权案——解除劳动合同赔偿金·····	189
第八章 来自海外的启示·····	196
案例 22 哈里斯诉福克利夫特系统公司性骚扰案·····	196
案例 23 吉尔伯特诉通用电气公司“产假无薪”案·····	204
案例 24 平等就业机会委员会诉西尔斯百货公司岗位性别隔 离案·····	210
案例 25 卡罗尔诉克利夫兰教育委员会强制怀孕教师离职案·····	222
案例 26 美国汽车工人联合会诉约翰逊控制有限公司以保护胎儿 为名的怀孕歧视案·····	235
案例 27 英国尼高诉费尔顿性别歧视案·····	246
案例 28 皮克诉汽车产品有限公司反向性别歧视案·····	254
参考文献·····	259
后记·····	262

第一章 为谁生孩子——被掩盖的怀孕歧视

目前,怀孕歧视问题在中国还没有引起广泛的讨论,法律也没有对“怀孕歧视”一词进行明确界定。《中华人民共和国妇女权益保障法》(以下简称《妇女权益保障法》)中对于怀孕歧视“下”了两方面“禁令”,一是禁止在劳动合同中有婚育限制条款,二是禁止解雇怀孕员工或降低其工资。如该法第二十四条明确规定:“各单位在录用女职工时,应当依法与其签订劳动(聘用)合同或者服务协议,劳动(聘用)合同或者服务协议中不得规定限制女职工结婚、生育的内容。”《中华人民共和国就业促进法》(以下简称《就业促进法》)中也重申了这一规定。《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)第四十二条第四款也规定:“女职工在孕期、产期、哺乳期的,用人单位不能依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。”《妇女权益保障法》第二十七条同样规定:“任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形,降低女职工的工资,辞退女职工,单方解除劳动(聘用)合同或者服务协议。但是,女职工要求终止劳动(聘用)合同或者服务协议的除外。”

把这些内容写进法律,在中国是由国家意识形态主导的,其思想渊源是“通过劳动的妇女解放”^①。但是立法与现实却存在较大的差距——大量的怀孕歧视依然存在。在国际社会,法定权利与现实权利的落差往往是人权度量的一个指标,而这其中,关于妇女法定权利与现实权利落差这项指标似乎更能反映我国人权保障的程度,这就部分解释了我们虽已把有关性别歧视的内容写进了法律,却依然会在人权领域受到国际社会批评的原因。

怀孕歧视作为性别歧视的一种由来已久,但在中国大陆还没有学者对其进行过系统的研究。中国台湾学者黄昭元将怀孕歧视分为以下3种类型。

(1)差别对待的歧视(disparate treatment discrimination)。这种歧视是用人单位对于两位具有相同或类似工作能力的员工,只因为其中一位有“怀

^① 1922年中国共产党第二次全国代表大会通过的《关于妇女运动的决议》指出:“妇女解放是要伴着劳动解放进行的。”这一论断指明了现代中国妇女运动的方向,概括了中国共产党妇女运动的基本思想,指导推动了中国妇女解放运动实践,也成为我国有关妇女立法的指导思想。

孕、生产或其他相关联的医疗状况”的事实，并基于这一事实对当事人采取不平等待遇。这种差别对待既可能是雇主的成文规定（工作规则或劳务契约中明文规定），也可能是一种不成文的习惯。如果雇主直接以员工怀孕作为解雇的理由，而没有其他借口，就是差别对待的直接怀孕歧视。在这类直接怀孕歧视中，由于雇主所采取的歧视是一种表面不平等的差别对待行为，除非怀孕属于该行业或工作的“真实职业资格”，如招收男、女性模特儿或演员时的必须的性别限制，否则属于法律上的性别歧视，用人单位不能免责。

（2）混合动机的歧视（mixed motive discrimination）。用人单位做出某项有关雇佣或劳动关系的决定时，同时含有合法与不合法的动机。合法的动机包括员工本身的工作效率、态度及其他确实影响工作表现的因素，不合法的动机就是将不涉及真实职业资格的怀孕因素列入考虑。要判断这一类差别对待是否构成怀孕歧视，通常需要对受雇者的工作表现、用人单位的经济状况及用人成本等方面进行考量。与前一种怀孕歧视即“差别对待的歧视”相比，这类歧视表现更加隐蔽和复杂，因此，一般被认为是隐性的怀孕歧视。

（3）以胎儿保护为名的怀孕歧视。用人单位可能是基于保护怀孕者与胎儿健康的好意，或是出于减少未来职业伤害赔偿或补偿的避险动机，主动采取某些措施，禁止怀孕者或有怀孕可能的女性员工承担某些工作，进行工作调动，甚至强制停薪留职等，造成怀孕女性和一般女性之间的差别待遇。这种歧视经常以照顾为名，最不易辨认。^①

我国目前出现的怀孕歧视以隐性歧视居多。笔者认为，怀孕歧视产生的首要原因是，我国现行法律没有解决“为谁生孩子”这个有关生育价值的问题。2012年新修订的《女职工劳动保护特别规定》的立法目的（第一条）就是“为了减少和解决女职工在劳动中因生理特点造成的特殊困难，保护女职工健康”。这其中，法律认定的女性的特殊困难，就是生育；而从国家的立法意识上看，生育是一种女性个体的特殊困难，而不是基于其承担着人类再生产工作的特殊贡献。因此，“保护”自然就是“照顾”，并非对女性因生育的特殊贡献而进行的特殊补偿。法律如此，社会意识中也自然会将生育的女性及围绕生育的育儿活动视为女性就业的一个负担——用人单位不想承担这个额外的负担，导致大量形形色色的怀孕歧视，对女性的劳动就业权造成严重冲击。试想，如果生育的价值问题不解决，全国女性发起一场抵制生育的运动，将会出现怎样的情

^① 黄昭元。怀孕歧视实例检讨——台北市就业歧视评议委员会案件分析。http://taiwan.yam.org.tw/nwc/hwc3/pupers/index.html 2006。

形?^①但法律又明令禁止解雇怀孕员工和降低员工孕期待遇,于是就有了各种规避解雇怀孕员工的借口,如怀孕员工违反劳动纪律、在工作中不诚实,等等。如此,难于以“怀孕歧视”为名的诉讼就变换为以各种名目在法律边缘模糊地带进行的徘徊,给当事人带来二次伤害。

就这一话题,我们选取了3个案例。前两个案例是西北工业大学妇女发展与权益研究中心代理的法律援助案件,案例中的当事人因生育和照顾孩子,被单位以违反劳动纪律或职位身份限制的理由解除劳动合同。两个案例的不同之处在于,前一位当事人是企业员工,后一位是国家机关的临时聘用人员。第三个案例是曾被炒热一时的“国家某部解除试用期公务员案”。虽然用人单位取消当事人试用期公务员资格的理由是“弄虚作假”、个人“品质不可靠”,但是笔者认为该案实际上是国内怀孕歧视的第一案。虽然本章中的3个案例不能挖掘怀孕歧视背后的全部问题,但我们的目的在于以此揭示掩盖于各种说辞背后的怀孕歧视的本质。

案例1 谁挤了我的工作——游走在母职与职场之间的女人

一、案情简介

王茜(化名)两次从职场中被“挤”出来,都与孩子有关,当然,也与单位改制的大环境有关。第一次被挤出,是因为休产假。当王茜休完产假,高高兴兴地回单位上班时,不曾想一盆冷水倾头而下——原来自己的工作岗位已被他人占了。单位“不能让岗位闲着”的说法似乎也有道理,王茜只好回家带孩子。她安慰自己,反正自己带孩子的工资损失和请保姆的费用也差不多,自己带孩子还更放心。而她这一“回家”就是两年多,眼看孩子也大了,就在王茜准备与单位协商重返工作岗位事宜的时候,她接到了单位催促签订劳动合同的通知。王茜事后得知,因为《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)的颁布实施,各级劳动部门对单位与劳动者的签约情况要进行检查。在劳动部门监管的压力下,单位只好通知在编的王茜回去签订劳动合同。签完劳动合同后,王茜又有了工作岗位。可是好景不长,就在她重新工作3个月,孩子生病了,王茜只得请假回家照顾孩子。然而等孩子康复,王茜返回岗位时,单位却推说

^① 郭慧敏. 社会性别与妇女人权. 环球法律评论, 2005(1).

没有了工作岗位，王茜再次下岗。

王茜的经历，是一个女性在家庭和工作之间艰难地走“平衡木”的典型案例。下岗后，王茜一直以打零工为生，但“自己是有单位的人”这个念头一直支撑着她——她相信虽然单位没有为她安排工作，退休待遇应该还是有的。可直到2007年，王茜回单位询问有关自己社会保险的事宜，才发现单位已经解除了与自己的劳动合同关系，她的人事档案已转至人才交流中心保管。直到这时，王茜才开始寻求权利救济，然而无论是申请仲裁还是提起诉讼，她均因超过诉讼时效而败诉。王茜感到晴天霹雳：自己以后的生活将怎么办？漫漫上访路是否有用？究竟是谁挤了我的工作？^①

二、当事人陈述

我是1982年参加工作的，文化程度低，只是初中毕业。我们单位原来是区上的一个企业，下面有好几个集体企业。我是在劳动局办了正式手续，被分到我们单位的。我们单位搞商业零售，很小，只有七八个人，几乎都是女的。我以前和单位也没什么矛盾。

1992年年底，我休完产假回单位上班，单位说没岗位了，不让我上班，我就只好回家带孩子。单位也没给我发工资。只要有空，我就回单位找，不但找过我们单位的负责人，还找过上级主管部门。我和单位的负责人都挺熟的，成天上班都在一起，也不好意思翻脸，见面就说说，人家一推，我就又回来了。我对上级单位又不熟，连该给谁反映都搞不清。这样就一直到了1995年。

1995年，大概是7月，单位打电话通知我回去签合同，我就去了，签了一份合同，还安排了我上班。我当时也不懂，人家让签，咱就签了，连看都没看，反正单位其他人也是一样的。这次合同期是1995年至2000年。后来诉讼时，律师仔细研究了合同，才告诉我，我们的合同没有什么实质的内容，几乎就是把劳动法的规定照搬了一遍，完全是为了应景。我们的合同还有劳动部门的认证呢。工作了3个多月，孩子病了，我只好请假回家带孩子。住了一段时间医院，又回家养了几天，孩子的病好了，我就回单位要求上班。单位又说效益不好，让我回家。我就又回了家。为了生活，我开始在外面打零工。打零工总不是个事儿，老了没有保障，我也去找单位要求上班，但总是被推来推去，没有结果。我这人又不会闹，这事就一直拖着。2000年合同到期，单位还通知我回去签合同，又签了5年，签到2005年。但还是没有安排我上班，也没有给

^① 本案为西北工业大学妇女发展与权益研究中心的法律援助案件。

我工资。2000年底,单位给我家送了一个通知,让我到单位办理集体企业养老保险手续。我当时正生病住院,病好了,就去了单位。他们要求我把1993年到2000年的养老保险自己全交,包括个人和单位应交的部分,我没有同意。这么多年了,没给我安排工作,也没给发过钱,我哪来的钱去交?何况单位应交的部分为什么让我来交?这事就搁下了。

到了年底,单位的上级主管单位给我发来一个函,说我多次无故旷工,把我除名了。这下我真急了。以前虽不安排工作,也不发钱,但好歹我是有单位的人,心里总有个保障。这一除名,就什么都没有了,我慌了。我去找单位,单位说是上级决定的,去找上级,又说是单位报的意见。我想我是在劳动部门办了手续的,去找劳动部门,他们建议我申请劳动争议仲裁,我就提起了仲裁。当时的诉讼请求共3项:要求单位撤销除名决定;承担养老金里单位应承担的部分;补发从第二次签订合同之日到现在的生活费,每月500元。单位在开庭过程中一直强调我长期无故旷工,并说对于长期请病假、事假未上班的职工不发基本生活费,由个人交养老保险和失业保险是单位职代会决定的。

仲裁委经审核后,认为我一直在要求上班,是单位一直不给安排,而且发布除名通知的是上级主管部门,我与上级主管部门没有劳动合同关系,发布通知的主体是错误的,因此裁决我的劳动合同继续履行,单位还要发给我两个月的最低生活保障,其余请求被驳回了。

拿到裁决,我松了一口气,总算保住了工作。单位没有给我那两个月的最低生活费,我也没去要,打官司主要是为了保工作。

我一直在外面打零工。去年,我又病了一场。好了后我想,这样也不是长久之计,还是应该把养老保险、医疗保险办了,老了有个保障,就抽空回单位找,他们答应帮我问问。过了几天单位来电话说,只需办理个人档案转移,就可以到个人养老保险中心办理养老保险等事宜了。后来他们就把档案给我转了。等我到个人养老保险中心一打听,才知道我跟单位已经没有关系了,全部费用得自己掏。我伤心极了,怎么会这样?如果再去找单位只能是翻脸,我又做不到,有了上次的经验,还是仲裁吧。通过朋友介绍,我申请到了法律援助,援助律师帮我提起了仲裁。

到了仲裁委我才知道,单位2004年已经改制了。在岗的那几个员工现在是单位的股东,单位名称也变了,现在是有限责任公司。仲裁委说我的合同2005年到期,早就超过了申请仲裁时效,没有接受我的申请。

律师接我案子的时候就说我权利意识淡薄,怎么这么多年了,才想起来要求告,还说我在证据方面存在很大问题,虽然我经常去单位找,但每次都是说

说,如果人家不承认,我就麻烦了,让我做好思想准备。得知仲裁委不予受理的时候,我灰心极了,在律师办公室待了3个小时才走,哭得一塌糊涂,都不知后面的日子要怎么过了。律师也说我错过了维权的最好时机。我想不通,他们不让我工作,我就没去,也没给他们找麻烦,到后来却是我的错,啥都要我承担。我要上诉(应为起诉)。我给律师说了我的意思。律师还劝我再考虑一下,毕竟已经过去了三四年了,时效和证据方面确实有很大的问题。我和家里人商量的,我要告,不能就这样就没有工作了,总得给我个说法。

法院开庭的时候,单位拿出来一份2001年的解除劳动合同决定书,是在我上一次申请仲裁单位败诉后,他们以自己的名义做出来的,但我没有收到过。法院后来还是判我败诉了。法院判决下来后,我又哭了一场,我知道我的官司打不赢了。但我还是想不通:为什么老是单位说什么就是什么?单位说没有岗位,经济困难,我就没有班上。要改制了,有好处了,就把我甩出去了,怎么什么坏事都落我头上了?

三、法院判决

经审理查明,原告(王茜)为被告的正式职工,1995年10月,原、被告签订了5年期的劳动合同,2000年8月,双方又续签了5年期的劳动合同,合同期满时间为2005年9月30日止。随后原告在家等候通知未上班至2001年,2001年元月,原告收到被告对其的除名决定,原告遂向××仲裁委员会申请仲裁,要求撤销除名决定等。2001年4月,仲裁委裁决双方履行已签订的劳动合同。对该仲裁书,双方均未向法院提起诉讼。2007年5月,被告通知原告办理人事档案托管手续。原告于2007年6月28日向××仲裁委申请仲裁,该委以超过劳动争议申诉时效而不予受理。原告不服,遂于2007年7月向本院提起诉讼。

本院认为,根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第三条和劳动人事部、国家经委《关于企业职工要求“停薪留职”问题的通知》第二条的规定,“劳动争议仲裁委员会根据《劳动法》第八十二条规定,以当事人的仲裁申请超过60日期限为由,做出不予受理的书面裁决、决定或者通知,当事人不服的,依法向人民法院起诉的,人民法院应当受理;对确已超过仲裁申请期限的,又无不可抗力或者其他正当理由的,依法驳回其诉讼请求。”“对于未经批准而擅自离职的职工,按自动离职处理。”原、被告签订的劳动合同期限为5年,这一点原告是清楚的。原告应在劳动合同终止的次日起计算6个月提起仲裁,原告没有提供不可抗力和其他正当理由,而延误了申请

仲裁时效,故原告确已超过了申请仲裁期限。被告虽未办理解除或者是终止劳动合同的书面送达手续,但作为原告在劳动合同届满后仍然不请假,单位对其停发工资而将会产生的法律后果是清楚的。故原、被告之间的劳动合同关系已不存在,原告之请求驳回。^①

四、维权过程

从得知单位将档案转到人才交流中心开始,拥有申请仲裁胜诉经验的王茜就下决心要通过仲裁来解决这个问题。她在来西北工业大学妇女发展与权益研究中心寻求帮助前,已和不下 10 位律师有过接触——有的是朋友介绍的,有的是她自己寻找的,但这些律师在听完案情后,没有一个人决定代理,他们异口同声地告诉王茜,此官司成本太高,且时效已过,无法胜诉,建议她放弃;更有甚者还指责她是法盲,耽误了这么长时间才想起要回去上班。后来,王茜经朋友介绍,与西北工业大学妇女发展与权益研究中心的周律师有了接触,周律师将案件向中心做了汇报。中心认为,王茜的这个案件,如果仅从法律角度来讲,焦点的确只是一个简单的时效问题。但如果深入分析,另一个问题便自然浮出水面:王茜会面临现在这种局面的根本原因就是生育和照顾孩子,如果不是这样,她会被单位解除劳动合同吗?王茜丧失劳动权的首要原因是生育及履行家庭义务。如果没有生育,她不会离开职场整整 3 个月;如果没有因照顾生病的孩子而请假、影响正常上班,王茜是不会从职场中被甩出来的。正如王茜所言:“我和单位的负责人都挺熟的,成天上班都在一起,也不好意思翻脸。”在这样的环境下,如果没有前述原因,用人单位即便想让不能全职工作的人员下岗以降低劳动成本,也是没有借口的。而正是生育及履行照顾孩子的家庭义务为用人单位解雇王茜提供了借口。同时,非常清楚,这种站在女性立场上分析问题的视角,在仲裁乃至诉讼中对王茜权利的保护是没有任何帮助的,仲裁委抑或法院都只是在现有法律框架下对证据进行审核,超越法律的理由是不会被接受的。但是法律也并不禁止律师在代理意见中发表上述观点。

本案当事人对“事实”这个概念的理解,与法律所规定的“事实”之间有很大差异。当事人知道“以事实为依据,以法律为准绳”这句话,但他们所理解的事实是客观事实,用王茜的话说就是“我去找过他们很多次,他们怎么会不承认呢?”她无法理解“证据事实”——“难道我每干一件事,还要找个证明,否则

^① 原判决存西北工业大学妇女发展与权益研究中心诉讼档案,本文为节选。

我就没干?”我们希望能够在仲裁过程中公开探讨这个差异问题,希望扭转仲裁员或者是法官机械适用证据事实的现实,而从客观环境、人们的正常心理等多方面考量证据。就本案来说,王茜的实际情况使她非常依赖这份工作,也很想干好这份工作——这从单位通知王茜签合同她就签,让她上班就上,一切听从单位安排的种种表现中就能看出来。当单位的上级主管部门第一次除名时,王茜便很快提出诉讼的行为,也反映出王茜对这份工作在意的程度。从这些事实推断,王茜这么多年肯定是在不断地找单位要求上班的,不可能像证据事实表明的所谓“一直置之不理”。即使仲裁委或者法院不能接受我们的理由,我们也要寻找一个发声的平台。

经综合评估,中心指派周律师作为本案代理人参与该案诉讼,其基本诉讼思路是通过诉讼施压,促成双方的调解,同时在代理意见中分析王茜权利受损的原因以及当事人对法律的“个体理解”如何与法律规定相衔接的问题,通过法庭这个平台,将问题引申出去。

五、案例分析

造成本案救济不能的原因是多方面的,主要有下述原因。

(一)当事人对时效不了解

王茜的案子,时效是个大问题。正是时效问题造成她的案件未能进入实体审理阶段,中心所设计的调解方案因为没有足够的压力,也失去了摆在桌面上供各方公开探讨的机会。

申请劳动争议仲裁的时效规定期间太短,这就在客观上剥夺了当事人申请仲裁的权利。申请劳动争议仲裁的时效曾有过几次调整。最初,1993年8月1日起实施的《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》(以下简称《劳动争议处理条例》)规定的申请仲裁时效为6个月;而在1995年1月1日起实施的《劳动法》中,该时效却调整为60日,与前者相差甚远。据相关部门解释,把申请仲裁时效缩短的目的是希望劳动者遇到劳动纠纷时,能及早提起诉讼,维护自己的权益。然而,立法初衷虽好,但法律逻辑不通。我们知道,时效是指公民在一定时间内不行使自己的权利,就会导致权利丧失的期间。时效长,并不一定意味着公民会怠于行使权利;时效短,也不意味着公民会积极行使权利。时效的长短只意味着一件事,即权利存续的时间长短。申请仲裁时效只有60日,很容易造成劳动者还没来得及行使权利,可供行使该权利的期间就过了的情况。试问,这究竟是保护了劳动者还是伤害了劳动者呢?更何况,劳动者与用人单位之间既相互依存又相互矛盾的微妙关系,使得在现实中,劳动者并不