

类案裁判规则与法律适用丛书

主编◎奚晓明

No 2

LEIAN CAIPAN GUIZE YU
FALU SHIYONG CONGSHU

劳动争议类案 裁判规则与法律适用

LAODONGZHENGYI LEIAN CAIPAN GUIZE YU FALU SHIYONG

王永起◎著

人民法院出版社

类案裁判规则与法律适用丛书

主编◎奚晓明

劳动争议类案 裁判规则与法律适用

王永起 ◎ 著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动争议类案裁判规则与法律适用/王永起著. —北京:人民法院出版社, 2011. 2
(类案裁判规则与法律适用丛书)

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0129 - 4

I. ①劳… II. ①王… III. ①劳动争议 - 劳动法 - 法律适用 - 中国
IV. ①D922. 591. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 159999 号

劳动争议类案裁判规则与法律适用

王永起 著

责任编辑 钱小红

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)67550520(责任编辑) 67550516(出版部)
67550551 67550558(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数 570 千字

印 张 26.875

版 次 2011 年 2 月第 1 版 2011 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0129 - 4

定 价 56.00 元

版权所有 侵权必究

出版说明

最高人民法院在第二个《人民法院五年改革纲要》中指出：“建立和完善案例指导制度，重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。”遵循改革纲要精神，在最高人民法院的指导下，各级人民法院根据审判实践的实际需要，相继出台了一系列关于典型（或指导）案例制度的规范性意见，并定期或不定期地发布了典型（或指导）案例。这些举措对统一法律适用标准、指导下级法院司法审判取得了一定成效。但是，由于各地法院典型（或指导）案例选取标准不统一、编写方式不一致等客观因素，在一定程度上降低了实务中典型（或指导）案例的适用价值。2010年11月26日，最高人民法院以法发〔2010〕51号发布了《关于案例指导工作的规定》，明确了指导性案例的发布原则和程序等。

为了更好地提高指导性案例的编写质量，在审判工作和其他法律实务工作中增强指导性案例的适用价值，我们组织编辑出版了这套《类案裁判规则与法律适用丛书》。本丛书突破了以往法律案例类图书“案情、裁判理由与结果、评析”千篇一律的三段论编写方式，以对裁判规则的理解适用和全方位的法律指引为核心，突出从典型案例中提炼的裁判规则在类案中的指导意义，致力于为读者查找相关指导性案例以及裁判规则提供最为便捷有效的途径，使读者通过全面把握同类案件的裁判规则以及处理同类案件的法律适用方法，以提高审判工作的效率与质量。

根据审判工作的需要，本丛书拟包括《侵权类案裁判规则与法律适用》、《劳动争议类案裁判规则与法律适用》、《房地产类案裁判规则与法律适用》、《合同类案裁判规则与法律适用》、《物权类案裁判规则与法律适用》、《公司类案裁判规则与法律适用》、《担保类案裁判规则与法律适用》、《保险类案裁判规则与法律适用》等。除选取案例的真实性、典型性、终局性、合法性等因素外，科学合理的编写方式应该是关键。在编辑的过程中，我们试图使本丛书具有以下鲜明的特点：

（一）突出裁判规则对类案的适用和法律指引

一般案例类图书的编写方式多为个案评析，读者很难抓住可以对同类案件普遍适用的规则并参照适用。本丛书强调由典型个案中提炼出裁判规则，通过对该裁判规则的解释，突出强调该裁判规则对同类案件的法律适用，以及在适用中应该注意的问题。裁判规则来源于个案，但不仅仅适用于个案，而是适用同类案件。

目 录

第一章 劳动争议案件的受理范围	(1)
一、因就业歧视（目前仅限于疾病歧视）引发的劳动争议应当受理 ——高轶明诉北京比德创展通讯技术有限公司就业歧视争议案	(1)
二、确认劳动关系争议应当纳入劳动争议的范围 ——平阴鲁西化工第三化肥厂有限公司诉翟春清确认劳动关系 争议案	(5)
三、非法劳动用工发生的争议应当纳入劳动争议案件的范围 ——傅水源诉某纸板厂出资人王某工伤赔偿争议案	(7)
四、《劳动法》实施之前建立的劳动用工关系，一般不宜作为劳动 争议案件受理 ——范荣娟等 12497 人诉中国石化集团胜利石油管理局保险待 遇争议案	(11)
五、劳动者要求同工同酬发生的争议一般不宜作为劳动争议案件受理 ——神华精煤运销公司诉赵文斌等 17 人请求按同工同酬补发 工资报酬争议案	(14)
六、因人事档案关系转移手续发生的争议应当作为劳动争议案件受理 ——欧某诉某汽车出租公司办理档案转移手续争议案	(17)
七、劳动者不履行保密义务或者竞业限制协议发生的争议应根据当事 人的诉因确定是否属于劳动争议的受案范围 ——山东迈英德化学有限公司诉赵守元、吉化集团公司侵犯商业 秘密争议案	(19)
八、个体工匠与学徒之间发生的争议不属于劳动争议的范围 ——叶某诉戴某、陈某人身损害赔偿争议案	(22)
法律指引	(24)
相关法律链接	(35)
第二章 劳动争议案件的审判程序	(36)
一、劳动争议案件实行先裁后审的处理机制，当事人未经仲裁程序， 直接向人民法院起诉的，人民法院不得直接受理 ——许臻诉石油大学卓越科技有限公司追索奖励工资争议案	(36)

二、劳动争议仲裁委员会作出不予受理决定的，视为经过劳动争议仲裁程序	
——蔡威墩诉泉州大泉赖氨酸有限公司除名争议案	(39)
三、用人单位不服劳动争议仲裁终局裁决的，可以向有管辖权的中级人民法院申请撤销仲裁裁决	
——北京德易生物医学技术公司申请撤销劳动争议仲裁裁决案	(41)
四、劳动者的诉讼请求超过法律规定的仲裁时效的，人民法院应当依法驳回诉讼请求	
——朱博元诉江苏省常州市新区房产管理局劳动争议案	(44)
五、劳动争议诉讼中增加了未经仲裁的独立诉讼请求，不宜纳入人民法院的审理范围	
——刘照臣诉三阳纺织有限公司解除劳动合同争议案	(53)
六、劳动争议案件应当遵循“谁主张，谁举证”的一般举证责任分配规则，但具有法律规定的情形的，应当实行举证责任倒置规则	
——上海某服装公司诉谷某追索加班工资争议案	(55)
七、劳动者请求用人单位退还保证金、风险抵押金发生的争议要经过仲裁前置程序	
——顾基华诉济南半导体三厂退还风险抵押金争议案	(59)
八、人民法院对用人单位作出的决定可以直接判决撤销或者维持	
——昆明市服装集团工业公司与彭永裕除名争议案	(62)
九、生效的劳动争议仲裁裁决书，当事人可以申请人民法院强制执行	
——刘某、周某申请人民法院强制执行劳动争议仲裁裁决案	(64)
法律指引	(68)
相关法律链接	(76)
第三章 劳动争议案件的诉讼当事人	(78)
一、用人单位实行承包经营的，发包方和承包方均应作为劳动争议的诉讼当事人	
——刘某诉某酒楼追索劳动报酬争议案	(78)
二、个体经济组织应当作为劳动争议案件的诉讼当事人	
——张召香等四人诉费县朱田石材场工伤保险待遇争议案	(82)
三、用人单位招用未与其他用人单位解除或者终止劳动关系的劳动者发生劳动争议的，用人单位与劳动者应当作为共同被告	
——中国银行济南分行诉张晓宁、招商银行济南分行连带赔偿争议案	(85)
四、用人单位合并或者分立情形下发生劳动争议的，由承继其权利义务的用人单位作为诉讼当事人	
——刘某诉某集团公司继续履行劳动合同争议案	(88)

五、劳务派遣争议原则上应当以派遣单位和劳动者作为诉讼当事人，但争议内容涉及用工单位的，用工单位亦应当作为诉讼当事人	
——青岛丰彩纸制品有限公司诉陈汝梧、青岛恒尚诚劳务公司确认劳动关系争议案	(91)
法律指引	(94)
相关法律链接	(102)
第四章 确认劳动关系争议	(104)
一、国家机关、事业单位、社会团体与劳动者之间劳动关系的确认	
——钟伯晶诉乳山市崖子镇人民政府、乳山市公安局确认劳动关系争议案	(104)
二、用人单位与劳动者没有签订劳动合同，但其间的劳动用工关系符合劳动关系实质标准的，应当认定双方形成事实劳动关系	
——杨贵君诉西安交通大学、西安交大后勤产业有限公司给付退休金争议案	(107)
三、未经依法登记，领取营业执照的个体经济组织与劳动者之间的劳动用工关系应当认定为雇佣关系	
——陈维礼诉赖国发雇佣合同争议案	(115)
四、以提供劳动服务为手段、交付最终工作成果为目的而建立的法律关系，应当认定为承揽合同关系	
——王振章诉山东省蒙阴县棉纺织有限公司承揽合同纠纷案	(119)
五、劳动者退休后重新工作的，其与实际用人单位之间的劳动用工关系应认定为雇佣关系	
——徐某诉北京市建华实验学校劳务合同争议案	(122)
六、尚未与原用人单位解除劳动关系的劳动者应聘到新的用人单位工作的，双方之间的劳动用工关系应认定为雇佣关系	
——赵普荣诉北京林宇物业管理有限公司劳动争议案	(125)
七、用人单位安排或者派遣劳动者到下属或者合资企业工作的，不改变其劳动关系的性质	
——周升越、唐建红诉山东省莱芜市医药公司确认劳动关系争议案	(130)
八、出租车公司与出租车司机之间劳动关系的确认	
——许家雪诉山东省莒南县乘龙汽车客运出租公司确认劳动关系争议案	(133)
九、邮政企业与邮政业务代办员之间的关系不宜确认为劳动关系	
——李智玉诉山东省垦利县邮政局委托代办协议争议案	(136)
法律指引	(138)
相关法律链接	(147)

第五章 订立劳动合同争议	(148)
一、用人单位在法定期限内不与劳动者签订劳动合同,应当支付劳动者2倍的工资	
——张建林诉山东凯德机械成套设备有限公司劳动争议案	(148)
二、劳动者未尽如实说明义务构成欺诈的,劳动合同无效	
——上海某建材有限公司诉张某确认无效劳动合同争议案	(154)
三、订立劳动合同时用人单位向劳动者收取的保证金负有返还的义务	
——冯某诉辽宁某旅行社退还风险抵押金争议案	(157)
四、劳动者在同一用人单位连续工作满10年的,应当签订无固定期限的劳动合同	
——刘某、周某诉雅安某实业公司签订无固定期限劳动合同争议案	(160)
五、用人单位在试用期内胜任工作的,用人单位不得解除劳动合同	
——张玉诉中国农业银行桐庐支行试用期内解除劳动合同争议案	(168)
六、劳动者违反服务期约定的,应当依法向用人单位支付违约金	
——中国东方航空江苏有限公司诉钱国荣违约赔偿争议案	(172)
七、劳动者违反劳动合同约定的保密义务的,应当承担赔偿责任	
——冯海文诉北京思特奇信息技术股份有限公司违反竞业限制义务争议案	(178)
八、负有保密义务的劳动者违反竞业限制约定的,应当承担违约责任	
——金海公司诉赵某竞业限制争议案	(181)
九、劳动者违反劳动合同中约定的竞业限制义务的,应当向用人单位支付违约金	
——虞志华诉江苏飞宇印务有限公司解除劳动合同争议案	(187)
法律指引	(192)
相关法律链接	(201)
第六章 无效劳动合同争议	(203)
一、劳动者伪造学历欺骗用人单位所签订的劳动合同无效	
——叶伟诉上海聚和建材有限公司确认劳动合同无效争议案	(203)
二、劳动合同被确认无效的,用人单位仍应支付给劳动者劳动报酬	
——谢海冰诉上海宏风装修装饰有限公司支付劳动报酬、退还押金争议案	(207)
三、未取得就业许可证的外国人与中国用人单位所签订的劳动合同无效	
——意大利籍人比亚与西西里纳(中国)公司无效劳动合同争议案 ...	(210)
法律指引	(212)
相关法律链接	(216)

第七章 工作时间和休息休假争议	(218)
一、用人单位安排劳动者加班的,应当在时间和程序上符合《劳动法》的规定,并支付延长工作时间的劳动报酬	
——金某诉某公司追索加班费争议案	(218)
二、用人单位经批准实行不定时工时制的,可以不支付加班费	
——郭新臣诉山东航空临沂机场有限公司追索加班费争议案	(221)
三、劳动者患病在医疗期的,用人单位不得解除或者终止劳动合同	
——陈骏诉中天网络技术有限公司医疗期待遇争议案	(224)
四、劳动合同的期限应根据劳动者的医疗期顺延	
——中苑出租汽车有限公司诉孟宪忠终止劳动合同争议案	(229)
法律指引	(230)
相关法律链接	(237)
第八章 追索劳动报酬争议	(238)
一、用人单位应当按照法律规定和劳动合同约定及时支付给劳动者劳动报酬	
——王庆俭诉山东省宁阳县建筑安装工程总公司拖欠劳动报酬争议案	(238)
二、劳动合同中约定的提成款是劳动者工资的重要组成部分,用人单位应当依约支付	
——张某与某房地产公司给付提成款争议案	(242)
法律指引	(245)
相关法律链接	(250)
第九章 履行和变更劳动合同争议	(252)
一、用人单位主体事项变更的,不影响劳动合同的履行	
——吕洪庚诉丹阳市省城大酒店劳动合同争议案	(252)
二、用人单位分立、合并的,由承继其权利义务的用人单位继续履行劳动合同	
——刘某诉某集团公司继续履行劳动合同争议案	(255)
三、经用人单位同意,“替班”的劳动者可以继续履行劳动合同	
——董某诉广瑞毛绒有限责任公司劳动争议案	(258)
四、未经与劳动者协商一致,用人单位不得单方变更劳动合同	
——彭某诉某网络安全系统公司变更劳动合同争议案	(260)
五、未经与劳动者协商,用人单位行使用工自主权变更劳动者的工作岗位应当具备合理的限度	
——刘某诉某超市变更工作岗位争议案	(264)

法律指引	(268)
相关法律链接	(276)
第十章 解除和终止劳动合同争议	(278)
一、劳动者与用人单位协商一致的,可以合意解除劳动合同	
—— 张某诉北京市某研究所解除劳动合同争议案	(278)
二、劳动者行使辞职权,必须符合法律规定的程序要件	
—— 沈某诉某进出口公司辞职争议案	(281)
三、用人单位未依法给劳动者缴纳社会保险费的,劳动者有权解除劳动合同	
—— 田召伟诉北京渔阳联合出租汽车集团有限公司	
解除劳动合同争议案	(285)
四、劳动者违反用人单位规章制度的,用人单位可以随时解除劳动合同	
—— 上海某化妆品股份有限公司诉徐某解除劳动合同争议案	(289)
五、签订劳动合同时的客观情况发生重大变化又无法协商变更劳动合同的,用人单位可以单方解除劳动合同	
—— 上海某股份有限公司诉徐某解除劳动合同争议案	(294)
六、用人单位实施经济性裁员符合法定要件的,应当予以支持	
—— 姜大海等 124 人与烟台铁姆肯有限公司劳动争议案	(297)
七、劳动合同期限届满的,用人单位有权终止劳动合同	
—— 朱某诉沈阳义化工业有限公司终止劳动合同争议案	(303)
八、具有职业病危害的行业中,用人单位未经对劳动者进行离岗前职业健康检查不得终止劳动合同	
—— 赵连东诉波尔亚太(北京)金属容器有限公司劳动争议案	(310)
九、用人单位与劳动者解除劳动合同的,应当向劳动者支付经济补偿金	
—— 刘某诉北京某数码有限公司协议解除劳动合同支付经济补偿金争议案	(313)
十、用人单位未及时给劳动者办理档案转移手续给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任	
—— 安明德诉北京建筑材料经贸集团总公司劳动争议案	(318)
法律指引	(322)
相关法律链接	(329)
第十一章 劳务派遣争议	(331)
一、劳务派遣单位与劳动者之间建立劳动关系	
—— 徐延格诉北京肯德基有限公司劳动争议案	(331)

二、逆向劳务派遣的,不能免除用工单位应当承担的劳动法义务	
——崔文飞诉山东滨州烟草有限公司、滨州市劳动保障事务代理有限公司劳务派遣争议案	(334)
法律指引	(336)
相关法律链接	(343)
第十二章 女职工劳动保护争议	(344)
一、女职工在“三期”内劳动合同期限届满的,应当顺延	
——张某诉某外国企业服务有限公司怀孕期内终止劳动合同争议案	(344)
二、女职工在“三期”内的,用人单位不得随意单方解除劳动合同	
——甲诉某公司怀孕期间解除劳动合同争议案	(347)
三、女职工在“三期”内的,用人单位不得随意变更劳动合同	
——女职工张越诉北京用友软件工程有限公司变更劳动合同争议案	(350)
四、女职工违反计划生育政策的,不适用特殊劳动保护规定	
——郭某诉某联社供销经理部哺乳期内解除劳动合同争议案	(353)
法律指引	(355)
相关法律链接	(358)
第十三章 工伤保险待遇争议	(359)
一、劳动者上下班途中发生的伤害事故应当认定为工伤,因认定工伤发生的争议不属于劳动争议案件的范围	
——北京国玉大酒店有限公司诉北京市朝阳区劳动和社会保障局工伤认定争议案	(359)
二、劳动者请求用人单位支付工伤保险待遇应当以工伤认定结论为前提	
——张九河诉山东华茂园林工程有限公司工伤保险待遇争议案	(364)
三、第三人侵权引起的工伤,劳动者有权请求双重赔偿	
——杨文伟诉上海宝钢二十冶企业开发公司工伤保险待遇争议案	(368)
四、历史遗留的工伤保险待遇争议应当适用工伤发生时的法律规定	
——程衍诺诉枣庄市市中区永安乡人民政府等工伤保险待遇争议案	(371)
五、劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论有异议而向人民法院起诉的,人民法院不予受理	
——厦门松美花材有限公司诉王雄燕不服劳动能力鉴定争议案	(375)
六、不具备合法经营资格的用人单位亦应当承担劳动者的工伤保险待遇	
——傅水源诉某纸板厂出资人王某工伤赔偿争议案	(378)
七、用人单位与劳动者就工伤保险待遇的给付问题达成协议的,人民法院应当依法维持协议的效力	
——崔湧诉山东吉美乐有限公司工伤保险待遇争议案	(381)

八、建设工程承包单位将工程项目非法转包给没有建筑施工资质的实际施工人的，不能免除其应当承担的工伤保险责任	
——海南省三亚市建筑工程总公司诉张先明、方丙正工伤保险待遇争议案	(384)
九、工伤保险与人身意外伤害保险不能相互代替	
——胜利油田天鸿工贸有限责任公司诉温紫阳工伤保险待遇争议案	(388)
法律指引	(390)
相关法律链接	(398)
第十四章 人事争议	(400)
一、事业单位对其工作人员除名发生的争议，不宜作为人事争议案件受理	
——魏某诉中国科学院某研究所除名争议案	(400)
二、未经人事争议仲裁委员会仲裁裁决的人事争议，人民法院不得直接受理	
——周本玉诉石油大学（华东）人事争议案	(403)
三、聘用单位与受聘人员解除聘用合同应当符合国务院的相关政策规定	
——甲诉某学校解除聘用合同争议案	(406)
法律指引	(409)
相关法律链接	(418)

第一章 劳动争议案件的受理范围

一、因就业歧视（目前仅限于疾病歧视）引发的劳动争议应当受理 ——高轶明诉北京比德创展通讯技术有限公司就业歧视争议案^①

【裁判规则】

根据《就业促进法》和劳动保障主管部门的相关规定，用人单位招用人员不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准，不得以劳动者为乙肝病原携带者拒绝录用。用人单位实施违反《就业促进法》规定的就业歧视行为，侵犯了劳动者的平等就业权利，劳动者有权请求人民法院解决因公平就业或者就业歧视而发生的争议，人民法院应当作为劳动争议案件予以受理。

【裁判规则的理解与适用】

因就业歧视致使劳动者的平等就业权利遭受侵害而发生的争议是否应当纳入劳动争议的范围，实践中一直分歧较大。对此笔者认为，在《就业促进法》实施之前，《劳动法》规定的保护劳动者平等就业的权利，应属于倡导性和引致性的规定，因劳动就业歧视发生的争议涉及面广、政策性强，在民事诉讼理论上缺乏可诉性，况且依靠司法手段解决劳动者就业问题无助于从根本上消除劳动者就业中存在的各种矛盾，而且将此类争议纳入司法救济渠道也缺乏实体法依据。《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。”该规定赋予了劳动者在遭遇就业歧视时可以请求人民法院予以司法保护的權利，用以对抗用人单位违反《就业促进法》规定的就业歧视行为，这是我国第一次在立法层面上为遭遇就业歧视的劳动者提供诉讼救济途径。

就业是保障劳动者生存和发展等基本人权的重要途径，保障平等就业是《宪法》、《劳动法》、《就业促进法》赋予劳动者的一项基本权利，而在我国当前劳动力市场供求关系严重失衡的情况下，就业难以及就业歧视现象已经衍化成为一个普遍的社会问题。特别是随着2008年国际金融危机的爆发，引发了用人单位大规模的裁员风潮，致使大量的劳动者丧失了劳动权利，加之我国产业结构的调整升级，淘汰了大批产能低、耗能大的劳动密集型企业。这些因素的叠加进一步加剧了我国劳动力市场就业困

^① 俞里江：《劳动者在乙肝歧视案中的利益保护》，载《人民司法·案例》2008年第24期，第61~63页。

难的局面。

我国作为一个人口大国,劳动力资源丰富是推动国民经济发展的客观优势,但也相应地带来了就业难的社会问题。当前劳动力市场供求关系严重失衡,已经就业的劳动者面临着下岗待业的处境,而新增的劳动力又不能充分发挥市场要素的作用,导致劳动者的就业权利难以得到落实,况且在劳动者就业过程中还不同程度地存在着歧视的现象,造成妇女、残疾人等弱势群体就业难的困境进一步加剧。就业难和就业歧视的问题需要党和国家通过完善立法、政策引导等多种行政、经济、法律手段统筹解决,同时积极创造条件为劳动者就业营造良好的环境,拓展就业的渠道。

审判实践中应注意以下问题:

(一) 保障劳动者的平等就业权利,反对就业歧视是我国劳动立法的基本原则

就业歧视是一个普遍存在的全球性问题,国际劳工大会通过的《1958年消除就业和职业歧视公约》明确界定了就业和就业歧视的概念,即根据种族、肤色、性别、宗教、政治观点、民族血统或者社会出身所作出的任何排斥、优惠,其结果是剥夺或者损害在就业和职业上的机会和待遇上的平等。随着社会的发展和时代的变迁,就业歧视也以不同的形式体现出来,在我国出现的身高歧视、性别歧视、相貌歧视、学历歧视、户籍歧视等都是就业歧视的具体表现。可以说,目前中国的就业市场上,90%以上的招聘广告中包含有歧视性条款,因此,反对、禁止和消除就业歧视不仅是劳动法上的基本原则,也是国际公约明确禁止的就业规则,不歧视原则已经成为普遍承认的基本国际规则。我国《宪法》、《劳动法》规定了劳动者的劳动权利和义务,《就业促进法》也明确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、宗教信仰等不同而歧视,并以专章“公平就业”具体规定了法定禁止的典型的就业歧视现象。可见,我国现行法律对劳动者就业权利的保护是明确的、一致的。

(二) 劳动者因用人单位就业歧视发生的争议应当纳入劳动争议的范围

对劳动者的就业权利特别是劳动者在就业过程中遭遇就业歧视的情况能否纳入司法保护范围,理论界和实务界存在三种不同的意见:一种意见认为,《劳动法》和《就业促进法》均规定了劳动者平等就业和选择职业的劳动权利应当得到法律保护,依照“有权利就有救济”的法律原则,应当将因就业歧视发生的争议纳入司法调整的范围。另一种意见认为,保障劳动者平等就业的权利,消除就业过程中的歧视现象是《劳动法》、《就业促进法》确定的基本原则,但《劳动法》并未明确将其纳入司法调整的范围,根据司法的功能和本质,法院不能对此作扩张解释,就业歧视的救济应通过完善立法予以实现。^①第三种意见认为,劳动者的就业权利是基于劳动者的个体劳动能力产生,并能给劳动者带来经济利益的一种基本公民权利,属于行政诉讼法意义上的人身权和财产权的范畴。当事人因就业权利受到行政机关侵害寻求司法救济的,

^① 胡仕浩:《劳动争议案件适用法律的十个问题》,载最高人民法院民一庭编:《民事审判指导与参考》总第19集,法律出版社2004年版,第121~122页。

人民法院应当作为行政案件受理。^①

笔者认同第一种意见,《就业促进法》的实施为解决就业歧视争议提供了明确的法律依据。依据《就业促进法》第62条的规定,对于用人单位实施违反《就业促进法》规定的就业歧视行为,例如以性别、民族或者法律未明确禁止的疾病等为由拒绝录用劳动者,侵犯了劳动者的平等就业权利,劳动者有权请求人民法院解决因公平就业或者就业歧视而发生的争议,人民法院应当予以受理。但就业歧视现象是我国目前各种社会矛盾的综合反映,单纯依靠司法手段难以妥善解决劳动者就业中出现的各种矛盾纠纷,所以人民法院不可能干预所有的就业歧视现象,只能有条件地受理因就业歧视引起的劳动争议案件。

近几年,披露报端的就业歧视争议越来越多,但我国现实生活中,劳动者遭遇的就业歧视在具体表现形式上多种多样,如性别歧视、身体歧视、户籍歧视、疾病歧视等。对这些就业歧视现象发生的争议应当如何处理,《劳动法》和《就业促进法》仅作了原则规定,尚缺少明确具体的实体法依据,有很多就业歧视现象尽管可以认定为就业歧视行为,但仅诉诸诉讼手段往往很难从根本上予以消除,况且人民法院在就业歧视行为的认定上尚存在着一些技术操作的难题,因此,把所有的就业歧视发生的争议全部纳入劳动争议的范围是不可能的。但疾病歧视具有明确的政策依据,如我国有慢性无症状乙肝病毒携带者约1.2亿,慢性乙肝病人约3000万人。这些乙肝病人能否就业一直是社会各界关注的问题,全国各地陆续发生了多起“乙肝歧视”的案件,许多乙肝病人被拒之于用人单位门外,严重地剥夺了劳动者的劳动权利。为此,2005年国家人事部和卫生部公布的政府部门录用公务员的全国统一标准中,明确规定“肝炎的乙肝病原携带者可以担任公务员”,但劳动就业领域,乙肝等就业歧视现象依然存在。2007年5月18日,劳动保障部和卫生部发布《关于维护乙肝表面抗原携带者就业权利的意见》,该意见规定,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由拒绝招用或者辞退表面抗原携带者。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。2007年10月30日,劳动保障部颁布的《劳动服务与就业管理规定》再次强调,用人单位招用人员,不得以传染病病原携带者为由拒绝录用。人民法院受理因劳动者遭遇用人单位就业歧视产生的争议,目前应当仅限于疾病歧视引发的劳动争议,对用人单位的其他就业歧视行为诉求人民法院予以司法干预的尚缺少实体法的依据,即在当前的现实情况下,人民法院应当有条件地受理此类劳动争议案件。

(三) 用人单位招聘广告中的就业歧视条款不属于人民法院的受理范围

用人单位违反《就业促进法》的规定而发生的争议主要限于用人单位在招聘劳动者过程中实施的就业歧视行为,对于用人单位在招聘广告中存在就业歧视的条款,人

^① 陈园:《劳动就业权利应当属于法院行政案件受案范围》,载《人民法院报》2009年3月16日第6版。

民法院无法进行干预，由此发生的争议，不应属于劳动争议案件的范围。

（四）用人单位对是否存在就业歧视行为负有举证责任

劳动者诉求用人单位具有就业歧视行为的，用人单位应当就不存在就业歧视行为，或者不招聘劳动者的原因和事由承担举证责任，即证明该用人单位并非出于就业歧视而未招聘劳动者，而是具有其他合法事由，否则用人单位应当承担因就业歧视而给劳动者造成的经济损失。

【引例】

高轶明诉北京比德创展通讯技术有限公司就业歧视争议案

〔案情简介〕

原告：高轶明。

被告：北京比德创展通讯技术有限公司（以下简称比德公司）。

原告高轶明原系达丰（上海）电脑有限公司的助理工程师。被告比德公司邀请高轶明到公司从事结构工程师工作。高轶明与比德公司通过 E-mail 就此进行了联系。2007 年 4 月 25 日，比德公司工作人员通过 E-mail 通知高轶明，内容为：“高轶明，您好！祝贺您通过了 BTC 面试，欢迎您加入 BTC。您需要在陈各庄附近佳境健康体检中心或者其他三甲及以上医院体检。您需要携带的入职资料包括体检表、薪酬证明以及离职证明。请尽快携带您的资料来公司报到。”之后，双方就具体入职事宜进行了详细沟通。2007 年 5 月 11 日，高轶明正式办理了离职手续，其离职前的平均工资为 2703.5 元。2007 年 5 月 30 日，高轶明按照比德公司的要求到指定的医疗机构进行了体检，体检结果为乙肝五项有 HBsAg、HBcAb、HBcAb 三项阳性，即乙肝“小三阳”。之后，比德公司未与高轶明签订劳动合同。

对于未签订劳动合同的原因，高轶明称因体检结果为乙肝“小三阳”，故比德公司拒绝录用。比德公司辩称未录用高轶明的原因在于其未完成培训，不符合上岗要求，就此比德公司提供了员工培训评估表一份。经查实比德提供的员工培训评估表与真实情况相矛盾。而且，比德公司未提供其他证据充分证明其在邀请高轶明应聘后又拒绝录用存在着其他合理理由。可以确定，比德公司系因高轶明体检结果为乙肝“小三阳”而拒绝与其签订劳动合同。由于高轶明与比德公司一直未能签订劳动合同，2007 年 11 月 26 日，高轶明与另一公司签订劳动合同，担任结构工程师职务，每月工资为 4500 元。

高轶明认为，比德公司无视我国法律，在其有工作的情况下，主动邀请其来京工作。当其辞去原工作后，比德公司却以其患有乙肝“小三阳”为由拒绝接收，使其在长达 6 个半月的时间内无收入来源，精神上蒙受极大的痛苦和伤害。比德公司的行为违背了用人单位招用人员不得以乙肝“小三阳”为由拒绝录用的原则。故高轶明向北京市朝阳区人民法院提起诉讼，请求判令比德公司赔礼道歉、赔偿经济损失和精神损害抚慰金等各项费用。

〔裁判理由与结果〕

北京市朝阳区人民法院经审理认为,劳动和社会保障部关于维护乙肝表面抗原携带者就业权利的意见,明确要求保护乙肝表面抗原携带者的就业权利。除国家法律、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抗原为理由拒绝招用或者辞退乙肝表面抗原携带者。根据《就业促进法》和劳动保障主管部门的相关规定,用人单位招用人员不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准,不得以劳动者为乙肝病原携带者拒绝录用。本案中,高轶明到比德公司应聘的工作岗位系结构工程师,并非国家法律、行政法规和国务院卫生行政主管部门规定禁止乙肝病原携带者从事的工作类型。因此,比德公司的行为违反了平等就业的原则。高轶明在与比德公司就建立劳动合同关系相互磋商的过程中,有理由对比德公司将与其签订劳动合同形成合理信赖。在比德公司违反平等就业原则拒绝录用高轶明的情况下,高轶明自原单位离职至其再次就业前的经济损失作为信赖利益损失,应当由比德公司予以赔偿。对于赔偿的标准,法院参照高轶明离职前的平均工资2703.5元计算6.5个月。同时,法院考虑到比德公司以高轶明体检结果为乙肝“小三阳”而拒绝录用原告的行为,无疑会导致高轶明为此遭受巨大的心理压力及承受相应的精神痛苦,故应判令比德公司向高轶明赔礼道歉并赔偿其精神损害抚慰金。据此,北京市朝阳区人民法院判决:一、被告比德公司于本判决生效后7日内向高轶明书面赔礼道歉;二、被告比德公司于本判决生效后7日内赔偿高轶明经济损失17572.75元;三、比德公司赔偿高轶明精神损害抚慰金2000元。宣判后,双方当事人均未上诉,判决已生效。

二、确认劳动关系争议应当纳入劳动争议的范围

——平阴鲁西化工第三化肥厂有限公司诉翟春清确认劳动关系争议案^①

〔裁判规则〕

当事人一方在审理中向人民法院提供了证人证言、工资证、工资存折、工作牌等证据,另一方未提出充分的反驳证据,法院应当认定双方之间具有劳动关系,纳入劳动争议的范围。

〔裁判规则的理解与适用〕

对于确认劳动关系争议是否应当纳入劳动争议案件的范围,实践中认识不一致,根据《劳动争议调解仲裁法》第2条的规定,应当将确认劳动关系发生的争议纳入劳动争议的范围,符合当前我国劳动关系的现实情况,许多用人单位为了逃避其应当承担的劳动法上的义务,故意不与劳动者签订劳动合同,故意不给劳动者缴纳各项社会

^① 山东省济南市中级人民法院(2008)济民一终字第93号民事判决书。