

保障性少数群体 平等就业权的 法律与政策研究



消除基于性倾向、性别认同和性别表达的 就业歧视

■ 刘明辉 中华女子学院法学院教授



目 录

前言
致谢
术语
摘要

第 1 章 绪论

- 1.1 研究背景与目的
 - 1.1.1 研究背景
 - 1.1.2 研究目的
- 1.2 研究范围
- 1.3 研究方法
 - 1.3.1 访谈与座谈
 - 1.3.2 文本分析
 - 1.3.3 文献比较研究

第 2 章 中国关于平等就业的法律和政策

- 2.1 关于平等就业的法律
 - 2.1.1 国际公约
 - 2.1.2 宪法和妇女权益保障法
 - 2.1.3 劳动法
- 2.2 关于平等就业的政策

- 2.2.1 中国妇女发展纲要
- 2.2.2 国家人权行动计划
- 2.2.3 九部门联合发布通知

第 3 章 完善保障平等就业权立法与政策的必要性

- 3.1 现实需求强烈
 - 3.1.1 数据显示就业歧视严重
 - 3.1.2 访谈所得的故事与案例显示就业歧视严重
 - 3.1.2.2 同性恋者遭受了严重的就业歧视
 - 故事 1：因为一个眼神传递同性恋信息便被辞退了
 - 故事 2：吴维写的《一位同性恋研究生的死前绝笔》（节录）
 - 案例 1：首例同性恋就业歧视案
 - 案例 2：幼儿教师因同性恋被迫离职
 - 3.1.2.3 跨性别者受到严重的就业歧视
 - 故事 1：因非传统的装束应聘被拒
 - 故事 2：间性人“被手术”后女跨男只能打零工
 - 故事 3：因公开自己的跨性别身份和性倾向被辞退
 - 案例 1：首例跨性别就业歧视案
 - 案例 2：首例跨性别平等就业权纠纷案
 - 实例 3：小高变性被辞退案

- 3.2 法律与政策存在缺失
 - 3.2.1 性少数群体尚未列入法律与政策规范

- 3.2.2 无就业歧视定义
- 3.2.3 未诠释“性别”的外延
- 3.2.4 无就业歧视案适用的举证规则
- 3.2.5 法律责任形式不明确
- 3.2.6 缺惩罚性赔偿责任
- 3.2.7 国家立法规定的劳动监察事项无就业歧视

第 4 章 完善保障平等就业权立法与政策的可行性

- 4.1 完善保障平等就业权立法与政策存在民意基础
- 4.2 典型判例表明了司法态度
 - 4.2.1 法院宣称对他人的性别认同及性别表达应当予以尊重
 - 4.2.2 法院认为同性恋并非精神类疾病
- 4.3 中国政府表态积极
- 4.4 部分企业已出台对性少数员工的友好政策
- 4.5 域外已有可借鉴的立法经验

第 5 章 完善保障平等就业权立法与政策的具体建议

- 5.1 出台《中华人民共和国和反就业歧视法》
- 5.2 人社部出台《关于保障性少数群体平等就业权的通知》
 - 5.2.1 对“性别”进行扩展性解释
 - 5.2.2 界定针对性少数群体就业歧视的认定标准
 - 5.2.3 明确劳动监察部门的职责
 - 5.2.4 健全联合约谈机制
 - 5.2.5 鼓励用人单位实施对性少数员工的友好政策
 - 5.2.6 加强平等就业培训，提升性别多元意识

附录：

- 附件 1：跨性别小 C 被辞退案一审判决书；
- 附件 2：强制矫治同性恋案判决书；
- 附件 3：小高变性被辞退案二审判决书
- 附件 4：《反就业歧视法》（专家建议稿节选）。

前言

本研究报告名为“保障性少数群体平等就业权的立法和政策研究——消除基于性倾向、性别认同和性别表达的就业歧视”，由联合国开发计划署“亚洲同志”项目组策划，并委托中华女子学院法学院教授刘明辉撰写，同语协助报告的发布。

在已有数据和案例的基础上，项目组做了深入访谈和文献比较研究，发现针对性少数群体平等就业权的立法和政策存在诸多缺失，而严重的就业歧视现实亟待决策者尽快弥补这些缺失。每个人都不应当因自己的性别，包括生理性别与心理性别认同和表达，而受到排斥。而排斥的理由是其不符合性别两分法及异性恋本位的行为模式和规范，即固有的男性应该是什么样的，女性应该是怎么样的，包括性倾向。

项目组希望通过完善立法与政策，确保消除基于性倾向、性别认同及性别表达的歧视，保障性和性别少数群体的平等权利，进而实现中国政府关于 2030 年可持续发展目标“不让任何人落伍”的承诺。正如前秘书长潘基文所言：我们要想实现这一理想，就必须团结所有人士，无论他（她）们的性倾向和性别身份如何。作为有良知的男人和女人，我们反对歧视，尤其是基于性倾向和性别认同的歧视……当文化和普世人权相冲突时，普世人权必须优先。

出台保障 LGBTIQ 平等就业权的法律和政策与联合国的要求与中国政府的施政方针是一致的。

刘明辉

2020 年 7 月

致谢

项目组感谢杨震、程鹤、彭燕辉以及北京同志中心、同语、同性恋亲友会等机构提供的资料，感谢同志社群的小 C、明珏、小马、小高等朋友以及小高案主审法官窦江涛接受我的访谈，感谢刘小楠、孙耀东、孙晓梅、李秀华、何霞、郭晓飞等专家的指导！

本报告引用了以下调研成果：（1）吴利娟执笔：联合国开发计划署“亚洲同志”项目《中国性少数群体生存状况——基于性倾向、性别认同及性别表达的社会态度调查报告》（2016 年）；（2）吴利娟、齐霁、辛颖等执笔：北京同志中心承办，联合国开发计划署“亚洲同志”项目《2017 中国跨性别群体生存现状调查报告》；（3）孙耀东执笔：北京同志中心承办联合国开发计划署“亚洲同志”项目，政策简报《性少数群体在中国的职场经历》（2018 年）。

感谢庄正为本报告做设计，李歆悦进行校对，以及徐玢协调报告的发布工作。

术语

01 法学的歧视

与经济学的“区别对待即歧视”不同，法学的歧视，是指“被法律禁止的针对特定群体或个人实施的其效果或目的在于对基本权利进行区别、排斥、限制或优待的任何不合理措施”。[周伟：《宪法基本权利：原理·规范·应用》，法律出版社 2006 年版，第 74 页。]

02 就业歧视

就业歧视，是指用人单位基于劳动者与工作能力和职业的内在需要不相关的因素，在就业中做出区别对待，从而取消或损害劳动者平等就业权的行为。[蔡定剑，刘小楠主编：《反就业歧视法专家建议稿及海外经验》，社会科学文献出版社 2010 年版，第 11 页。]

03 性倾向

性倾向，是指每个人对异性、同性或多种性别的人发自内心的情感、爱情和性吸引，并与之发生亲密关系和性关系的能力。[参见 2006 年 11 月 6 日至 9 日，在印度尼西亚日惹市卡渣玛达大学举行专家会议之后，联合国人权高级官员、独立专家、各实体机构、法官、行动主义者与学术界的人士发起。29 名来自 25 个国家，有着不同背景和相关人权法问题专门知识的著名专家一致通过，2007 年联合国人权理事会发布的《关于将国际人权法应用于性倾向和性别认同相关事务的日惹原则》。]

04 性别认同

性别认同，是指个人基于对性别深切的内心感觉和体验，在情感上和心理上认为自己属于某个性别，包括与身份证标注的性别不同的男性、女性或者性别酷儿 [酷儿理论反对二元划分性别及性倾向，强调个人在性别认同和性倾向方面的自主性和流动性。]。这种性别认同外显于用医学手段改变身体外观和功能，以及与其所认同的性别特征一致的衣着打扮、言语和独特的行为举止。

05 性别表达

性别表达是指个人通过衣着打扮、言行举止等外显的方式来表达自己认同的性别特征。

摘要

联合国开发计划署“亚洲同志”项目“保障性少数群体平等就业权的法律与政策研究——消除基于性倾向、性别认同和性别表达的就业歧视”，在文献比较研究和深入访谈的基础上，发现超过1/5的性少数员工受过职场歧视。从5个访谈实录、5个故事和5个案例来看，受害者身心俱损，其平等就业权亟待法律予以明确并加以保障。尽管中国法律中有多个条款禁止就业歧视，但性少数群体尚未列入法律与政策规范，现行法在就业歧视定义、举证规则、法律责任等方面存在诸多缺失。本文通过案例与访谈实录，反映了那些被现行法律忽视的性少数群体遭受就业歧视的现状及其关于平等就业权保障的诉求，借鉴域外的经验完善相关法律与政策，提出了具体的立法和出台政策建议，并论证了其必要性和可行性。

项目组建议将全国人大常委会出台《反就业歧视法》作为远期目标，将人社部出台《关于保障性少数群体平等就业权的通知》作为近期目标。“通知”以政策形式禁止针对性少数群体的就业歧视，对“性别”进行扩展性解释，涵盖间性人、跨性别者及其性别表达，规定认定就业歧视的标准、劳动监察部门的职责、健全联合约谈机制、明确违法者需承担的法律后果、鼓励用人单位实施对性少数员工友好政策，以及加强相关培训等具体规范。

通过完善立法与政策以确保消除基于性倾向、性别认同及性别表达的歧视，保障性少数群体的平等就业权和人格尊严不受侵犯，进而实现中国政府关于2030年可持续发展目标“不让任何人落伍”的承诺。这符合联合国的要求与中国政府的施政方针，也符合现实的迫切需求及国情民意。性少数群体呼吁立法明确保障其平等就业权，并出台加强培训等政策提升管理者多元性别意识。满足此项需求将产生显著的经济效益和社会效益。

第1章 绪论

1.1 研究背景与目的

1.1.1 研究背景

2013年11月，中国共产党的十八届三中全会形成决议《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，提出“规范招人用人制度，消除城乡、行业、身份、性别等一切影响平等就业的制度障碍和就业歧视。”

在2015年第十二届全国人民代表大会上，孙晓梅等36名代表、高莉等31名代表分别提出关于制定“反就业歧视法”的议案。孙晓梅提交的议案附了《反就业歧视法（专家建议稿）》¹其中将“性别认同、性别表达及性倾向”列入就业歧视的不当事由。全国人大财经委接受了该议案，委托人社部予以答复并做立法调研工作。人社部将制定“反就业歧视法”列为重点工作目标。在之后的两会上，每年都有代表推进。例如，2016年，罗和安等代表再次提出关于制定“反就业歧视法”的议案；2017年，他向全国两会提交建议，请全国人大法工委和人社部尽快起草《反就业歧视法》；2018年，全国政协委员、全国总工会党组成员李守镇建议加快出台《反就业歧视法》；2019年，全国人大代表、湖南科力尔电机股份有限公司副董事长聂鹏举建议，加快推进《反就业歧视法》进程，填补法律空缺，从法律的角度界定“歧视”的内涵，将就业市场上的一切行为规范化。

2015年9月25日，联合国193个成员国在纽约峰会上通过了联合国2030年17个可持续发展目标并提出“不让一人落伍”。目标5：实现性别平等，为所有妇女、女童赋权。认为性别平等不仅是一项基本人权，也是世界和平、繁荣和可持续发展的必要基础。目标8：促进经济增长和人人拥有平等、合宜的工作机会。目标16：促进社会和平、公正，并为其建立有效、负责和包容性的组织机构。包括：完善可持续发展的各项政策和法律。

1. 自2008年6月由蔡定剑教授组织专家完成初稿，之后由刘小楠教授组织专家修改6次，参与的专家76人。

2018 年 3 月 5 日，李克强总理提交十三届全国人大一次会议审议的《政府工作报告》，提出“要健全劳动关系协商机制，消除性别和身份歧视，使更加公平、更加充分的就业成为我国发展的突出亮点。”从此“公平就业”优先于“充分就业”。3 月 8 日，李总理专门作出重要批示，要求“人社部会同相关部门认真研究，对如何解决女性就业歧视要有更可操作的政策措施”。在此背景下，2019 年 2 月 18 日，人力资源社会保障部、教育部、司法部、卫生健康委、国资委、医保局、全国总工会、全国妇联和最高人民法院九部门联合发布了规范性文件《关于进一步规范招聘行为促进妇女就业的通知》。

2019 年 3 月 5 日，李克强总理在十三届全国人大会议做政府工作报告时重申：“坚决防止和纠正就业中的性别和身份歧视。”

但迄今为止，中国法律与政策尚无明文规定禁止基于“性倾向”、“性别认同”和“性别表达”的就业歧视。性少数者多为社会边缘、弱势群体，其中有两位同性恋者、两位跨性别者曾提起就业歧视诉讼²，一位因变性被辞退的跨性别者提起劳动争议诉讼³。有的不堪就业歧视的羞辱而选择自杀，例如，2019 年 4 月 27 日凌晨，吴维通过微博发布题为《一位同性恋研究生的死前绝笔》的文章，讲述他在浙江某镇政府工作期间，因同性恋身份和研究同性恋而在工作中遭受的歧视。随后，他服下十几颗安眠药、烧炭自杀（获救）。



图 1：吴维在微博发布《一位同性恋研究生的死前绝笔》文章⁴

2. 穆易（化名）诉深圳市装修艺装饰设计有限公司劳动争议案，明珏（化名）诉青岛萌宝王国教育科技有限公司（幼儿园）平等就业权纠纷案；小 C 诉贵阳慈铭健康体检中心有限公司一般人格权纠纷案，小马（化名）诉杭州次元文化创意有限公司平等就业权纠纷案。
3. 北京当当网信息技术有限公司诉小高劳动争议案。
4. 澎湃新闻：男子发“死前绝笔”称因同性恋遭排挤 官方已介入 <https://news.sina.com.cn/o/2019-04-30/doc-ihvhiqax5906919.shtml>

对于性少数群体的就业状况，学术界和社团已有相关调研报告，但尚无专门的关于性少数群体平等就业立法和政策保障的研究成果。

1.1.2 研究目的

本报告旨在反映那些被现行法律和政策忽视的性少数群体遭受就业歧视的现状及其关于平等就业的诉求，使相关决策者知悉此项需求。借鉴域外相关规定，提出立法和制定政策建议以供决策者参考。

1.2 研究范围

本报告聚焦于基于“性倾向”、“性别认同”和“性别表达”实施就业歧视的问题，涉及相关数据和判例。

1.3 研究方法

1.3.1 访谈与座谈

在查阅近年来的调研数据，搜集整理 5 个故事和 5 个案例的基础上，通过访谈就业歧视受害人和法官、与性少数团体和专家座谈，了解基于“性倾向”、“性别认同”和“性别表达”实施就业歧视的现状、成因及应当采取的对策。

1.3.2 文本分析

对已有研究报告和境内外相关立法与案例做文本分析，从中找出立法和制定政策的现实需求，作为立法和制定政策必要性的依据。

1.3.3 文献比较研究

比较境内外的相关立法与判例，找出中国立法的路径及其可行性。

第2章 中国关于平等就业的法律和政策

2.1 关于平等就业的法律

2.1.1 国际公约

中国签署了联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》和国际劳工组织《就业和职业歧视公约》（第111号公约），承诺消除一切就业歧视。

2.1.2 宪法和妇女权益保障法

《中华人民共和国宪法》第三十三条中规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。国家尊重和保障人权。”《中华人民共和国妇女权益保障法》于2005年修正时，在第二条增加规定：“实行男女平等是国家的基本国策。”

2.1.3 劳动法

《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）和《中华人民共和国就业促进法》（以下简称《就业促进法》）等多部法律均规定禁止就业歧视。2007年出台的《就业促进法》在第三章专章规定“公平就业”。第三条在《劳动法》第十二条的基础上规定“劳动者就业，不因民族、种族、

性别、宗教信仰等不同而受歧视。”增加了“等”字，这意味着对歧视种类做出开放性列举，从基本法理来看包括性倾向。第六十二条规定：“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。”赋予遭受就业歧视的劳动者“直诉权”，而无需经过劳动争议仲裁程序。

2.2 关于平等就业的政策

2.2.1 中国妇女发展纲要

2001年7月30日，国务院颁布了《中国妇女发展纲要（2001—2010年）》，2011年，国务院印发《中国妇女发展纲要（2011—2020年）》（以下简称《纲要》），提出将社会性别意识纳入法律体系和公共政策，促进妇女全面发展，促进两性和谐发展，促进妇女与经济社会同步发展。

其中“保障妇女平等享有劳动权利，消除就业性别歧视”位列目标（三）妇女与经济之首。主要策略措施：（1）制定和完善保障妇女平等参与经济发展、平等享有劳动权利的法规政策；（2）消除就业中的性别歧视。除法律规定不适合女性的工种和岗位外，任何单位在录用人员时不得以性别或变相以性别为由拒绝录用女性或提高女性录用标准，不得在劳动合同中规定或以其他方式变相限制女性结婚、生育。加大劳动保障监察执法力度，依法查处用人单位和职业中介机构的性别歧视行为。

2.2.2 国家人权行动计划

自2009年以来，国家先后实施了两期人权行动计划。2016年9月29日，国务院新闻办公室发布《国家人权行动计划》（2016-2020年）。提出将人权事业纳入法治轨道，“完善劳动保障监察执法体制和劳动人事争议处理机制。严禁各种形式的就业歧视”。“重视互联网反映的社情民意。”“努力消除在就业、薪酬、职业发展方面的性别歧视。”

2018年3月5日，李克强总理提交十三届全国人大一次会议审议的《政府工作报告》，提出“要健全劳动关系协商机制，消除性别和身份歧视，使更加公平、更加充分的就业成为我国发展的突出亮点。”从此“公平就业”优先于“充分就业”。

2019年3月在十三届全国人大二次会议上，李克强总理在《政府工作报告》中重申要“坚决防止和纠正就业中的性别和身份歧视”。

2.2.3 九部门联合发布通知

2019 年，人社部等九部门联合发布了《关于进一步规范招聘行为促进妇女就业的通知》，依法禁止招聘环节中的就业性别歧视，规定了 6 个不得⁵和罚则⁶。提出建立联合约谈机制。被约谈单位拒不接受约谈或约谈后拒不改正的，依法进行查处，并通过媒体向社会曝光。还提出健全司法救济机制。依法受理妇女就业性别歧视相关起诉，设置平等就业权纠纷案由。

5. 各类用人单位、人力资源服务机构在拟定招聘计划、发布招聘信息、招用人员过程中，不得限定性别（国家规定的女职工禁忌劳动范围等情况除外）或性别优先，不得以性别为由限制妇女求职就业、拒绝录用妇女，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，不得将限制生育作为录用条件，不得差别化地提高对妇女的录用标准。

6. 对用人单位、人力资源服务机构发布含有性别歧视内容招聘信息的，依法责令改正；拒不改正的，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款；情节严重的人力资源服务机构，吊销人力资源服务许可证。将用人单位、人力资源服务机构因发布含有性别歧视内容的招聘信息接受行政处罚等情况纳入人力资源市场诚信记录，依法实施失信惩戒。

第 3 章 完善保障平等就业权立法与政策的必要性

3.1 现实需求强烈

3.1.1 数据显示就业歧视严重

北京同志中心承办的联合国开发计划署“亚洲同志”项目，于 2015 年 10 月底，共收回有效问卷 28,454 份。调查结果显示，在职场的歧视发生率为 21%。最常见的三种歧视形式为：被提醒注意言行或形象，被要求改变衣着打扮和行为举止，语言攻击。因为职场环境不友好，多数性少数人群选择不出柜。74.9% 受访者选择完全不公开自己的性少数身份；选择部分公开的占 19.7%；选择完全公开的仅占 5.4%。在绝大多数性少数人士看来，“出柜”和遭受歧视之间有直接的联系。相较其他人群，性少数人士工作稳定性更差，失业率更高。工作单位是他们出柜后感觉生活变得最为尴尬、最不如意的场所。其中跨性别者在学业上所受的负面影响相对最大，肄业、退学或辍学的比例在 20% 以上；与其他性少数群体相比，跨性别者在家庭、学校和职场遭受歧视的可能性都更高。⁷

7. 吴利娟执笔：北京同志中心承办联合国开发计划署“亚洲同志”项目《中国性少数群体生存状况——基于性倾向、性别认同及性别表达的社会态度调查报告》，2016 年 5 月 17 日发布。

8. 报告来源 UNDP: https://www.cn.undp.org/content/china/zh/home/library/democratic_governance/being-lgbt-in-asia-china-country-report.html



图 2：“亚洲同志”项目中国国别报告⁸

联合国开发计划署“亚洲同志”项目 2018 年政策简报提供了关于中国 LGBTI（女同性恋、男同性恋、双性恋、跨性别者和间性人）等性少数人士在工作场所经历的一系列经验证据。共有 18,088 名来自中国大陆的女同性恋、男同性恋、双性恋、跨性别者和间性人参加了本研究。本次调查发现，只有 5.1% 的性少数群体在职场完全公开了自己的性取向、性别认同和间性人身份。中国的性少数群体在工作场所中常常面临着敌意，充斥着骚扰、欺凌和歧视，21.2% 的性少数受访者反映曾在职场遭受过不友善对待。其经历了 3 种最常见的不友善对待的形式：被上级 / 同事 / 客户 / 顾客提醒他们注意自己的外表或说话或行为方式 (8.7%)；受到上级 / 同事 / 客户 / 顾客的口头攻击，包括讥讽、嘲笑、辱骂、嘲弄、谩骂、侮辱等 (6.5%)；上级 / 同事 / 客户 / 顾客要求他们改变着装、说话或行为方式 (3.6%)。一些性少数群体还反映在职场遭受过更极端形式的经历：性骚扰占 2.1%；身体暴力占 0.4%；被解雇占 8.0%；拒绝雇用占 14.3%。只有 4.2% 的性少数受访者表示，他们目前的工作单位提供了关于性少数问题意识培训，只有 8.3% 的受访者表示，他们目前的工作单位明确指出性少数员工应该受到平等对待。⁹

上述两项调查结果均显示超过 1/5 的性少数员工受过职场歧视，即使部分用人单位出台了性少数员工的性别友好政策，也因为出柜比例过低 (5.1%) 而绝大多数性少数员工并未享受同居伴侣假等待遇。如果全部“出柜”，则所受就业歧视的比例会显著增加。而未出柜者不得不花费精力隐藏自己的性别认同和性倾向，违心地编造关于个人生活的谎言，与同事之间无法坦诚相待，成为和谐相处的阻碍，他们多数经历过与自身性取向、性别认同和性别表达相关的心理困扰，压力过大而导致心理健康受损。其中跨性别人群的处境更艰难。



图 3：《中国跨性别群体生存现状调查报告》在荷兰驻华使馆公开发布¹¹

2017 年 11 月 20 日，在国际跨性别日发布的《2017 中国跨性别群体生存现状调查报告》显示：在 2060 名调查对象（跨性别男性、跨性别女性、性别酷儿和易装者）中，61.5% 正经历不同程度的抑郁情况，73.2% 正经历不同程度的焦虑，21.2% 有过自残的行为，12.7% 有过自杀行为。而据世界卫生组织统计，2016 年中国总人口自杀率的数据是 10 万人中 8 个。¹⁰

男跨女小 D 在高中时开始服激素，高考后出柜，她三次离家出走，数次尝试自杀，多次被迫看心理医生。在大学中脱离家庭自立，2015 年家人同意手术，2016 年手术顺利实施。她曾在贴吧里写下“向死而生”四个字，可见其抗挣得何等惨烈！但有能力获得性别重置手术的跨性别者仅占 14.8%，仅有 1% 的跨性别者如愿变更了身份证上的性别，28% 的跨性别者避免去需要出示证件的场合。跨性别人群的失业率占 11.87%，而同期人社部公布的中国城镇登记失业率仅为 3.97%。认为工作环境对跨性别身份不友好的占 24.58%，在党政机关、事业单位、军队所感受到的不友好占比则高达 35.04%。¹²

上述调研结果显示：超过 1/5 的性少数员工受过就业歧视。跨性别群体遭受就业歧视最严重，存在焦虑心态的高达 73.2%。而其中 20% 以上的肄业、退学或辍学比例，会严重影响其职业发展。另一项调研结果显示：跨性别者的就业率和工作稳定度都比普通大众低 10 个百分点左右，跨性别者当中低收入者的比例约为普通大众的 1.5 倍，而普通大众当中高收入者的比例也大概是跨性别者的 1.5 倍，超过 4 成的跨性别劳动者不享有任何保险，31% 的跨性别者曾因性别问题被拒聘，14% 的跨性别者曾因性别问题被解雇¹³。中国首例跨性别平等就业权纠纷案的原告小马在接受采访时说：

对于跨性别女性来讲，并不是每一个人的外形声音都能够完全过关的，都能够像一个顺性别的女性一样。很多时候面试就会说：你真的是女孩子吗？天哪说你长得好像男孩子。有些会比较委婉，但有些就会听到一些不太好的话。这仅仅还只是在面试的过程中。我应对的策略就是脸皮厚，有时候会半开玩笑地说：“老娘就这么爷们！”有时就打一些哈哈应付过去。因为我不可能每面试一次就出柜一次，我还没有那么大的勇气。

直到手术后改了证之后，我才感受到大龄女青年找工作的不易，真的是太难了。所有的面试都会问你，有没有结婚，有没有男朋友，什么时候打算结婚，什么时候打算生孩子各种问题。

有一个朋友，她原本是一个 4A 广告公司非常好的设计师。她有段时间非常的悲哀，觉得无望，就是因为她问了身边很多跨性别朋友做完手术就去卖淫。

小马的上述经历和感受在跨性别群体中具有代表性。访谈结果显示不改变排斥性少数群体的工作环境，仅凭当事人提高竞争力是难以逃脱被排挤厄运的。例如，小高在接受访谈时谈及公司曾发给她的一封函件，从中可见其承受的不公平对待和压力的严重程度。

9. 孙耀东执笔：北京同志中心承办联合国开发计划署“亚洲同志”项目，政策简报《性少数群体在中国的职场经历》，2018 年 11 月发布。
10. 吴利娟、齐霁、辛颖等执笔：北京同志中心承办，荷兰驻华大使馆支持，联合国开发计划署“亚洲同志”项目《2017 中国跨性别群体生存现状调查报告》。
11. 中国发展简报：中国跨性别群体生存现状调查报告圆满发布 <http://www.chinadevelopmentbrief.org.cn/news-20466.html>

12. 吴利娟、齐霁、辛颖等执笔：北京同志中心承办，荷兰驻华大使馆支持，联合国开发计划署“亚洲同志”项目《2017 中国跨性别群体生存现状调查报告》。
13. 吴利娟执笔：联合国开发计划署“亚洲同志”项目《2016 年中国性少数群体生存状况——基于性倾向、性别认同及性别表达的社会态度调查报告》。

小高先生，您好！当当网就北京市东城区人民法院做出的一审判决，准备提请上诉。考虑到法院在劳动仲裁案件中，通常支持员工利益，当当同期在做您返岗的准备工作。近期国航航班，发生了精神病员工严重侵害正常人合法权利情况，当当在做安排您返岗时，同时需考虑公司近千名员工的合法权利。因此，公司在您返岗之前，与您沟通以下问题并听取您的解决方案：

1. 关于当当其他员工安全工作环境的问题。您作为精神病人，享有精神病人的权利。当当作为雇主，需要保护全体员工的合法、正当权利。这种权利的体现，不仅仅是精神病人发作时其他员工不受侵害，还要包括其他员工不在恐惧、不安、伦理尴尬的状态下安心工作。为了安全环境，您自行配备安保人员？还是您作为精神病患者，请人力资源和社会保障局介入？请提出方案。

2. 关于如厕问题。公司就该问题征求了员工的意见，女同事坚决反对您使用女厕所，男同事反对您使用男厕所。过往，公司在支持残疾人就业方面，如办公环境、如厕条件，做了很多努力。变性人如厕，如何做到、并尊重和保护其他员工的权利及意愿，请您及您的律师提供方案。这些问题请您和您律师深入思考，即便您不选择在当当继续工作，在其他工作环境，您和您的律师，都需要解决变性、精神病患这些具体工作问题。

另外，在向北京市第二中级人民法院上诉的同时，公司会提请北京市人力资源和社会保障局及法院考虑以下几个问题：

- 一、东城区劳动仲裁委及东城区人民法院未公平、公正考量员工和公司双方面的证据。
- 二、是什么力量？让东城区劳动仲裁委、东城区人民法院如此裁决？公司会提请劳动局、司法局巡视组就劳动仲裁、一审程序中实体及程序审理是否正确、仲裁员及法官是否有不当行为，做出回答。公司亦会通过东城区人民政协‘社情民意’提请东城区相应委、办、局进行了解。
- 三、北京市政协委员、当当网董事长俞渝女士，将提请北京市政协‘社会和法制委员’就本案的审理、二审进行监督，切实保障当当网其他员工权利。”

此函将小高做性别重置手术的行为视为“精神病人”，主观推测这会使其他员工恐惧、不安、伦理尴尬。声称“女同事坚决反对您使用女厕所，男同事反对您使用男厕所”。且用董事长将以北京市政协委员的身份提请北京市政协“社会和法制委员”就本案的审理进行监督来施加压力。这让小高非常愤怒。在法院判决继续履行劳动合同之后，她的岗位职级与工资被降了两级，仅为原来的40%。调整后的岗位属于非常简单的事务性工作，令她觉得没意思，她目前很纠结要不要离职。可见，性少数群体中的佼佼者即使晋升到高管层（小高曾是技术部产品总监，月薪51259元），也会在被

发现非主流性别或性倾向时受到就业歧视；即使其诉求获得法院的支持，也要承受被报复的恶果。

3.1.2 访谈所得的故事与案例显示就业歧视严重

3.1.2.2 同性恋者遭受了严重的就业歧视

故事 1：因为一个眼神传递同性恋信息便被辞退了。

某男同侦测到其人力资源管理部门的经理为男同性恋者，这位经理感受到他传递的眼神，确认他的性倾向为男同性恋之后，唯恐自己被他连累“出柜”，便找茬辞退了他。在尚未“出柜”的情况下，仅因为一个眼神，便失去了这份工作。但迫于压力他仍然不敢“出柜”，故未诉诸法律。

故事 2：吴维写的《一位同性恋研究生的死前绝笔》（节录）。

L 主任你当着队组成员的面说我研究同性恋，肯定也和那些 gay 一样是个不正常的人后，每次见到你，我都远远躲着或者低着头走，生怕再次遭到你的数落。……Q 产假刚回来，你就迫不及待的把我研究同性恋的事情告诉她；J 刚借到我们部门，你又是如此；文明创建市里来检查时，你又当着别人的面，脑洞大开地说上面的领导说不定也好这口，叫我使用“美男计”充当公关；吃饭时，还特意当着媒体记者和其他系统人的面，隆重介绍我这位研究同性恋的“传奇”人物；和区镇领导对接工作时，你又浓墨重彩地以我为话题，作为拉近与她们距离的桥梁。

我的分管领导 D 部长……当你从他人口中得知我研究同性恋并两次专门就这件事找我谈话后，我觉得你对我们同志人群真的怀有敌意。……当你明知道我感冒近一个月，身体还没复原，却要硬逼着我献血以证明我是否是 HIV 感染者；当你们趁我不在，关起办公室的门来数落我的罪行、对我进行批斗；当你故意在主要领导面前说我同性恋的事情；当我已被你们弄得声名狼藉却依然不放过我，无时无刻不在工作中找我茬，经常故意挑拨我与其他同事的关系，让所有人都议论、孤立、鄙夷我时……

文章中控诉的两位领导从他研究同性恋推断他“也是个不正常的人”，擅自广泛散布他研究同性恋的“怪闻”，使吴维的身份变成一个大家心知肚明的同性恋者，一个潜在的男公关与 HIV 感染者。这无异于在吴维身上烙下淫乱、不洁、病态的污名化标签。正是这种令人发指的就业歧视行为将吴维推向了生命的终点。虽然他自杀获救，但留在他心灵深处的阴影终生难以消除。可见同性恋者所受到就业歧视及其危害的严重性。

案例 1：首例同性恋就业歧视案

2014 年 10 月下旬，穆易（化名）与“小红帽”在社交网络上相约于某宾馆见面。见面后，穆易发现“小红帽”真人与网上展示的照片差距过大，认为受到欺骗，当即决定离开。“小红帽”向穆易提出索要现金的要求，在遭拒后以有朋友在马路对面等着相要挟。穆易便向人流量大的地方移动并趁机报警。警察赶到后，“小红帽”向警察抱怨：“他把我叫过来，他把我玩了，连一百块都不给我，这种人好恶心的，好坏的！”警察在一旁用手机记录下当时的情况。次日，一则“小红帽”的视频迅速在网络上疯传。

2014 年 11 月 6 日，深圳市装修艺装饰设计有限公司（以下简称“装修艺公司”）的人事经理李雪花告知穆易公司决定将其劝退。理由为其“不遵守公司规定”，包括不穿工服、不带工牌、曾遭到其他部门同事投诉“服务态度不佳”等，并表示将其辞退是由公司领导开会协商决定。当天，穆易填写了离职交接表后离开公司。随后几天，穆易前往公司办理剩余手续、领取未发工资时，穆易认为自己受到不公正待遇，工资和奖金未如数发放；并且觉得人事经理和财务相关人员对其态度不佳，故决定将装修艺公司告上法庭。

2014 年 11 月 20 日，穆易与同性恋亲友会的董妈妈向销售部李主管质询辞退一事，李主管承认是公司领导认为“‘小红帽’视频的曝光和传播影响了公司形象”是辞退他的原因之一。



图 4：该案被称为同性恋就业歧视第一案¹⁴

2014 年 11 月 26 日，穆易委托律师向深圳市南山区法院递交起诉状，称装修艺公司以“公司内不允许存在同性恋”为由将其辞退，多次与公司沟通后，仍未能继续上班，也未获得道歉，精神遭到严重打击和损害。装修艺公司违反了《就业促进法》，侵犯了原告的人格尊严和平等就业权，要求法院确认被告以性取向为由拒绝原告工作侵犯了原告的人格尊严和平等就业权；判令被告向原告公开书面道歉并赔偿原告精神损害抚慰金 5 万元。

2015 年 3 月 27 日，一审法院以证据不足为由驳回了原告的诉讼请求。穆易不服一审判决提出上诉。深圳市中院经审理认为，上诉人在其离职申请表中填写的离职原因仅为“个人处事”，未显示被上诉人解除与上诉人的劳动关系是否与上诉人的同性恋取向有关。且“小红帽事件”在网络上迅速广泛流传并不仅仅因为反映了事件双方系同性恋的事实，更主要的是事件双方在处理自己同性恋情感需求的方式和人生态度引发大量负面社会评论。该对话录音资料并不足以证明被上诉人是因上诉人为同性恋的身份而解除劳动合同。上诉人主张被上诉人侵犯其人格尊严和平等就业权的依据不足，不予支持。2015 年 9 月 7 日，二审法院判决驳回上诉，维持原判¹⁵。

其实，穆易离职报告中的“个人处事”是根据人事主管的要求填写的。可见装修艺公司预设了“陷阱”。此外，法院对录音证据不予采信，与小 C 被辞退案相比显得过苛。

案例 2：幼儿教师因同性恋被迫离职。

2017 年 9 月，明珏（化名）参与创办幼儿园。2017 年 10 月 23 日，这家幼儿园以青岛萌宝王国教育科技有限公司之名成立。自 2018 年 1 月 1 日起，明珏担任这家幼儿班主任、教学园长职位，月薪 6000 元。他努力工作获得同事和幼儿家长的一致肯定。2018 年 7 月 28 日，明珏参加同性恋亲友会山东临沂分会成立两周年的聚会，在会上分享自己处理亲密关系的经验。会后，他分享的内容被记录在《临沂分会二周年庆吃鸡盛宴，我是同志我骄傲！》的文章里。8 月 5 日，明珏把这篇文章转发到微信朋友圈。没想到被他之前工作的幼儿园家长看到，截图传递给这家幼儿园的投资人魏××之妻。次日，魏××对他说：“以幼儿园教师的身份去争取同性恋权利，是不合适的，这和整个幼儿园的教育理念是不符的。”明珏感到气愤和震惊：

同性恋是很正常的人？我因为特别特别喜欢孩子，让更多的孩子能在一种爱的健康环境下成长，所以自学本科学前教育。从 2008 年起从事幼教工作，一直在学习最新的教育理念。工作刚有起色，如果我因为同性恋的这事被开除，那么青岛整个幼教圈子里其他的幼儿园单位以后都不敢用我了。

14. 界面：那个“100 块都不给”的人第 2 次上了法庭 <https://www.jiemian.com/article/304154.html>

15. 详见广东省深圳市中级人民法院（2015）深终法民终字第 1789 号民事判决书。

明珏拿出小C跨性别就业歧视案做依据，表明随意解除劳动合同是违法的。投资人却坚持认为一个公开身份的同性恋者就不应从事教师工作！担心他把孩子教导成同性恋，会影响到幼儿园的招生。对此，明珏无法接受，表示会去起诉。魏××则回答：“你告就告吧！”

明珏是同性恋，但也是一位优秀教师。家长投诉是基于对同性恋的偏见，此项消费者偏好并不能成为辞退员工的正当理由。因此，他向青岛市劳动人事争议仲裁委员会申请劳动仲裁，要求恢复劳动关系、支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额、支付未休年假工资和离职经济补偿，其中恢复劳动关系和经济补偿互为可选。

2018年11月19日，山东省青岛市劳动人事争议仲裁委员会就该案做出仲裁裁决：被申请人支付申请人未签订书面劳动合同的二倍工资差额36588.44元。该幼儿园不服此裁决提起了诉讼，法院的判决将二倍工资差额改为18906.44元。明珏对此结果表示不满：

对于劳动仲裁，整个劳动仲裁的过程还算比较人性化，劳动仲裁员们也都比较和善，耐心细致。但是对于结果确实不太能理解和接受，只是就没签订劳动合同进行了裁决，但是对于这种歧视性的辞退却没有任何说法，我感觉特别失望。

对于法院也是一样，就感觉对于同性恋被歧视的事情法院完全没有考虑到，只是就没签订劳动合同的事情进行裁决。而且我和投资人之间并没有进行任何的书面协议，但是法院却直接把开业之前的三个月工资认定为赔偿金的一部分，我感觉特别特别的不公平。

2018年12月12日，《最高人民法院关于增加民事案件案由的通知》（法〔2018〕344号）颁布，增加了“平等就业权纠纷”案由，自2019年1月1日起施行。明珏于2019年1月8日以



图5：明珏前往青岛市劳动人事争议仲裁庭递交申请书¹⁶

平等就业权纠纷为案由向法院提起诉讼，要求法院判令被告以书面形式向原告赔礼道歉；赔偿原告精神损害抚慰金10000元。目前，这起“中国同志教师平等就业权第一案”还在审理中。

16. 青岛一男教师因同性恋身份被学校开除 向法院申诉 <http://news.sina.com.cn/c/2018-09-29/doc-ixeuwwr9526073.shtml>

在仲裁阶段，青岛市劳动人事争议仲裁委员会曾主持调解，当时明珏在调解室曾痛哭失声。在接受访谈时，他说：

我教导孩子要诚实，所以我无法说谎。我是同性恋。我发现幼儿园过多限制幼儿活动，这对孩子的健康成长非常不利，所以我做了一些改革，在刚有起色时被告知：“要么作为教师身份，就不要推广个人偏好，要么就辞职。”这让我感到非常委屈、愤懑和遗憾。”

当时在调解室痛哭是因为自己很怀疑自己那么辛辛苦苦地坚持在幼教行业的意义。幼教工作琐碎，心力付出很多，而且自己2014年，还是把已经创业成功的幼儿体育事业放弃了来到青岛。作为教师，想做能真正尊重人，尊重孩子的教育，把正直、善良、诚实这些优良品质传播给下一代人。结果尊重人的教育环境下居然出现了严重的不尊重人的事情。

本来好老师与性倾向无关，但老板不容同性恋。投资人魏××还污蔑我恋童，当他威胁我说有我恋童的视频要交给警察局的时候，我感觉特别特别的委屈，感觉自己特别对不起父亲（曾经在父亲临终前承诺：当好一名幼儿教师），自己没有做好这个事情。感觉人心怎么可以黑暗到这种地步。

劳动关系解除后，明珏情绪低落，长时间失眠，遭受就业歧视的心理阴影一直无法消除。2019年2月19日，明珏在青岛市精神卫生中心被诊断为中度抑郁，有轻度焦虑症状。他不得不离开了酷爱的幼教行业，这家幼儿园因为偏见失去了一位稀缺的男教师。

3.1.2.3 跨性别者遭受了严重的就业歧视

故事1：因非传统的装束应聘被拒

1985年出生于四川绵阳的何婧，2003年考入广东南华工商学院旅游系，并获学校优秀班干部、优秀社会工作积极分子等称号。然而提及找工作的那几个月，总是满面笑容的何婧连续叹了几口气。每次参加招聘，当一身女性装束、长发飘飘、妆容精致的她递上自己的简历后，等待她的是意料中的问题——“你是不是写错性别了？”这个时候，何婧总是告诉他们，“我目前性别是男的没错，但我以后要做变性手术，成为女人，如果贵公司肯接受我，我一定会做得很出色。”但没有哪家公司接受这样的说法，多数单位都婉拒了她。¹⁷

17. 《裙裾飞扬“校花”是男儿郎》，载《南方都市报》，2006年5月17日。

故事 2：间性人“被手术”后女跨男只能打零工

在性少数群体中，处境最差的是间性人“被手术”后的跨性别者，长期被各种单位拒绝录用。例如，湖南有两位间性人，在幼时由当地妇联筹款 20 万元为这两位间性人做了割除男性生殖器手术。长大后，姐姐认同女性性别，从护校毕业做护士收入稳定。妹妹则认同自己为男性，身着男装。由于激素治疗不足，胡须和体毛等男性特征愈发明显。招聘方对照其女性身份证，发现明显不同即拒绝录用。因此，这位间性人“被手术”后的女跨男一直未能就业，只靠打零工生活困窘，心情压抑而体弱多病。

故事 3：因公开自己的跨性别身份和双性恋被辞退

然然是一个女跨男，正在使用激素维持自己的男性体征。他在 2015 年下半年到北京五棵松子电子商务有限公司求职，试用期三个月。他在工作了接近三个月时被辞退，只收到了一个月的工资，且未参加任何社会保险。相关负责人并未说明原因，也没有出示书面证明。然然在工作中是一个公开的跨性别者，一直使用男厕。当同事问他是男还是女，他都说自己是男性；同事问他是否喜欢女性，他的答案是既喜欢男性、也喜欢女性。公司里另一位员工曾暗示：他被辞退的原因之一是因为他太张扬，公开了自己的跨性别身份和性倾向。然然考虑就业压力而未诉诸法律。

案例 1：首例跨性别就业歧视案

小 C 是一个异性恋的女跨男，在入职后由一位前辈带着做销售，但是只做了 7 天，就接到同事传来的话说让其不要来上班了。“他们说我是同性恋，有损公司的形象。”¹⁸ 该公司人事经理将小 C 误认为是“同性恋”，这令小 C 十分恼怒。



图 6：出生时是女性的小 C 对自己的心理认同是男性¹⁹

18. 《“女扮男装”，员工被开除》，《贵阳都市报》，2016 年 3 月 16 日。

19. BBC 专访：中国跨性别就业歧视第一案的 C 先生 https://www.bbc.com/ukchina/simp/cool_britannia/people_in_uk/2016/04/160412_china_transgender_case

2016 年 4 月 12 日，小 C 向贵州省贵阳市云岩区人民法院递交了起诉状，他在起诉状中陈述：原告于 2015 年 4 月 21 日入职贵阳慈铭健康体检中心有限公司做销售，4 月 29 日，被告以原告不着工装，穿着和行为举止男性化有问题将影响公司形象为由，将原告辞退，还说原告是同性恋。令原告的人格尊严受损。原告自从被辞退后一直没有找到工作，情绪低落、沮丧、失眠。其受歧视、遭排挤的心理阴影难以消除。原告认为被告的行为违法，已构成侵权。不仅违反了宪法规定的平等原则，而且违反了《劳动法》、《就业促进法》和《妇女权益保障法》多部法律。原告向法院提起诉讼维护自己的平等就业权和人格尊严。请法院判令被告向原告以书面形式公开赔礼道歉并赔偿原告精神损害抚慰金人民币 5 万元。

2017 年 7 月 26 日，贵州省贵阳市云岩区人民法院针对侵权诉讼做出判决。判决书确认了被告辞退原告的理由是原告不按规定着工装。引述《劳动法》第十二条、《就业促进法》第三条关于禁止就业性别歧视的规定，认定“被告在没有合理理由的情况下解除原告的劳动合同关系，侵犯了原告平等就业的权利”，判决被告赔偿原告精神损害抚慰金人民币 2000 元。但未支持原告要求被告以书面形式公开赔礼道歉的请求。2018 年 1 月 22 日，贵阳市法院做出终审判决，宣告维持原判。



图 7：小 C 在仲裁院²⁰

20. 知乎专栏：跨性别现身日 - 看见跨性别就业歧视案 C 先生 <https://zhuanlan.zhihu.com/p/121797264>

专家认为在就业领域，这种基于性别认同和性别表达的歧视也构成我国法律禁止的就业性别歧视。本案被上诉人基于小 C 特殊的性别认同和性别表达（属于广义性别范畴），做出了辞退决定，侵犯了小 C 的平等就业权，限制了小 C 的择业自由。这种基于性别认同和性别表达的歧视构成了性别歧视，但二审法院在判决书中未予认可。其根本原因在于中国立法尚无“跨性别”、“基于性别认同和性别表达的歧视”以及性别歧视定义。本案凸显司法对立法的迫切需求。

案例 2：首例跨性别平等就业权纠纷案

小马(化名)于2015年10月入职杭州次元文化创意有限公司(以下简称次元公司)担任艺人助理。2018年10月，小马做了性别重置手术，在手术期间停薪留职。2018年12月下旬返岗。2019年1月底，次元公司的管理者先以部门调整之后没有她适合的岗位为由，劝她自动离职。她拒绝后，次元公司便以她多次迟到严重违纪为由解除了与她的劳动关系。

2019年3月5日，小马申请劳动争议仲裁要求次元公司支付违法解除劳动合同赔偿金15837.5元。仲裁以调解方式结案，小马得到赔偿款11312.5元。

2019年8月23日，小马向杭州市滨江区法院提起侵权诉讼，请求法院判令被告公开向原告赔礼道歉并赔偿原告精神损害抚慰金10000元。滨江区法院于2019年12月3日上午公开审理了这起跨性别平等就业权纠纷案。在庭审中，双方围绕是否“同等对待”“构成歧视”展开了激烈争论。



图 8：当事人（小马）在杭州市中级人民法院门口²¹

被告坚持认为：公司根据《劳动合同法》第三十九条规定解除系合法解除，且该劳动仲裁已经杭州市高新开发区（滨江）劳动人事争议仲裁委员会做出调解书结案，双方达成调解且公司已经付清相应款项，双方无其他劳动争议纠纷。原告则认为尽管劳动争议终结了，但本案属于侵权纠纷。被告辞退原告的真实原因是基于小马的性别转换，在工作安排上“不知道是跟男艺人好，还是跟女艺人好”。而其他员工也存在多次迟到的情况，公司并没有与他们解除劳动关系。这属于基于性别的不合理差别对待，损害了小马的平等就业权。

小马回忆被辞退时的状态，她说：

那个时候我打通同语的热线电话，因为整个人是懵的，身体还没有百分百的恢复，一下子这样一个事情出来，整体的状态很崩溃，然后很迷茫。我当时重新找工作的焦虑点就在于我存款没有多少，因为手术全花光了，租的房子就要到期了。所以那段时间特别焦虑，早上起来先哭，哭完了擦干眼泪，下午去面试，晚上回到家，有时候什么东西都吃不下就睡了。有时候睡到半夜醒过来就再哭一场。后来我在 B 站每天直播读小说。

提起诉讼的案子，不是说要给公司多大的压力，我要拿多少钱，就是想我能推进一小步，让其他的兄弟姐妹在后面，如果遇到这样的情况，能够知道该怎么去处理。

2020年1月19日，以原告主张基于性别歧视解除劳动合同依据不足为由，驳回了原告的诉讼请求²²。小马不服，提起了上诉。2020年6月24日，杭州市中级人民法院做出二审判决：驳回上诉，维持原判²³。

案例 3：小高变性被辞退案

小高做完男转女性别重置手术后收到北京当当网信息技术有限公司（以下简称当当网公司）以旷工为由做出的《解除劳动合同通知书》。她于2018年11月22日向北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求继续履行劳动合同、当当网公司支付工资共245645元。该仲裁委裁决继续履行劳动合同，当当网公司支付工资共136476.3元²⁴。

当当网公司不服该裁决，向北京市东城区法院起诉，请求法院确认双方的劳动合同于2018年9月6日解除、不支付被告上述工资。

一审法院认定：2015年4月13日，小高入职当当网公司，担任技术部产品总监，月薪为51259元。小高于2018年6月27日起未再出勤无薪。因为小高于2018年4月16日经上海市精神卫生中心

21. 澎湃新闻，全国首例跨性别者平等就业权纠纷案二审开庭，将择期宣判，https://www.sohu.com/a/398314325_260616

22. （2019）浙 0108 民初 5749 号民事判决书。

23. （2020）浙 01 民终 2725 号民事判决书。

24. 北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会京东劳人仲字 [2019] 第 470 号裁决书。

诊断为易性症，需要进行男转女性别重置手术，故于 2018 年 6 月 27 日通过微信向主管领导李某某请假，并于同日进入第二军医大学附属长征医院住院。2018 年 7 月 19 日，小高手术后出院，在出院记录中记载“出院医嘱：建议休息一个月”。小高就此提交了 2018 年 7 月 17 日和 7 月 20 日向主管李某某请假的微信聊天记录截屏。²⁵

在庭审中，双方认可原告公司的请假流程需在办公系统提交请假申请，由主管领导和员工关系管理员审批通过后才视为请假。但被告小高主张该流程实际上并未严格执行，员工可以事后补办请假手续，并提交了原告公司人力资源部 2018 年 7 月 -9 月发送给全体员工的考勤通知邮件，证明在薪资结算周期内可以补交请假手续。小高曾提交第二军医大学附属长征医院于 2018 年 7 月 19 日出具的病情证明单：病情及诊断：易性症，目前已完成转性手术；建议全休贰月。但当当网公司主张小高的休假申请未按照该公司制度进行预先请假，且提交的假条对部分信息有遮挡无法判断为病假，病情证明单与出院证记载休息一个月不一致，应以出院医生建议为准，故未批准小高的休假申请。

一审法院向上海市精神卫生中心调查核实，小高在该院的诊断证明真实，主治医生答复：如病人随后进行性别置换手术可根据手术情况休病假。一审法院又向出具病情证明单的第二军医大学附属长征医院整形美容科副主任医师核实，按照小高的手术情况，其术后休假时间应以病情证明单记载为准。

关于解除劳动合同的原因，当当网公司主张依据《员工手册》要求小高提交完整的病假证明原件，小高既不上班，也不提交证明，“自 2018 年 7 月 2 日至今连续旷工，公司通知您于 2018 年 8 月 31 日前返回公司上班，您也未按时返岗”，构成了严重违纪行为；小高则认为 2018 年 7 月 2 日至 2018 年 9 月 6 日期间因患易性症进行治疗，属于病假期间，并不构成旷工。从当当网公司向我方发送的函件中提及的精神病人自行配备保安、如厕难等内容来看，其解除劳动合同的真正原因是就业性别歧视。

一审法院经向诊疗医院核实，医院建议的休假时间除了考虑手术伤口的恢复情况外，亦考虑到患者身份转变需要办理相关手续和重新适应社会，故不能仅以小高具备独立活动能力就认为其应当回到术前的办公环境中立即工作。综合考虑小高的特殊疾病类型，及其口头请假未给当当网公司工作和管理秩序造成混乱的情况，法院认为当当网公司仅以人力资源未通过小高的病假审核就直接认定小高未履行请假手续属于旷工，缺乏合理性。本案中当当网公司据以做出与小高解除劳动合同的依据为其公司《员工手册 2016 版》，但其并未提交该版员工手册修订经过民主程序的相关证据，故当当网公司据此解除与小高的劳动合同，在程序上存在瑕疵。综上所述，当当网公司的解除决定，无论实体上还是程序上均有瑕疵，该解除不符合法律规定，属于违法解除劳动合同。小高要求继续履行与当当网公司的劳动合同，合法有据，本院予以支持。因当当网公司违法解除双方劳动关系，

致使小高无法继续为其提供劳动，故应按照正常工作期间工资标准支付小高 2018 年 9 月 7 日至 11 月 22 日期间的工资，小高主张的该期间工资数额不高于本院核算标准，本院对仲裁该项裁决结果予以确认。小高向当当网公司申请 2018 年 6 月 28 日至 6 月 29 日休年假未获批准，其于 2018 年 6 月 27 日住院治疗，故本院确认其自 6 月 27 日至 9 月 6 日期间处于休病假期间，应按病假工资标准享受相关待遇。2018 年 6 月 26 日小高正常出勤，应正常支付工资。

2019 年 7 月 4 日，一审法院判决：（1）确认双方自 2018 年 9 月 6 日起继续履行劳动合同；（2）当当网公司支付小高 2018 年 6 月 26 日至 9 月 6 日期间工资 6089.34 元；（3）当当网公司支付小高 2018 年 9 月 7 日至 11 月 22 日工资 121939 元。

当当网公司不服一审判决，向北京二中院提出上诉。北京二中院审理后认为：“即便当当网公司欲作出“非因突发事件未预先请假 = 旷工”的规定，也要经过民主程序的审查，且需符合劳动关系管理的“合情”、“合理”之要求。”关于当当网公司所主张的小高存在旷工行为，本院认为需要从以下四个方面进行分析：

首先，小高所患的易性症是一种少见的性别身份认同障碍，属于精神类疾病。根据原国家卫生计生委办公厅发布的《性别重置技术管理规范（2017 年版）》之规定，进行性别重置手术的手术对象应当满足的条件包括对性别重置的要求至少持续 5 年以上且无反复过程，术前接受心理、精神治疗 1 年以上且无效等。由此可见，在术前接受心理、精神治疗 1 年以上且无效的情况下，选择继续进行心理治疗还是做性别重置手术对于小高而言无疑是一个重大的人生抉择，故小高关于“医生曾告知其做手术前最后一刻都可以反悔”的陈述具有合理性，因此即便是否进行性别重置手术系来自于小高的主观抉择，但抉择的确定时间只能来自于其做手术前的最后一刻，这与进行普通常规手术具有极大不同。由此，虽然小高选择进行性别置换手术并非突发事件，但私密性和抉择的难以确定性，决定了小高选择手术当天向主管领导口头请假，并于事后申请线上审批的行为符合一般人的逻辑和认知，其行为具有合理性。

其次，当当网公司主张小高于 2018 年 7 月 25 日提交的出院证存在人为遮挡导致无法完成病假审批流程，小高则解释称其之所以将出院证中“诊断”栏内容及“今后注意事项”栏第 2 点遮挡，系基于其心理上还不想让他人知道其进行了性别置换手术。考虑到大众对性别置换的认知和接受程度，以及小高在性别置换手术后所需要的心理调适过程，本院认为小高的解释具有一定的合理性，且小高在当当网公司提出质疑后亦补交了未加任何遮挡的病情证明单，当当网公司在解除劳动合同前已经充分了解了小高申请病假的原因，其作为用人单位的知情权已经得到实现。

第三，小高提交的出院证所载建议休息时间为一个月，病情证明单所载建议休息时间为贰个月，上述两份证明的建议休息时间明显不一致，但经一审法院核实，上述两份证明均真实有效，且医师明确答复术后休息时间应以病情证明单记载为准，当当网公司虽对此提出质疑，但从小高所进行的

25. 北京市东城区人民法院（2019）京 0101 民初 5075 号民事判决书。

性别置换手术的难度和所产生的影响来看，本院认为病情证明单所载明的休息贰个月更有利于保障小高的身心恢复，故本院对病情证明单的效力予以采纳。

第四，小高的微信朋友圈显示其 2018 年 8 月中旬在上海，9 月中旬在泰国，当当网公司据此主张小高所休病假不具有合理性，小高则解释称其去上海系进行复诊，去泰国是为了病情康复。对此，本院认为劳动者在病假期间应恪守诚实信用原则，遵医嘱以恢复身体健康为目的安排自己在病假期间的行为。考虑到小高已就其 2018 年 8 月中旬在上海进行复诊提供了支付相关费用的证据，以及泰国与性别置换手术的密切相关性，本院认为小高在病假期间的行为并未违背诚实信用原则，属于遵医嘱以恢复身体健康为目的而安排的行为。据此，当当网公司关于小高存在旷工行为的主张，本院不予采信。

2020 年 1 月 3 日，北京二中院做出终审判决，维持原判第一项继续履行劳动合同，将第二项、第三项的工资分别改判为 14537.3 元、106341.16 元。²⁶

现代社会呈现出愈加丰富多元的趋势，我们总是发现身边出现很多新鲜事，我们又会学着逐渐的去接纳这些新鲜事，除非它威胁到了他人、集体、国家或社会公共利益。也许正是我们对很多新鲜事的包容，才奠定了文明的长远发展和社会的长足进步。我们习惯于按照我们对于生物性别的认识去理解社会，但仍然会有一些人要按照自己的生活体验来表达他们的性别身份，对于这种持续存在的社会表达，往往需要我们重新去审视和认识，这种重新审视和认识或许是一个非常漫长的过程，但确实越来越多的人选择包容，我们也确有必要逐渐转变我们的态度。因为只有我们容忍多元化的生存方式，才能拥有更加丰富的文化观念，才能为法治社会奠定宽容的文化基础，这或许就是有学者指出“社会宽容乃法治之福”的逻辑。我们尊重和保护变性人的人格、尊严及其正当权利，是基于我们对于公民的尊严和权利的珍视，而非我们对于变性进行倡导和推广。公安部治安管理局《关于公民手术变性后变更户口登记性别项目有关问题

图 9：摘自本案二审判决书²⁷
北京市第二中级人民法院 (2019) 京 02 民终 11084 号

3.2 法律与政策存在缺失

3.2.1 性少数群体尚未列入法律与政策规范

假如立法明确规定性少数群体享有平等就业不受歧视的权利，用人单位对歧视的后果有合理预期，上述案件就可能不会发生。

明珏诉青岛萌宝王国教育科技有限公司（幼儿园）劳动争议案，在仲裁阶段有一场从上午 10 点持续到下午 3 点的调解。为了在调解书中写进“同性恋的就业权益受法律保护”，于丽颖律师曾反复争取。她说：“当时他们就这句话反复跟上级领导请示，报告一直送到省一级领导那里，但最终还是不同意。”本案之所以没有把“同性恋的就业权益受法律保护”写进法律文书，是因为现行法律尚无“同性恋”、“性倾向”的内容。

26. 北京市第二中级人民法院 (2019) 京 02 民终 11084 号民事判决书。

27. Voice 站点：法律云沙龙 | 走进当当网跨性别劳动纠纷案 <https://www.voicenews.cn/59110.html>

现行法唯一可以涵盖性少数群体平等就业权的是《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。”其中的“性别”应当涵盖女跨男、男跨女和性别酷儿及其“性别认同”与“性别表达”。“等”字为开放性语汇，可以将性倾向等纳入这一条款所列歧视的种类。

第一章 总 则

第一条 为了促进就业，促进经济发展与扩大就业相协调，促进社会和谐稳定，制定本法。

第二条 国家把扩大就业放在经济社会发展的突出位置，实施积极的就业政策，坚持劳动者自主择业、市场调节就业、政府促进就业的方针，多渠道扩大就业。

第三条 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。

第四条 县级以上人民政府把扩大就业作为经济社会发展的重要目标，纳入国民经济和社会发展规划，并制定促进就业的中长期规划和年度工作计划。

图 10：《中华人民共和国就业促进法》第一章第三条²⁸

3.2.2 无就业歧视定义

迄今为止，中国法尚未界定“歧视”、“就业歧视”等概念，曾多次被联合国消除歧视委员会批评。2006 年，消除对妇女歧视委员会在审议中国提交的报告时，提出对中国的主要关切领域和建议共 27 条。第 1 条：“中国国内立法仍未根据《消除对妇女一切形式歧视公约》第一条对歧视妇女，包括直接和间接歧视做出定义，委员会在以往的结论性意见中已有提及，但 2005 年修订的《妇女权益保障法》中仍没有这一定义。委员会关切缔约国仍未明白做出这一定义的重要性，缺少专门的法律规定，会限制在缔约国充分适用《消除对妇女一切形式歧视公约》对歧视的定义。委员会重申，建议缔约国按照《消除对妇女一切形式歧视公约》的要求，着力理解实质性平等和不歧视的含义，在国内法律中做出对妇女的歧视，包括直接歧视和间接歧视的定义。”

此项批评与建议曾重复多次，2014 年 10 月，联合国消歧公约委员会审议中国提交的履行《消除对妇女一切形式歧视公约》报告的结论性意见中再次提出：“委员会重申它先前的建议 (CEDAW/C/CHN/CO/6, 第 10 段) 并吁请缔约国按照《公约》第 1 条的规定在本国立法中通过关于歧视妇女的全面定义，以确保妇女在生活的各个领域不会受到直接和间接的歧视。”²⁹

28. 中华人民共和国中央人民政府《中华人民共和国就业促进法》

29. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHN%2fCO%2f7-8&Lang=zh, 2016-02-18 访问。

2009年2月9日，在联合国人权理事会普遍定期审议第四届会议上，联合国人权理事会对中国的人权状况进行了3个小时的普遍定期审议，于2月11日发表了工作组对审议撰写的草拟报告书，其中包括了60个国家代表在会议中提出的问题及意见。在中国政府接纳的4条意见中，第1条的第1部分即“将歧视的定义纳入国家法内”（Inscribe a legal definition of discrimination in its national law (Portugal)）。承诺中国会研究此项建议，在适当时候作出回应，并纳入第11届《国际人权公会》（the Human Rights Council）的成果报告内。

就业歧视定义缺位使法官在认定“就业歧视”时无明确的标准可依。在代理小C案时，原告律师不得不列举我国政府于1980年签署并得到全国人大常委会批准的联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》第一条的规定：“为本公约的目的，‘对妇女的歧视’一词指基于性别而作的任何区别，排斥或限制，其影响或其目的均足以妨碍或否认妇女不论已婚未婚在男女平等的基础上认识、享有或行使在政治、经济、社会、文化，公民或任何其他方面的人权和基本自由。”该公约中认定性别歧视的标准：（1）基于性别；（2）有区别，排斥或限制的行为；（3）妨碍妇女享有经济”等各方面的人权和基本自由。虽然此标准十分清晰，但是，中国司法不直接引用人权公约，要求立法机构将人权公约转化为本国法律，才能引用作为裁判依据。在尚未转化之前，律师在法庭上引用，就被法官视为“讲课”。

此外，就业歧视定义缺位，也导致劳动监察及人力资源管理认定就业歧视的标准不明，对于企业的用工自主权缺乏应有的非歧视约束力，管理者对实施就业歧视行为的后果缺乏合理预期。

3.2.3 未诠释“性别”的外延

2017年，笔者以律师身份代理了小C（化名）诉其原单位的就业歧视案（一般人格权纠纷）并获得胜诉。但因立法并无“性别”涵盖跨性别者及其性别表达的诠释，常人将其窄化为男女两性。所以判决书并未认定被告因误解小C为“同性恋”且不肯着女性工装而辞退小C的行为属于“就业性别歧视”。迄今为止，司法尚无据此确认用人单位对同性恋者、跨性别者及其性别表达的排斥行为构成一种就业性别歧视的判例。

3.2.4 无就业歧视案适用的举证规则

2014年11月20日下午，穆易在深圳同性恋亲友会召集人董妈妈的陪同下，一起找到了公司人事李主管。穆易提供的核心证据，便是以下对话录音：

董：把他辞退的原因是不是因为这个视频？
李：这个视频也是一部分小原因，但不是最主要原因。
原告：我那个视频怎么了？
李：可能对你们来讲没什么，但是目前中国很多人的思维还是接受不了。
……
董：主要就是这个视频的影响。
李：对，主要就是这个视频，影响很大。
董：所以说就是公司统一开会，领导决定因为他的视频曝光影响公司形象。
李：对对对……
原告：那你那天把我辞退的时候，你为什么不跟我直接说明这个原因？
李：因为我怕你有很大的反应……反应太大了对他不好，对我也不好，所以我尽量找他各种小理由……

从上述文字来看，原告被辞退的真实原因就是“小红帽”事件视频反映了同性恋的私生活，而被告认为对公司有负面影响。被告对这份证据的真实性、合法性和关联性均不认可。法院认为，“因被告对其不予认可，原告也未能提供其他证据加以佐证，本院无法确认上述对话录音资料是否确为原告与被告工作人员之间所进行，故法院对上述对话录音资料的证明效力不予采信。”

假如现行法有明确的就业歧视侵权案的举证规则，与国际接轨加重雇主方的举证责任，本案就不会如此苛求原告，而是会责令被告提供反证，才能否认录音中李主管声音的真实性。

在小马诉次元公司平等就业权纠纷案中，原告要求被告拿出全部考勤记录作为没有区别对待的证据，但法院默认被告只提供了6位员工的考勤记录。这种苛求原告承担过重的举证责任的做法具有普遍性，源于立法尚无就业歧视举证责任规则。

3.2.5 法律责任形式不明确

在就业领域尚无“赔礼道歉”、“精神损害赔偿”这两种法律责任形式，多数法院认为原告要求被告“赔礼道歉”于法无据。而受害人更重视“赔礼道歉”。小C在接受访谈时说：“其实这个案子钱对于我来说已经不重要，这个案子最后的结果我是希望能拿到对方公司的公开书面道歉，让更多人知道不能以不正当的理由开除员工，每个人都该有平等就业权。”

3.2.6 缺惩罚性赔偿责任

现行法律对于就业歧视的实施者，并无赔偿金的标准。郭晶诉杭州市西湖区东方烹饪职业技能培训学校一般人格权纠纷案，这是国内首例认定招聘阶段性别歧视的判决，一审法院判决被告赔偿原告精神损害抚慰金 2000 元。因其具有开创性而辑入《人民法院案例选》2015 年第 4 辑³⁰。作为指导性判例，使之后的马户诉北京市邮政速递物流有限公司和北京手挽手劳务派遣有限责任公司一般人格权纠纷案、高晓诉广东惠食佳经济发展有限公司和广州市越秀区名豪轩鱼翅大酒楼一般人格权纠纷案、小 C 诉贵阳慈铭健康体检中心有限公司一般人格权纠纷案的精神损害抚慰金均为 2000 元。

自 2019 年 1 月 1 日起实施的新案由“平等就业权纠纷”仍然隶属于一般人格权纠纷。一般人格权指以民事主体全部人格利益为标的的总括性权利，主要包括人格尊严权、自由权和平等权，并由此产生和规定具体人格的基本权利。人格尊严是一般人格权的核心内容，一般适用《中华人民共和国侵权责任法》第六条第一款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”法院对构成侵害人格尊严的要求有的过高，使人格尊严受到损害的没有得到应有的精神损害赔偿。即使支持原告的精神损害赔偿诉求，也低得既不能抚慰受害人身心的创伤，也不能震慑就业歧视的实施方和潜在的侵权人。因为《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（（法释[2001]7 号）第八条规定：“因侵权致人精神损害，但未造成严重后果，受害人请求赔偿精神损害的，一般不予支持，人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。”

目前确定精神损害赔偿数额的标准，是法官根据对受害人精神损害程度的感知，以及对侵权人的过错程度，侵害的手段、场合、行为方式等具体情节，侵权行为所造成的后果，侵权人的获利情况，侵权人承担责任的经济能力，受诉法院所在地平均生活水平等因素的感知，依照自由裁量权，确定具体的赔偿数额。

3.2.7 国家立法规定的劳动监察事项无就业歧视

2015 年 6 月，笔者曾对 75 位劳动监察员进行问卷调查。对于“招聘歧视行为是否属于劳动监察的范围”，回答“是”的有 41 人，占 54.7%；回答“不是”的有 34 人，占 45.3%。有 20.5% 的劳动监察员认为劳动监察部门无权处罚实施就业歧视的招聘单位。因为《劳动保障监察条例》（国务院令[2004]第 423 号）和《关于实施〈劳动保障监察条例〉若干规定》（劳动和社会保障部令[2004]

第 25 号）均未明确规定劳动监察大队的监察事项中有就业歧视，只是涵盖于“法律、法规规定的其他劳动保障监察事项”中。而其他法律也没有明确将就业歧视纳入劳动保障监察事项中。

明珏在接受采访时谈到他于 2019 年 3 月 19 日去当地劳动监察局投诉自己受到就业歧视时被拒的经历和失望的感受，显示出受害人对劳动监察部门的不信任、缺乏隐私保护意识和设施、对投诉事项的推诿。

我那天去崂山区的劳动监察局了，接访人员说我直接去劳动仲裁那边去就可以了，因为关于违法解除和赔偿的事情他们不负责，需要由劳动仲裁来解决。去之前自己心里边儿就觉得去了可能也没有什么用，然后就抱着试试的态度去了。去了以后呢，工作人员在叙述的过程当中就是在一个开放式的办公室内，走来走去都是人。然后自己用比较低的声音叙述完了，结果还被告诉他们根本管不了，直接去找劳动仲裁吧。感觉有点失望。

受害人投诉被拒的经历和失望的心情折射出立法的上述缺失。假如本案不涉及就业歧视，仅仅是普通违法解除劳动合同事项，则属于劳动保障监察事项。

30. 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》，2015 年第 4 辑，人民法院出版社，2016 年 3 月版，第 84—88 页。

第 4 章 完善保障平等就业权立法与政策的可行性

4.1 完善保障平等就业权立法与政策 存在民意基础

目前尚未有法律保护性少数群体在职场免受歧视。政府应当牵头通过国家法律与政策为所有员工提供法律保护，使其避免因性取向、性别认同、性别表达和 / 或性特征而受歧视。性少数群体呼吁立法明确保障其平等就业权，并出台加强培训等政策提升管理者多元性别意识。在 2013 年的中国 LGBT 社群对话大会中，“职场歧视”被作为一个关键议题提出。89% 的性少数受访者渴望权利得到保护，其中赞成法律中应该去除男女二元性别划分的占 63.9%。调查表明，公众的观点正在发生变化，其中大多数受访者（尤其是青年受访者）态度积极，头脑开放。70% 的受访者并不赞同将同性恋视为病态，也不赞同对性少数人群那种基于僵化思维的偏见。非性少数人群的受访者同样赞成制定和实施平权政策，尊重和保护性少数。他们同意，性少数同样应享有各种社会服务及经济权利，包括让他们的同性伴侣同等享受保险福利。超过 80% 的受访者认为，法律应明确表示保护性少数人群的权利。³¹



图 11: 中国 LGBT 社区对话 (2013 年 8 月)³²

31. 吴利娟执笔：北京同志中心承办联合国开发计划署“亚洲同志”项目《中国性少数群体生存状况——基于性倾向、性别认同及性别表达的社会态度调查报告》，2016 年 5 月 17 日发布。

32. 联合国开发计划署，美国国际发展署《“亚洲同志”项目中国国别报告》（2014）

还需要出台政策和组织培训。各组织机构需要就性少数员工非歧视和平等待遇制定并实施正式的政策和争端解决机制。要确保这些政策和机制的合理实施还需要进行培训和提高意识。但是，中国现在缺少这样的政策和培训。政府应与性少数群体、私营部门、雇主和工人组织、媒体以及其他利益相关方进行对话，促进持续合作，从而推动并确保性少数群体的劳动权益得到保护。³³

明珏在接受采访时曾陈述被歧视之痛，表达了他对反歧视法的渴望：

就业歧视这一块就是你作为一个同性恋者，你根本就不能承认，甚至连同性恋这个词都不能说。你要隐藏得特别深，一旦被家长发现的话就可能面临着纠纷，被解雇，甚至可能永远离开这个行业。希望立法能就性倾向，性表达方面的歧视出一个惩罚性的禁令，让所有的单位，特别是公务员、事业编制、教育行业都能树立起社会标杆的作用，引领社会包容多元性别。

跨性别（男跨女）圈姐曾谈及自己对性别多元、包容理念的亲身感悟及其对反歧视法的期待：

如果在法律文书中能承认第三、第四、第五甚至更多的性别，恐怕对于一些社群朋友来说，是非常大的福音。或者说反歧视法的通过，也许能够帮助跨性别人群更好地融入社会，在工作、生活和学习当中取得合法权益。能够去打破世俗观念当中的性别二元化，我觉得是我日常生活的重中之重。希望跨性别社群在争取能见度、反歧视、去病理化道路上越走越顺。

小 C（女跨男）曾憧憬《反就业歧视法》出台后弱势群体就业权得到保障的美好前景：

当我听说孙晓梅在 2015 年人大会上提交《反就业歧视法》议案了，我真是仿佛看到了希望啊！如果这个法能通过，它保障的不仅是我一个人的权益，而是很多弱势群体的就业权呀！

鉴于跨性别者做完性别重置手术时改身份证，改学历等证件经常遇到障碍，其对相关政策的呼声强烈。小高至今未能及时改文凭上的姓名与性别，在胜诉后不得不接受被调岗降薪的安排，憋屈地从事不能施展才华的普通岗位。而小马则在接受采访时道出对便于其改身份证、改学历的期盼：

33. 孙耀东执笔：北京同志中心承办联合国开发计划署“亚洲同志”项目，政策简报《性少数群体在中国的职场经历》，2018 年 11 月发布。

我们希望在改身份证、改学历等各种证件过程中能够少一点坎坷，现在有些跨性别者是在医院开不到证明的。我知道的就有一位在中西部地区她找遍了当地所有的医院都没办法给她开具这个证明，对方医院要求她先给一个证明，证明她以前是男性，才可以给她开证明，证明她现在是女性。她术前没有任何准备，根本就没有办法有术前是男性的证明。因为我自己在杭州的医院是开出证明来的，她就买飞机票直接飞杭州。我是挂了一个很普通的泌尿外科的号，她挂了一个很贵几百块钱的一个专家号，然后当天就开出了这个证明。希望有一些法律条款，可以有一个明确的指向：去哪里、什么流程可以开。另外就是在改各种证明的时候，能够方便一些，明确规定怎么改，要什么材料、什么渠道，这是最要紧的。

4.2 典型判例表明了司法态度

4.2.1 法院宣称对他人的性别认同及性别表达应当予以尊重

在小 C 诉贵阳慈铭健康体检中心有限公司一般人格权纠纷案中，一审判决确认被告辞退原告的理由是原告不按规定着工装。引用《中华人民共和国劳动法》第十二条、《中华人民共和国就业促进法》第三条等反歧视条款，且两次提及“差别对待”，认为被告解除与原告的劳动合同关系不符合《中华人民共和国劳动法》第二十六条的规定，被告对原告进行了差别对待，侵犯了原告平等就业的权利，并且给原告的精神造成一定的损害，遂判决由被告赔偿原告精神损害抚慰金 2000 元（见附件 1：跨性别小 C 被辞退案一审判决书）。

二审判决则开创性地宣称：“本院认为，自然人的人格权是每个公民应当享有的基本的权利，个人的性别认同、性别表达属于一般人格权的保护范围，对他人的性别认同及性别表达应当予以尊重。同时，劳动者就业不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视，应当消除城乡、行业、身份、性别等一切影响平等就业的制度障碍和就业歧视，尊重个人的性别认知和性别表达。不应当因个人性别认知和性别表达，使劳动者在就业过程中受到差别对待。”这起中国跨性别就业歧视第一案的判决表明了司法的积极态度，司法开创性地宣称尊重性少数群体的性别认同及性别表达，为立法奠定了一定的社会基础。

审理小高变性被辞退案的二审法官在判决理由中阐述的以下意见，进一步体现了法官对多元性别的包容、理解、重新认知的积极态度以及对传统文化的检视，诠释了“社会宽容乃法治之福”的逻辑，表达了司法对公民尊严和权利的珍视。

本院认为，现代社会呈现出愈加丰富多元的趋势，我们总是发现身边出现很多新鲜事，我们又会学着逐渐地去接纳这些新鲜事，除非它威胁到了他人、集体、国家或社会公共利益。也许正是我们对很多新鲜事的包容，才奠定了文明的长远发展和社会的长足进步。我们习惯于按照我们对于生物性别的认识去理解社会，但仍然会有一些人要按照自己的生活体验来表达他们的性别身份，对于这种持续存在的社会表达，往往需要我们重新去审视和认识，这种重新审视和认识或许是一个非常漫长的过程，但确实越来越多的人选择包容，我们也确有必要逐渐转变我们的态度。因为只有我们容忍多元化的生存方式，才能拥有更加丰富的文化观念，才能为法治社会奠定宽容的文化基础，这或许就是有学者指出“社会宽容乃法治之福”的逻辑。我们尊重和保护变性人的人格、尊严及其正当权利，是基于我们对于公民的尊严和权利的珍视，而非我们对于变性进行倡导和推广。公安部治安管理局《关于公民手术变性后变更户口登记性别项目有关问题的批复》为变性人在户口登记中进行性别项目变更提供了明确依据、原国家卫生计生委办公厅发布的《性别重置技术管理规范（2017 年版）》则为易性症患者进行性别重置技术提供了医疗技术规范。而如变性人作为劳动者，其就业的权利也应当受到法律保障。根据《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国就业促进法》的规定，劳动者享有平等就业和选择职业的权利；劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视；用人单位招用人员、职业中介机构从事职业中介活动，应当向劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件，不得实施就业歧视。上述法律条文虽然并未明确规定劳动者不因变性而受歧视，但劳动者因为进行性别置换手术而转变性别并获公安机关认可后，其享有平等就业不受歧视的权利，应系其中之义。本案中，当当网公司于 2019 年 7 月 22 日向小高发送的函件中提及了“精神病人发作，其他员工的恐惧、不安和伦理尴尬，如厕问题”等内容，导致小高据此主张受到了当当网公司的就业歧视。在此，本院呼吁并相信当当网公司及其员工能够发扬“开放、平等、协作、快速、分享”的互联网精神，以更加开放、宽容的心态面对小高，在小高能够胜任新岗位的前提下构建和发展和谐稳定的劳动关系。本院亦提示小高要珍惜社会给予的尊重和保护，在维护自身权利的同时不要滥用权利，以更加坦诚、平和的心态面对当当网公司，力争在新的岗位上取得更优异的成绩。

其中强调“上述法律条文虽然并未明确规定劳动者不因变性而受歧视，但劳动者因为进行性别置换手术而转变性别并获公安机关认可后，其享有平等就业不受歧视的权利，应系其中之义。”（见附件 3：小高变性被辞退案二审判决书）。此论断既为小高提起“平等就业权纠纷”奠定了基础，也揭示了司法对立法明确性少数群体享有平等就业不受歧视权利的需求。

二审主审法官窦江涛在接受采访时说：

本案真实的解雇原因是在小高向公司提交了没遮挡的假条之后，被发现做了变性手术。仅仅因为性别变了，就不让她回去上班，法院不给她支持的话，她就想自杀。还会产生反社会、报复社会的倾向。用共情的心理考虑一下，做变性手术需要下多大的决心，花多大的代价？后期长期吃激素还要花很多钱。本身并没有社会危害性，况且还有合法身份——身份证已经改了性别。公司的函提出如厕问题，人家已经变成女的了，上女厕怎么了？

我花了两周时间写判决书，把公司的函全写进去了，其中有歧视，她的权益受到侵犯了。在劳动争议纠纷中，也要认定就业歧视。如果互联网这种先进的公司都不能接纳她，还能指望其他公司接纳吗？她再求职时，新公司做背景调查时会质疑她的文凭中的性别，增加求职的难度，干了好几年，在产品设计部是第一把手，手下有 20 多人呢。她如果再求职可能会从头做起。考虑在新冠病毒疫情期间能保住一份稳定的工作对她有利，所以判决劳动合同继续履行。

窦法官对跨性别者的理解和司法保障平等就业权的使命感，在有先进性别文化的法官中具有代表性。这为相关立法奠定了坚实的社会基础。二审判决否定当当网公司在发给小高的函件中将她视为“精神病人”的歧视性行为符合国际趋势。

2018 年，世界卫生组织发布了《国际疾病分类》，在该分类中，性别认同障碍或性别焦虑症（Gender Identity Disorder / Gender Dysphoria）正式被更名为 Gender Incongruence, 即性别不一致或性别不符，并且将其从精神疾病目录当中删除。这标志该组织对性别认同过程中出现纠结心理状态的去病化。

4.2.2 法院认为同性恋并非精神类疾病

在彭燕辉诉重庆心语飘香心理咨询中心和北京百度网讯科技有限公司侵犯身体权、健康权和一般人格权纠纷案中，北京市海淀区法院做出的一审判决明确认定“同性恋并非精神类疾病”，“同性恋是不能治疗的”（见附件 2：强制矫治同性恋案判决书）。因为 1990 年 5 月 17 日，世界卫生组织已经正式把同性恋从当时的疾病名册中删除，意味着不再视同性恋为任何疾病，同性恋是人类性向中一种正常类别，不需要治疗。世界卫生组织还透过声明呼吁各国政府，强烈反对诊所和医院提供性向治疗，并应立法惩处或制裁提供性向治疗的医疗机构。2001 年，《中国精神障碍分类与

诊断标准第 3 版（CCMD-3）》出版发行，也将同性恋从精神疾病名单中剔除，实现了中国同性恋非病理化。

本案辑入《人民法院案例选》2016 年第 9 辑³⁴中的“案例精析”部分，得到最高法院的肯定。其中“同性恋并非精神类疾病”的判词为政府出台政策，扭转公众，尤其是人事管理者的恐同偏见奠定了基础。



图 12：2014 年彭燕辉案件胜诉后举起一面彩虹旗。³⁵

4.3 中国政府表态积极

2013 年 10 月，中国政府代表团参加联合国人权理事会第二轮普遍定期审议会。在会上，爱尔兰与荷兰在工作组报告（A/HRC/25/5/Add.1）的“结论和 / 或建议部分”就性倾向与性别认同相关议题向中国政府提出了建议。中国政府回应：“中国《劳动法》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。《就业促进法》对反对就业歧视做出较为系统的规定。”



图 13：人权理事会对中国人权状况进行第二轮评估审议³⁶

34. 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》，2016 年第 9 辑，人民法院出版社，2017 年 3 月 1 日出版。
35. SBS 中文：中国首提同性婚姻合法化引公众热议：“让我们感到希望” <https://www.sbs.com.au/chinese/mandarin/zh-hans/audio/china-may-open-the-door-to-same-sex-marriage>
36. 联合国新闻 . <https://news.un.org/zh/story/2013/10/203222>

2014 年，国务院妇女儿童工作委员会办公室副主任牟虹女士在消除对妇女一切形式歧视公约委员会对中国的审议程序中申明：“在中国，任何人都受法律保护，不会因为性倾向被歧视，中国社会对这些人也越来越宽容，也有专门提供研究、服务的组织。政府有关机构也尽力为他们提供方便，比如为相关组织提供注册登记。中国的知名舞蹈家金星在变性以后也提供了身份证的更改。我女儿的同事也是同性恋者，但这丝毫不影响其在事业上的发展。”

尽管《就业促进法》对反对就业歧视并未做出较为系统的规定，且无明确保护性少数群体的规定，但是，中国政府的表态彰显了中国政府反就业歧视的积极态度。这奠定了相关立法的思想基础。

4.4 部分企业已出台对性少数员工的友好政策

已有部分企业主动将维护性少数群体平等就业权、确保工作环境多元、性别友善作为履行企业社会责任的重要组成部分。例如，陶氏化学（中国）投资有限公司、拜耳（中国）有限公司、国际商业机器（中国）有限公司（IBM）等公司对性少数员工的友好政策，包括禁止歧视和伴侣福利等规定。

因为一个对 LGBTIQ 不友好的工作场所意味着 LGBTIQ 员工不能全力以赴地工作，不仅工作满意度下降，而且人才流失率高，进而增加签订或解除劳动合同、职业培训等人力资源管理成本，以及非熟练工在工作效率上的差异。对性少数员工的友好政策提高了 LGBTIQ 员工的忠诚度、全身心投入工作的热情和归属感。同时有助于在全社会营造一种包容、尊重、理解、互助、共享改革开放成果的氛围。

4.5 域外已有可借鉴的立法经验

随着国际社会对性少数群体平等权利关注度的不断提升，许多国家和地区出台了相关法律。例如，2002 年，纽约市修正《城市人权法》，重新定义“性别”，不仅包括实际的或感知到的性，还有“一个人的性别认同，自我形象，外表、行为或表情，不论性别身份、自我形象、外貌、行为或表情不同于传统上与合法性别有关的出生时分配给那个人的性别。”³⁷

欧洲的《2006 年性别平等指令》（Gender Equality Directive of 2006）明确将针对跨性别者的

37. New York,N.Y.,Admin. Code § 8-102(23) (N.Y.Leg.Publ'g Co.2015).

歧视纳入其中³⁷；《欧洲人权公约》（European Convention on Human Rights）第 12 修正案作为对公约第 14 条禁止歧视条款的补充，大大扩展了保护群体的范围，即除了公约中列明的歧视原由之外，也禁止基于性倾向（sexual orientation）和性别认同（gender identity）等的一切与列明理由相当的歧视³⁹。

2009 年，瑞典《反歧视法》（Discrimination Act）明确将跨性别认同和表达（transgender identity or expression）与性别、种族、宗教等并列加以保护⁴⁰。英国 2010 年的《平等法》(Equality Act) 禁止工作场合出现基于性别、年龄或性取向的歧视。之前的《性别歧视（性别转换）规则》对《性别歧视法》加以解释，防止对跨性别者以性别为由在薪金及雇佣待遇和培训方面产生歧视⁴¹。2013 年，法国正式废除了已经施行 200 多年的关于女性穿裤子在大街上构成违法的规定，这与目前很多公司关于员工的分性别的着装规定，包括男性的西服与女性的套裙和高跟鞋，其背后均为性别定型化偏见。新西兰在 1993 年人权法案（Human Rights Act 1993）中明确了禁止基于性别（sex）和性倾向（sexual orientation）的歧视。2015 年，泰国的《性别平等法 B.E.2558》禁止基于性别表达的歧视。

美国国会在 1964 年制定《民权法案》时，“性别”指出生时的性别，当时没有顾及跨性别与同性恋者。1989 年，美国最高法院审理普华永道诉霍普金斯（Price Waterhouse v. Hopkins）案时⁴² 扩大了“性别”的外延。本案的一位女职员霍普金斯业绩卓著，仅仅因为她的上司们认为她的行为举止和穿衣打扮过于男性化，不符合人们对女性的传统印象而在申请晋升合伙人时受阻。美国联邦最高法院对此案的判决将这种情况定义为禁止基于“性别角色刻板印象”（gender role stereotyping）的歧视，认为《民权法案》第七章不仅禁止基于“性别”的歧视，还禁止基于“某人没有表现出其生理性别特质”的歧视。

2008 年，最高法院审理施罗德诉比林顿（Schroer v. Billington）⁴³ 案，原告施罗德（生理男性，跨性别女性）申请成为一名反恐研究专家，雇主承认其能力非常符合工作要求，但认为跨性别女性在接触军方或在国会作证时会“缺乏可靠性”。最高法院不再把针对跨性别者的歧视视为基于“性

38. European Parliament and Council Directive 2006/54/EC of 5 July 2006, on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), 5 July 2006, at Recital 3. 另见，EU Fundamental Rights Agency, Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity: comparative legal analysis (2010 Update), at 21.

39. Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 177) Article 1 – General prohibition of discrimination. 1 The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. 2 No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

40. Chapter 1. Introductory provisions The purpose of the Act Section 1 The purpose of this Act is to combat discrimination and in other ways promote equal rights and opportunities regardless of sex, transgender identity or expression, ethnicity, religion or other belief, disability, sexual orientation or age.

41. 饶志静：《英国反就业歧视法律制度研究》，载《环球法律评论》2008 年第 4 期。

42. Price Waterhouse v. Hopkins 490 U.S. 228 (1989).

43. Schroer v. Billington, 577 F. Supp.2d 293, 308 (D.D.C. 2008).

别角色刻板印象”，而是判定因为跨性别者的跨性别身份而歧视他们就是《民权法案》第七章所禁止的“基于性别的歧视”。之后，很多法院认为《民权法案》第七章可以直接适用于保护跨性别者的性别不驯行为⁴⁴，一些法院进一步指出《民权法案》第七章禁止的“性别歧视”可以涵盖基于性别认同（gender identity）、性别表达（gender expression）和性别转换（gender transition）的歧视⁴⁵。

美国平等就业机会委员会（Equal Employment Opportunity Commission，EEOC）一致宣称：基于跨性别身份的歧视在《民权法案》第七章的性别歧视项下可视为是基于性别认同的歧视，性别歧视有多种多样的形式，包括性别表达不符合传统性别气质；进行了变性手术或正在进行变性手术；不喜欢某雇员自我认同为跨性别等⁴⁶。

2020 年 6 月 15 日，最高法院对 G.R.Harris 殡仪公司上诉联邦平等就业机会委员会（EEOC）的案件做出重大判决。大法官戈萨奇撰写的判决书对雇主因艾米·斯蒂文斯（Aimee Stevens）公开变性人身份于 2013 年予以解雇的行为是否违反《民权法》第七章做出明确认定：“我们今天毫不犹豫地承认了这一立法选择的必然后果：雇主如果仅仅因为同性恋或变性人而解雇一个员工，就违背了法律。”⁴⁷

美国《加州安鲁民权法案》（The California Unruh Civil Rights Act）禁止对性别认同的歧视，该法案将“性别”（sex）界定为包括但不限于个人的社会性别（gender）——即性别、性别认同及性别表达⁴⁸。

2008 年 1 月 16 日，中国台湾地区将其于 2002 年 1 月 16 日公布的《两性工作平等法》，修正更名为《性别工作平等法》，在禁止的差别待遇事由中增加了“性倾向”：“第 7 条雇主对求职者或受雇者之招募、甄试、进用、分发、配置、考绩或升迁等，不得因性别或性倾向而有差别待遇。但工作性质仅适合特定性别者，不在此限。”

周逸人诉马偕纪念医院就业歧视案便适用了《性别工作平等法》。马偕纪念医院主管发现周逸人在装扮尚有强烈女性倾向，上班时穿着全然女性化……及进出使用女厕所，故将其维修工作调整为庶务性质，避免其至一线单位服务招致异样眼光”，且因周逸人不听劝告改变穿着而以“擅自离开工作岗位”为由，不经预告而解雇。法院经审理认为，虽原告擅离工作岗位属实，但被告未依奖惩规则先行惩处程序，亦未给原告陈述解释离开工作岗位之理由机会，在解雇处理上有瑕疵，故审定违反性别工作平等法第 11 条第 1 项规定：“雇主对受雇者之退休、资遣、离职及解雇，不得因性别或性倾向而有差别待遇。”确认性别歧视成立，原告与被告间雇佣关系存在。2012 年 8 月 15 日，



图 13：人权理事会对中国人权状况进行第二轮评估审议⁴⁹

台湾台北地方法院判决被告应补发原告奖金新台币壹万陆仟元，及自 2011 年 8 月 30 日起至清偿日止，按年利率百分之五计算之利息。⁵⁰

周逸人曾于 2011 年 1 月 13 日向台北市政府提出就业歧视申诉，经台北市性别工作平等会仅就“性别歧视”进行审查，而审定性别歧视成立。依《性别工作平等法》第 38 条之 1 规定“雇主违反第七条至第十条、第十一条

第一项、第二项或第十三条第一项后段、第二项规定者，处新台币十万元以上五十万元以下罚鍰。”处以新台币 5 万元罚鍰。

马偕纪念医院对此不服，向台北地方法院提起行政诉讼，要求法院撤销此项行政处罚决定。

2013 年 1 月 2 日，台北地方法院做出判决：周逸人系原告生理性别男性员工，因为其女性着装等行为被解雇，周逸人申诉至台北市劳工局，该局提经“台北市性别工作平等会”裁决原告构成性别歧视。法院经审理确认周逸人在表达性倾向前后，原告“基于性别因素进行差别待遇”。《性别工作平等法》第 31 条规定：“受雇者或求职者于释明差别待遇之事实后，雇主应就差别待遇之非性别、性倾向因素，或该受雇者或求职者所从事工作之特定性别因素，负举证责任。”原告马偕纪念医院未尽举证责任，其诉讼请求被驳回。⁵¹

从上述两个判例来看，这部《性别工作平等法》在保障性少数群体平等就业权方面发挥了作用。

44. 见，Chavez v. Credit Nation Auto Sales, 2016 WL 158820 at *1 (11th Cir. 2016)

45. 见，例如，Glenn v. Brumby, 663 F.3d 1312, 1318–21 (11th Cir. 2011); Doe v. State of Arizona, 2016 WL 1089743, *2 (Mar. 21, 2016)

46. 高文谦：《涉及 LGBT 的反就业歧视法比较研究》，载《反歧视评论第二辑》，法律出版社 2015 年版，第 139 页

47. <https://chineseamerican.org/>, 2020-6-16.

48. 高文谦：《涉及 LGBT 的反就业歧视法比较研究》，载《反歧视评论第二辑》，法律出版社 2015 年版，第 141 页

49. 馬偕解雇跨性別員工周逸人要求恢復工作權 http://gsrat.net/news/newsclipDetail.php?ncdata_id=6552

50. 台湾台北地方法院 100 年度劳诉字第 172 号判决。

51. 台湾台北地方法院 101 年度简字第 164 号判决。

第 5 章 完善保障平等就业权立法与政策的具体建议

联合国 193 个会员国在 2015 年 9 月举行的历史性首脑会议上一致通过了 2030 可持续发展目标，这些目标述及发达国家和发展中国家人民的需求并强调不会落下任何一个人。其中目标 16. 创建和平、包容的社会以促进可持续发展，让所有人都能诉诸司法，在各级建立有效、负责和包容的机构。包括：完善可持续发展的各项政策和法律。

在完善可持续发展的各项法律和政策方面，基于以上研究，项目组提出以下具体建议：

5.1 出台《中华人民共和国反就业歧视法》

这是自 2015 年以来，孙晓梅等多位人大代表、政协委员陆续提出的议案和建议，已被立法机构所接受。依照中国宪法“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”以及“国家尊重和保障人权”的规定，由全国人大常委会制定《中华人民共和国反就业歧视法》，已经在立法机关、主管部门、专家学者和社会公众之间达成了初步共识。且已有历时 10 年打造的专家建议稿。2008 年，以高校学者和人大法工委为主体的专家小组由已故蔡定剑教授牵头起草了《反就业歧视法（专家建议稿）》。之后由刘小楠教授组织专家修改 6 次，参与的专家 76 人（包括笔者），因而在学术界具有权威性。

专家建议稿对就业歧视的定义、适用范围、反就业歧视措施、专门机构平等机会委员会、司法程序、举证规则、法律责任形式⁵²和惩罚性赔偿等拟出了具体条款。足以弥补现行法的缺失。在第三条界定了就业歧视的定义：本法所称就业歧视，是指用人单位基于劳动者与工作能力和职业的内在需要不相关的因素，在就业中做出区别对待，从而取消或损害劳动者平等就业权利的行为。其中“不相关的因素”包括：性别认同、性别表达及性倾向（见附件 4：《反就业歧视法》专家建议稿节选）。

52. 包括行政罚款、行政处分、赔礼道歉、消除影响、复职、民事赔偿等形式。

2005 年全国人大常委会批准的《就业和职业歧视公约》（国际劳工组织 1958 年第 111 号公约），承诺消除一切就业歧视。第一条对歧视做出了界定：

一、为本公约目的，“歧视”一语指：

（甲）基于种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统或社会出身的任何区别、排斥或特惠，其效果为取消或损害就业或职业方面的机会平等或待遇平等；

（乙）有关成员在同雇主代表组织和工人代表组织——如果这种组织存在——以及其他有关机构磋商后可能确定其效果为取消或损害就业或职业方面的机会平等或待遇平等的其他区别、排斥或特惠。

二、基于特殊工作本身的要求的任何区别、排斥或特惠，不应视为歧视。

该公约尽管未明确列举性别认同、性别表达及性倾向，但授权缔约国运用协调劳动关系三方机制予以添加。因为平等就业权是核心劳工标准之一，被称为“工人的基本权利”。中国在批准签署之后，便以此作为国内立法所遵循的准则。

专家建议稿规定增设国家和地方的平等机会委员会，作为反就业歧视工作的专门执行机构，依法独立地开展工作。

专家建议稿确立了就业歧视案适用的特殊证据规则：只要原告有证明被告涉嫌歧视的初步证据或线索，就完成了自己的初步举证责任，举证责任就开始转移给被告。

在法律责任部分，制定精神损害赔偿的标准，应当遵循 3 项原则：（1）考虑对受害人是否能起到抚慰的作用；（2）考虑对加害人是否起到制裁的功能；（3）能否对潜在的侵权人有警示作用。

5.2 人社部出台《关于保障性少数群体平等就业权的通知》

在《反就业歧视法》出台之前，现实急需人社部出台《关于保障性少数群体平等就业权的通知》（以下简称“通知”），以政策的形式禁止针对性少数群体的就业歧视。

5.2.1 对“性别”进行扩展性解释

鉴于性别如同光谱，男性和女性在两端，中间部分取决于染色体和第二性征以及心理认同和性

别表达。美国著名的社交网络 Facebook 脸书，在注册时为用户提供了除男女外 56 种非传统的性别选项。项目组建议“通知”对“性别”进行扩展性解释，至少涵盖间性人、跨性别者及其性别表达。

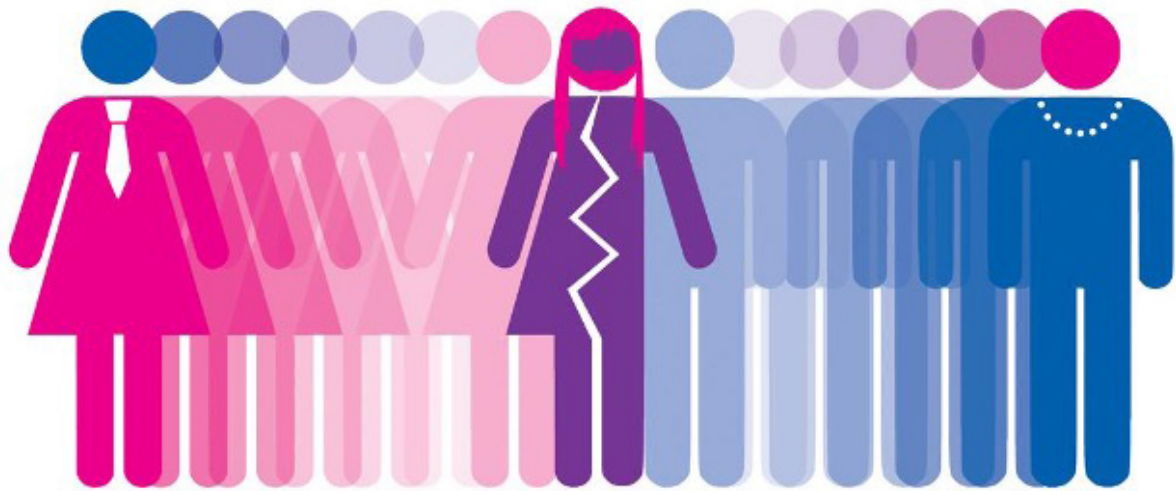


图 15：性别光谱示意图

5.2.2 界定针对性少数群体就业歧视的认定标准

“通知”可以借鉴中国香港特别行政区的《性别歧视条例》第八条中的“若非因”判断标准，界定针对性少数群体就业歧视的认定标准，规定若非因其为性少数群体（LGBTIQ）中的一员，就不会采取区别对待行为。只要用人单位对求职者、员工实施的这种区别对待行为是基于劳动者与工作态度、能力和职业的内在需要不相关的因素，例如性别认同、性别表达及性倾向等，不论行为主观上是否有基于就业歧视的故意，在客观上已有取消或损害劳动者平等就业权利的结果，例如，被拒录、被降职、被减薪、被辞退或者被迫辞职，等等，就构成对其的就业歧视。

从前述小马诉次元公司平等就业权纠纷案的判决可见，法官习惯于按照审理劳动争议的思路，在确认原告存在迟到等严重违纪行为之后，就维护公司在员工违纪时的用工自主权，而不再审查公司辞退员工的真实理由（小马做了性别重置手术）及其是否存在不公平的区别对待。因此，立法应当界定混合动机歧视（mixed motive discrimination）。所谓混合动机歧视，即用人单位在做某项决定时，同时具有合法性与违法性双重动机。只要有歧视的因素存在，就算辞退原告有其他合法的根据，也不影响对歧视的认定。

2019 年 11 月 26 日，杭州互联网法院宣判的一起平等就业权纠纷涉及“混合动机歧视”。一位来自河南的闫 ×× 到被告公司应聘，该公司不愿意招录河南人，并且要求员工应当有工作经验。虽然闫 ×× 即使不是河南人也不符合公司要求员工有工作经验的标准，但公司拒录她是基于

“河南人”和“无工作经验”两个混合动机，这仍然构成了歧视。因此该法院判决被告于本判决生效之日起十日内，赔偿原告闫 ×× 精神抚慰金及合理维权费用损失共计 10000 元（精神抚慰金 9000 元）；向原告闫 ×× 进行口头道歉并在《法制日报》公开登报赔礼道歉（道歉声明的内容须经本院审核）。⁵³

5.2.3 明确劳动监察部门的职责

“通知”将就业歧视列入劳动监察事项，明确劳动监察部门的职责集中于受理劳动者投诉和举报、及时调查、尽量保护投诉和举报人、对就业歧视行为依法及时地妥善处理。例如，劳动监察部门发现某用人单位因为员工正在计划或已经进行性别转换而辞退她 / 他，便及时介入，在核实事实之后，责令该单位撤销辞退决定，双方继续履行劳动合同。

当有人投诉所在单位因为员工的同性恋身份而拒绝给予晋升机会，劳动监察部门受理后及时调查取证，要求该单位陈述与性倾向无关的正当理由，在认定该单位并无正当理由之后，责令该单位改正此类就业歧视行为。

对于拒绝改正就业歧视行为的单位，劳动监察部门有权依法给予行政处罚，并纳入失信惩戒系统予以公示。

5.2.4 健全联合约谈机制

在针对就业性别歧视领域，工会、妇联与人社部门运用联合约谈机制已经取得了显著效果。“通知”可以授权工会、妇联、性少数组织有权约谈涉嫌就业歧视的用人单位。例如，发现某单位因为应聘者是一名跨性别女性而拒绝录用她，工会、妇联、性少数组织可以联合劳动监察部门，共同约谈该单位，帮助招聘主管认知就业歧视及其后果，及时纠正这种就业歧视行为。对于拒绝约谈或者约谈后拒不改正就业歧视行为的单位，由劳动监察部门依法给予行政处罚，并纳入失信惩戒系统予以公示。

5.2.5 鼓励用人单位实施对性少数员工的友好政策

现实中已有公司做出良好实践，不仅禁止对所有人的就业歧视，提供多元性别教育和包容性培训，而且为性少数员工提供晋升通道，设置无性别厕所、为性少数员工的同居伴侣提供产假、健康

53. 浙江省杭州市互联网法院（2019）浙 0192 民初 6405 号民事判决书。

保险等福利。这些对性少数员工的友好政策已经带来经济和社会效益形成良性循环，值得推广。项目组建议“通知”对这些先进企业在财税优惠政策、政府采购等方面予以鼓励。

5.2.6 加强平等就业培训，提升性别多元意识

专家辅助证人刘小楠教授在小马案一审中，听到被告的一个问题：“跨性别和正常人迟到都开除，是否是对跨性别的歧视？”刘小楠当场予以矫正：跨性别对应的用词是顺性别，两者都是正常人，“跨性别”与“正常人”不能并举。可见，现实需要更多的性别多元培训。

“相较于在地方组织和公立机构工作的性少数群体而言，在国际组织和私营机构工作的性少数群体中有更多的员工表示，他们目前的工作单位提供关于性少数问题意识的培训，以及他们目前的单位明确指出性少数员工应受到平等对待。”⁵⁴ 考虑中国多数管理者缺乏性别多元意识以及对就业歧视的认知，项目组建议“通知”规定相关的职业培训，包括培训资质、培训内容、经费补贴和验收标准等细则。

综上所述，为了解决性少数群体遭受严重的就业性别歧视的社会问题，借鉴域外的经验完善相关法律与政策，项目组建议将全国人大常委会出台《反就业歧视法》作为远期目标，将人社部出台《关于保障性少数群体平等就业权的通知》作为近期目标。通过完善立法与政策以确保消除基于性倾向、性别认同及性别表达的歧视，保障性少数群体的平等就业权和人格尊严不受侵犯，进而实现中国政府关于 2030 年可持续发展目标“不让任何人落伍”的承诺。这符合联合国的要求与中国政府的施政方针，也符合现实的迫切需求及国情民意。性少数群体呼吁立法明确保障其平等就业权，并出台加强培训等政策提升管理者多元性别意识。满足此项需求将产生显著的经济效益和社会效益。

附录：

附件 1：跨性别小 C 被辞退案一审判决书；

附件 2：强制矫治同性恋案判决书；

附件 3：小高变性被辞退案二审判决书；

附件 4：2017 年《反就业歧视法》（专家建议稿）。

54. 孙耀东执笔：北京同志中心承办联合国开发计划署“亚洲同志”项目，政策简报《性少数群体在中国的职场经历》，2018 年 11 月发布。

贵州省贵阳市云岩区人民法院

民事判决书

（2016）黔 0103 民初 2174 号

原告刘浏，女，1988 年 1 月 31 日生，汉族，住贵阳市南明区延安南路 178 号 2 单元 32 层 3 号。

委托代理人王永梅，北京市华一律师事务所律师，刘明辉，北京市道融律师事务所律师。

被告贵阳慈铭健康体检中心有限公司，地址：贵阳市云岩区恒峰步行街 A、B 层，法定代表人：汪铭。

委托代理人胡祖飞、彭洁，贵州慧原律师事务所律师。

原告刘浏诉被告贵阳慈铭健康体检中心有限公司一般人格权纠纷一案，本院受理后，依法组成合议庭公开开庭进行了审理。原告及其委托代理人王永梅、刘明辉，被告贵阳慈铭健康体检中有限公司及其委托代理人彭洁到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告刘浏诉称，原告于 2015 年 4 月 21 日入职被告公司担任销售职位，4 月 29 日，被告以原告不着工装，穿着和举止男性化有问题将影响公司形象为由，将原告辞退，还说原告是同性恋。令原告的人格尊严受损。原告自从被辞退后一直没有找到工作，情绪低落、沮丧、失眠。其受歧视、遭排挤的心理阴影难以消除。原告认为被告的行为违法，已构成侵权。不仅违反了宪法规定的平等原则，而且违反了《劳动法》、《就业促进法》、和《妇女权益保障法》多部法律。

2004 年，《中华人民共和国宪法修正案》增加规定：“国家尊重和保障人权”被告的行为侵犯了原告平等的就业权，同时也践踏原告的人格尊严。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十四条和《中华人民共和国侵权责任法》第十五条以及《最高人民法院关于确定民事侵权责任精神损害赔偿若干问题的解释》第八条之规定，被告应当向原告赔礼道歉并赔偿精神损失。

现依据《就业促进法》第六十二条之规定：“违反本规定，实施就业歧视的，劳动者可以向人民法院提起诉讼。”原告向法院提起诉讼维护自己的平等就业权和人格尊严，请求判令：一、被告向原告以书面形式公开赔礼道歉；二、被告赔偿原告精神损害抚慰金人民币 5 万元；三、本案诉讼费由被告承担。

被告贵阳慈铭健康体检中心有限公司辩称，1、原告的起诉没有事实和法律依据，应当驳回。被告从未对原告有任何歧视的行为，原告认为自己被歧视是原告单方面的臆想，原告与被告之间的

劳动争议纠纷已有生效的法律文书所确认，辞退原告的理由也并非是对其性别的歧视，原告在被告录用到公司后，其在试用期内并不符合公司的标准和条件，公司有选择员工的权利和自由，但被告从未歧视原告，反而是原告多次对被告进行有目的诱导性的纠缠。根据相关规定，用人单位有权根据自身的需求选择合适的员工，原告之所以不被录用原因是多方面的，但未涉及对其本人的任何歧视，原告所陈述其跨性别的身份是其自称的，被告未公开或非公开地宣扬或表态。2、原被告之间的纠纷已经得到彻底的解决，被告不应再对其承担任何赔偿责任，双方的争议是因为劳动关系引起的，应该适用劳动法等相关法律进行处理，已经有生效文书进行确认，不当适用侵权责任法的规定解决本纠纷，原告的起诉违反了一事不再理的原则，请求驳回原告起诉。

原告就其主张提交以下证据，并申请证人及专家证人出庭作证。

证据 1 2015 年 4 月 29 日刘浏与杨伦之间的录音及文字整理。

证据 2 2015 年 4 月 29 日刘浏与杨伦之间的录音及文字整理。

证据 3 2015 年 4 月 29 日刘浏与杨伦、朱堂堂录音及文字整理。

证据 4 云岩区劳动人事争议仲裁委员会庭审笔录（2016 年 4 月 11 日）复印件一份。

证据 5 云岩区劳动人事争议仲裁委员会庭审笔录（2016 年 4 月 29 日）复印件一份。

证据 6《新闻追踪》对本案的采访报道，证明金玉萍表明辞退原告理由是：不着工装，违反了规章制度，因此被辞退。

证据 7 专家意见书原件一份。

证人心理咨询师周林柯出庭作证，证实原告被被告辞退后原告的心理和情绪方面出现了问题，证人周林柯通过面谈及电话交流的方式对原告进行心理疏导。这件事对原告心理影响很大的，她也经常质疑自己的价值，有些焦虑，可能因为公司或者媒体的言论对她影响还是很大，甚至还有轻生的想法，虽然有心理疏导，但是原告还是有些抑郁的状态。专家证人何霞介绍了歧视及间接歧视的相关内容。

被告的质证意见如下：证据 1、2、3 合法性、真实性和关联性有异议，录音都是在当事人不知晓的情况下多次长时间有诱导、有预谋的录音，证据来源不合法。该录音的内容只能代表员工的个人意见和看法，不能够代表公司的意见。在原告的证明事实中明确是杨伦转述金玉萍的观点，其转述的真实性是存在疑问的，公司也从未授权任何人对本案原告的性别或其人格做出评判，该证据达不到原告的证明目的。证据 4、5 因其提供的是复印件，不予质证。证据 6 媒体的报道并不能作为

认定本案客观事实的依据或证据，其所谓的报道仅能代表受采访者的本人意见与本案被告无关，请法庭不予采信。证据 7 已经过法院规定的举证期限，该证据不作为本案证据使用。专家意见只是专家个人表达对相关东西的意见，并不是具有指导意义的审判判例，该证据与本案没有关联性。

被告就其主张提交了以下证据：

证据 1 民事判决书一份，证明在该生效判决中已经认定原告与被告解除劳动关系并不是由于被告对其跨性别身份的歧视。原被告直接的争议系劳动争议纠纷，该案已经生效的判决书予以确认，原告的起诉没有事实依据和法律依据。

原告的质证意见如下：证据 1 真实性和合法性无异议，在判决书中并没有当然否定被告对原告跨性别身份的歧视，不能就这段事实做出判定，才没有对歧视做出判定，被告主管金玉萍说原告不着工装就是一种性别歧视，不符合一事不再理的原则。

本院根据原被告的陈述以及本院确认的有效证据认定以下事实：

经审理查明，原告诉被告劳动争议纠纷一案本院于 2016 年 12 月 18 日作出了（2016）黔 0103 民初 2811 号民事判决，判令：一、贵阳慈铭健康体检中心有限公司于本判决生效之日起十日内支付刘浏工资 483 元、经济赔偿金 1500 元；二、驳回刘浏的其余诉讼请求。本判决已生效。该判决认定被告违反劳动合同法的规定解除与原告劳动关系应按照经济补偿金的两倍向原告支付赔偿金，对原告认为被告解除与原告劳动关系系被告对其跨性别身份歧视的主张，不予认定。

原告经被告员工杨伦介绍于 2015 年 4 月 21 日与被告建立正式的劳动合同关系并从事销售工作，被告于 2015 年 4 月 29 日通过杨伦口头通知辞退原告。被告单位员工金玉萍在接受媒体采访时明确表示辞退原告的理由是原告不按照规定着工装，被告在庭审时表示辞退原告的理由是被告不认可原告的综合能力。原告在应聘时及与被告建立劳动合同关系之后均是穿着男装。被告从未向原告提供过工装。

本院认为，劳动者依法享有平等就业权和自主择业的权利。劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。

关于劳动者平等就业权和用人单位的用工自主权问题。法律同时赋予了劳动者依法享有平等就业权利及用人单位的用工自主权，用人单位行使的用工自主权必须严格依法进行，不得侵犯劳动者依法享有平等就业权，必须与劳动者依法享有平等就业权相适应，即劳动者不分民族、种族、性别、宗教信仰等享有平等就业的权利，用人单位不能因为劳动者的不同而差别对待。根据《中华人民共和国劳动法》第二十六条的规定“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。”中明确了劳动者与用人单位建立了劳动合同关系之后用人单位行使用工自主权受到了严格限制的，必须存在劳动者不能胜任工作且经过培训之后仍不能胜任工作等情况下，用人单位才行使用工自主权，即劳动合同的解除权。保障劳动者平等就业的权利不仅是法律的要求，同样表明了社会的进步，也是文明社会所倡导的。

关于被告解除与原告劳动合同关系原因的举证责任分配的问题。本案中被告是否侵犯了原告平等就业的权利关键在于被告因何解除与原告的劳动合同关系，如果被告解除与原告的劳动合同关系不符合《中华人民共和国劳动法》第二十六条的规定，被告就对原告进行了差别对待，对原告的平等就业权造成了侵犯。本院认为被告解除与原告的劳动合同关系原因的举证责任应当分配给被告，理由如下：1、被告解除劳动合同的真实原因只有被告自己知晓，原告作为被解除劳动合同的一方处于被支配的地位，无法知晓被告内心的真实想法；2、被告解除与原告的劳动合同关系依法只能在原告不能胜任原告所从事的销售工作的情况下才能解除劳动合同，被告在解除与原告的劳动合同时应该举证证实原告不能胜任工作的事实，3、如果将该举证责任分配给原告将造成原告事实上的举证不能，给劳动者维护自身合法权益设置了障碍，不利于保护劳动者的合法权益，不利于社会的进步。

被告单位员工金玉萍在接受媒体采访中表示被告解除与原告的劳动合同关系的理由是原告未按照规定穿着工装，原告在庭审中明确表示原告在被告单位工作仅九天，被告并未向原告配发工装，庭审中被告未反驳，也未提交相应证据证实向原告提供了工装，本院认定被告未向原告提供工装，故认定被告在未向原告提供工装的情况下以原告不按照规定着工装为理由解除合同的理由不成立。被告在庭审中表示解除与原告的劳动合同关系是因为被告对原告综合能力不认可，根据《中华人民共和国劳动法》第二十六条第（二）项的规定“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：（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；”被告应该举证证实原告不能胜任销售工作的事实，如果原告确实不能胜任销售工作并经培训或调整工作岗位后仍不能胜任的情况才能解除与原告的劳动合同关系，从被告提交的证据来看，被告未能举证证实原告不能胜任销售工作，也未举证证实对原告进行了培训和岗位调整后原告仍不能胜任工作的证据，故本院不采纳被告因原告不能胜任销售工作而解除劳动合同的理由。

被告在没有合理理由的情况下解除与原告的劳动合同关系，侵犯了原告平等就业的权利，造成

了原告社会评价降低，名誉受损，同时会造成原告自信心受挫，情绪低落，自我否定，给原告的精神造成一定的损害。被告无正当理由解除与原告的劳动合同关系的侵权行为确实对原告的身心造成了一定损害，综合考虑本案的实际情况，酌定由被告赔偿原告精神抚慰金 2000 元为宜。原告要求被告以书面形式公开赔礼道歉的请求，依据不足，本院不予支持。

关于原被告之间劳动争议纠纷一案，已由法院判决并生效，原告能否提起此次一般人格权纠纷一案。本院认为原告在提起劳动争议纠纷一案后有权再提起一般人格权纠纷一案，理由如下：一、原告提起的两次诉讼，一个属于劳动争议案件，一个属于一般人格权纠纷，两个案件属于不同的法律关系。二、在法律没有明确规定原告必须在提起劳动争议案件时必须一并提起一般人格权纠纷的情况下，原告有权选择分别提起诉讼。

据此，根据《中华人民共和国劳动法》第三条第一款“劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。”、第十二条“劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。”、第二十六条的规定“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。”《中华人民共和国就业促进法》第三条“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。”、《中华人民共和国侵权责任法》第二条“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”第十五条“第十五条承担侵权责任的方式主要有：（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）赔偿损失；（七）赔礼道歉；（八）消除影响、恢复名誉。以上承担侵权责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。”、《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第八条“因侵权致人精神损害，但未造成严重后果，受害人请求赔偿精神损害的，一般不予支持，人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。因侵权致人精神损害，造成严重后果的，人民法院除判令侵权人承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外，可以根据受害人一方的请求判令其赔偿相应的精神损害抚慰金。”第十条“精神损害的赔偿数额根据以下因素确定：（一）侵权人的过错程度，法律

另有规定的除外；（二）侵害的手段、场合、行为方式等具体情节；（三）侵权行为所造成的后果；（四）侵权人的获利情况；（五）侵权人承担责任的经济能力；（六）受诉法院所在地平均生活水平。法律、行政法规对残疾赔偿金、死亡赔偿金等有明确规定的，适用法律、行政法规的规定。”、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条：“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，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果”之规定，判决如下：

一、被告贵阳慈铭健康体检中心有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告刘浏精神损害抚慰金人民币 2000 元；

二、驳回原告刘浏的其余诉讼请求。

如果未按照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》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 300 元，由被告贵阳慈铭健康体检中心有限公司负担（该款原告已预交，被告在履行本判决时一并支付给原告）。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于贵州省贵阳市中级人民法院。

本件与原本核对无异

审 判 长 王 先 伟
审 判 员 袁 琴
代 理 审 判 员 班 亚 飞
二〇一七年七月二十六日
书 记 员 甘 露

彭燕辉诉重庆心语飘香心理咨询中心等侵犯身体权、 健康权和一般人格权纠纷案

审理法院： 北京市海淀区人民法院

案 号： （2014）海民初字第 16680 号

案 由： 一般人格权纠纷

裁判日期： 2014 年 12 月 18 日

北京市海淀区人民法院 民事判决书

（2014）海民初字第 16680 号

编写人

北京市海淀区人民法院 王宏丞 王 肖

责任编辑

陈 敏

审稿人

蒋惠岭

问题提示

侵犯一般人格权的认定

案件索引

2014-12-19| 北京市海淀区人民法院 | 一审 | （2014）海民初字第 16680 号 |

裁判要旨

1. 对侵犯一般人格权的认定应符合侵权责任的基本构成要件，被侵权人即一般人格权的权利主体应限为自然人，且应当是确定的、具体的自然人，而不能被扩展至泛指某个群体。原告主体的

特殊性和其要求法院确认对同性恋治疗侵犯一般人格权的诉讼请求，使其诉讼目的并不局限于个案，法院对此类侵权的认定需特别审慎，避免扩大适用范围。

2. 因侵权行为致人精神损害，但未造成严重后果，可不支持受害人的损害赔偿请求，但可以判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。

3. 网络服务提供者与网络用户承担连带责任的前提是知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益且未采取必要措施。

关键词

同性恋 一般人格权 精神损害赔偿

基本案情

原告彭燕辉诉称：自己是同性恋者，2013 年 8 月，原告在被告北京百度网讯科技有限公司（以下简称百度公司）经营的百度网输人“同性恋”“同性恋治疗”“同性恋矫正”，第一条搜索结果均为重庆心语飘香心理咨询中心（以下简称心语中心）关于“矫正治疗同性恋”的商业推广广告。2014 年 2 月 8 日，原告到心语中心进行咨询，该中心承诺一次性缴费 3 万元可治好“同性恋”，之后对原告进行催眠和电击治疗，原告的身体遭受了伤害，并未有任何治疗效果。原告通过咨询专家和搜索法律规定得知，同性恋不是病，不能被治疗，更无需被矫正。心语中心所谓“矫正治疗同性恋”属于非法医疗行为，且超出其经营范围。其商业推广广告是虚假宣传，其实施的电击治疗行为侵犯了原告的身体权、健康权和一般人格权，给原告造成了身体和精神伤害。而百度公司作为广告发布者，通过商业推广违规发布该虚假广告，散播同性恋是疾病、需要被治疗和矫正的信息，使原告的自尊心和精神受到极大打击。故诉至法院，请求判令二被告在各自的官方网站对原告公开赔礼道歉；连带赔偿精神损害抚慰金 1 万元，并赔偿治疗费、交通费、误工费共计 4299 元。

原告对其诉称提交以下证据：（2013）京国信内民证字第 07881 号公证书、交费收据、机票、录音内容。

被告心语中心辩称：该中心的治疗行为仅是帮助不认同自己性取向的人群，并非歧视同性恋群体；原告到该中心进行同性恋心理和治疗咨询时，中心向原告介绍了治疗项目和价格，阐明咨询和治疗均为自愿，并未承诺治愈，系原告自己要求对其进行电击治疗，之后要求中心向其出具“同性恋治疗”的收据，被拒绝后其要求写明“同性矫正”，表示需向父母交代。故该中心系应原告要求对其进行心理疏导，没有非法治疗和经营行为，不同意原告的诉讼请求。

被告百度公司辩称：百度推广是搜索引擎服务，仅提供链接，并不干预第三方网站的具体内容，

客户自行选择关键词上线时，百度只根据相关要求进行自动过滤，本案“同性恋治疗”等并非我国法律法规所禁止发布的词汇，百度公司对此无法进行事前审核；心语中心提供了营业执照等资质证明，百度公司已经履行了相应的注意义务，且在接到本案诉状后及时采取了相应措施。原告先公证后接受咨询治疗，其并非出于消费目的进行心理咨询，其身份不是消费者，不应适用《消费者权益保护法》的相关规定；原告未提供证据证明其通过百度搜索引擎搜索到相关信息和推广服务与其接受心语中心咨询和治疗之间存在关联，亦未提交证据证明上述行为有损害后果，故不同意原告的全部诉讼请求。

法院经审理查明：原告于 2013 年 12 月申请公证机关公证，公证书显示原告登陆百度网搜索“同性恋治疗”，排列搜索结果第一项为心语中心的网站链接和电话，有信誉等级的“V”和“百度推广”标志，内容为“专业同性恋治疗，我们了解、关爱、疏导”，“同性恋治疗——了解、关爱、疏导、矫正是我们的理念，自愿是你们的态度，成功才是必然”。点击进入该网站，大标题为“心语飘香心理咨询同性恋专业矫正中心”，网站显示的相关内容有“同性恋矫正”，其中该中心主任、高级心理咨询师姜某的文章《关于性取向临床矫正报告》中称矫正过程分为五个阶段，其中包括采用“电击厌恶治疗”。公证时输入“淡蓝”进行搜索，亦出现同性恋心理治疗的内容，第一条搜索结果亦为心语中心网站的链接。原告认为百度公司对推广广告的内容应当尽到谨慎审查义务，企业购买关键词应符合国家法律法规的规定。

2014 年 2 月 8 日，原告到心语中心咨询治疗事宜，原告对该过程进行了录音。该中心主任姜某表示同性恋能够成功治愈，并向原告介绍催眠和电击治疗方式；经原告提出，姜某同意对原告进行浅催眠并尝试电击，姜某告知原告电击不会对身体造成伤害，治疗仪的电力仅有两节干电池。双方议价确定咨询费为 500 元，该中心为原告开具项目为“同性恋矫正”的收据。后姜某用治疗仪电击原告手臂，原告发出惊叫并有身体弹跳反应。姜某称每次治疗需电击三到四次，原告表示电击时有疼痛感且心跳很快。原告询问姜某的职业资质，姜某表示只是一般性的心理咨询。原告认为心语中心称可对同性恋进行矫正是对同性恋性取向的侮辱，侵犯其人格权；心语中心实施的电击行为使其在治疗后经常做噩梦、精力不集中、记忆力减退，对其精神和身体造成损害，侵犯其身体权和健康权。

关于电击治疗是否会对原告造成身体伤害，心语中心表示其使用的治疗仪并非医用，只是咨询师使用的轻度厌恶刺激仪，不会对人体造成伤害。百度公司认为录音中原告在接受电击治疗后尚对心语中心的资质和其后的治疗方法等进行询问，其语言表达和思维均十分正常，不存在其所称身心损伤的后果。原告表示损害后果在治疗后才显现，且始终持续。

关于先公证后接受咨询治疗以及将治疗过程进行录音的原因，经法庭询问，原告表示其对同性

恋能否矫正存疑，故在接受咨询之前进行了公证，而其之前从未在心理咨询机构接触过催眠和电击治疗，录音是为保存证据以防万一。

另，原告提交了心语中心的工商信息查询资料，显示心语中心的营业范围为心理咨询；心语中心提交了姜某的高级心理咨询师证书，但经审核该证书编号不符合证书编码规则，经向发证机关国家人力资源和社会保障部职业技能鉴定中心核实，未查到相关信息，且该中心表示从未开展过高级心理咨询师的认证。

裁判结果

北京市海淀区人民法院于 2014 年 12 月 19 日作出（2014）海民初字第 16680 号民事判决：一、本判决生效后十日内，被告重庆心语飘香心理咨询中心在其经营的网站首页就其针对专业治疗同性恋的虚假宣传，以及超出咨询范围对原告彭燕辉进行治疗的行为公开赔礼道歉，致歉内容需持续 48 小时（如该中心不能履行上述义务，本院将在全国发行的心理类报刊公开本判决主要内容，费用由该中心负担）；二、被告重庆心语飘香心理咨询中心赔偿原告彭燕辉经济损失 3500 元，于本判决生效后 10 日内给付；三、驳回原告彭燕辉对被告重庆心语飘香心理咨询中心的其他诉讼请求；四、驳回原告彭燕辉对被告北京百度网讯科技有限公司的全部诉讼请求。案件受理费 75 元，由被告重庆心语飘香心理咨询中心负担。

三方当事人均未上诉，一审判决已发生法律效力。

法院认为

法院生效裁判认为：身体权和健康权均为人格权益。健康权是指自然人依法享有的保持身体机能正常和维护健康利益的权利。身体权指自然人保持其身体组织完整并可以支配，不受不法侵犯的权利。我国法律和相关司法解释规定侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿由此造成的损失。因侵权致人精神损害，但未造成严重后果，人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。

心语中心在原告咨询时，未明确告知原告电击可能带来的刺激和伤害，也未签订知情告知书，侵害了原告对所接受服务的知情权。该中心违反《精神卫生法》中心“心理咨询人员不得从事心理治疗或者精神障碍的诊断、治疗”的相关规定，借助相关仪器进行治疗，超出其经营范围，其行为存在过错。现原告虽无证据证实心语中心实施的电击行为对其身体、健康造成损害，但因该中心未事先明示催眠和电击可能给原告带来刺激等不利效果，本院认定该行为会对原告的精神造成一定程度的损害，虽未达到需要进行精神损害赔偿予以抚慰的程度，但原告要求该中心赔礼道歉的诉讼请求，符合相关法律规定，予以支持。

心语中心在网站宣传使用“专业治疗同性恋”的用语和相关文章，并在百度购买同类搜索关键词以吸引用户。其行为违反消费者权益保护法和侵权责任法的相关规定，属虚假宣传，并致使原告作为网络信息服务的消费者的合法权益受到损害，误导其前去治疗，造成诊疗费、交通费等财产损失，心语中心对此应予赔偿，但原告未提交证据证明其存在误工损失，故对此项诉讼请求，不予支持。

原告所诉一般人格权指以民事主体全部人格利益为标的的总括性权利，主要包括人格尊严权、自由权和平等权，并由此产生和规定具体人格的基本权利。其权利主体具有普遍性，权利客体具有高度概括性，权利内容具有广泛性。原告认为心语中心宣传同性恋可以被矫正治疗，系对其人格尊严的侮辱，侵犯了其一般人格权。对此，法院认为，心语中心在其网站宣传“专业治疗同性恋”的行为固然存在不当之处，但相关宣传并非针对原告本人，并未对原告作为具体个体的人格尊严造成损害。原告公证后就诊的行为显示其属自愿就诊，并具有一定目的性，其亦未举证证明在具体诊疗过程中存在人格尊严受到侵犯的情形，故对原告的该项权利主张不予支持。

《侵权责任法》规定网络服务提供者承担连带责任的前提是明知网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益而未采取及时必要措施进行处理。本案证据证实百度公司要求心语中心提交了营业执照等相关资质材料，上述材料经初步判断为可以开展心理咨询服务，百度公司亦无法对该中心实际的经营行为进行监督。百度推广服务虽具有一定广告性质，但鉴于同性恋是否为精神疾病、能否被治愈等问题尚需普及和被公众认知，百度公司事前难以认识到该关键词的选取存在不当之处，接到本案诉状后亦停止对该系列关键词的推广使用，可以认定百度公司对心语中心的审查已尽到了相应的注意义务，亦采取了必要的处理措施。原告要求百度公司与心语中心共同承担侵权责任的诉讼请求没有法律依据，不予支持。

案例评析

本案争议焦点有三：一是原告能否以一般人格权作为请求权基础，要求确认宣传治疗同性恋构成侵权；二是心语中心的行为是否构成侵权，是否应当赔偿原告损失；三是百度公司提供搜索推广服务，是否应当承担赔偿责任。

一、对侵犯一般人格权的认定应符合侵权责任的基本构成要件，被侵权人即一般人格权的权利主体应当是确定的、具体的自然人，而不应被扩展至泛指某个群体

在我国，对一般人格权的内涵和外延尚未形成一致意见，《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第一条规定：“自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：（一）生命权、健康权、身体权；（二）姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；（三）人格尊严权、人身自由权。”“违反社会公共利益、社

会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”其中的“人格尊严权、人身自由权”以及“其他人格利益”被许多专家学者认为是一般人格权的法律依据，即一般人格权是以保护人格尊严、人身自由等为内容的未明确在具体人格权中的高度概括性的一种权利。本案中，原告以心语中心宣传“治疗同性恋”对其人格尊严造成侮辱为由，以一般人格权为权利基础，提出了认定侵权并予以赔偿的诉请。

人格尊严被侵犯的案件，是一般人格权侵权类型中最典型与常见的一种。认定人格尊严是否被侵犯，应当满足一般侵权责任的构成要件，即存在侵权行为、侵权人具有过错、发生了损害结果、侵权行为与损害后果之间存在因果关系。而在本案中，原告无法举证证明其在接受咨询、治疗过程中存在人格尊严受到侵害的具体情形，即无法举证证明侵权行为的实际存在；而其认为心语中心宣传“治疗同性恋”即对其人格尊严造成侮辱，但事实上心语中心的宣传所指向的对象是同性恋群体，具有广泛性和不确定性，并不针对特定个人，若因本案原告属于该群体一员而当然地将泛指的宣传行为聚焦至个案，视为针对本案原告的具体侵权行为，显然不具合理性。

因此，被侵权人的权利主体（包括一般人格权的权利主体）应当是确定的、具体的自然人，而不应被扩展至泛指的某个群体。进而，本案原告要求确认治疗同性恋的宣传行为侵犯了其本人的一般人格权，不应获得支持。

值得说明的是，本案因涉及“同性恋”“同性恋治疗”等较为敏感的因素，而受到了社会广泛关注。本案原告先公证后就诊以及在诊疗过程中全程录音等行为，也表明其起诉具有一定目的性；司法具有示范效应，因此在办理类似的特殊个案时，在依法审判的基础上，应当对可能产生的扩散性影响进行预判，避免引发不良反应。

二、心语中心未明示后果的电击治疗给原告造成精神损害，可酌情判令赔礼道歉；其虚假宣传使原告遭受一定经济损失，依法应予赔偿

《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第八条规定：“因侵权致人精神损害，但未造成严重后果，人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。”本案中，虽然原告存在先公证后就诊以及主动要求尝试电击的行为，其目的可谓不纯，但从心语中心的角度分析：一是对原告实施了电击行为；二是超出心理咨询的经营范围，使用工具开展矫正治疗，其行为存在明显过错；三是录音虽显示原告惊叫声不大、语言表述等在当时未出现明显异常，但原告当场提及心跳加速、有疼痛感等，而心语中心未经警示径行对原告进行电击。从一般人的正常反应考虑，出现原告所述的做噩梦等损害后果具有可能性，因此，可认定未明示后果的电击治疗给原告造成一定精神损害，但鉴于并未造成严重后果，故判令心语中心向原告赔礼道歉，但不给予经济赔偿，符合法律规定，也较为适宜。

关于原告要求判令赔偿其治疗费、交通费、误工费的问题，心语中心在其网站称可“专业治疗同性恋”时，以该中心法定代表人即直接为原告进行咨询和治疗的人员姜某的高级心理咨询师的身份和文章作为宣传和说明的主要内容，但经调查该证书存在不实情况；另外，目前无论国际或我国均已将同性恋从精神疾病名单中剔除，同性恋不再被视作一种精神疾病，心语中心在其网站宣传可对同性恋进行治疗，并通过购买同类搜索关键词以吸引网络用户，其行为违反《消费者权益保护法》和《侵权责任法》的相关规定，属虚假宣传，使原告作为消费者的合法权益受到损害，误导其前去治疗，造成支出诊疗费、交通费等财产损失，心语中心对此应予赔偿。但鉴于原告未针对其所述误工费提交相关证据，故对该项费用不予支持。

三、百度公司作为网络服务提供者，事先履行了较为适宜的审核注意义务，且事后及时采取了必要措施，不构成侵权，不应承担赔偿责任

根据《侵权责任法》的相关规定，“网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。”“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。”分析上述法律规定的用语表述，网络服务者承担责任的情形有二：一是事先不知侵权行为的存在，在接到权利人通知后，未及时采取必要措施的，对损害扩大部分承担连带责任；二是知道侵权行为而未采取必要措施的，就全部损失承担连带责任。

针对本案而言，首先应判断作为网络服务提供者的百度公司是否事先知道心语中心的推广广告存在虚假宣传和侵犯他人合法权益的可能性。经核实，百度公司在提供推广服务之前要求心语中心提交了营业执照等相关资质材料，对其是否可提供心理咨询服务履行了初步审核义务，但鉴于同性恋是否为精神疾病、能否被治愈等问题尚需普及和被公众认知，虽然百度公司提供收费推广服务应当履行较一般数据链接更为严格的注意义务，但要求其事前认识到该关键词的选取存在不当之处仍然过于严苛，超出其应尽和能尽到的注意义务标准。因此，可以认为百度公司事先并不知晓网络用户实施了侵犯他人合法权益的行为。那么，百度公司在接到本案诉状后，及时采取了断开链接、停用关键词等相关措施，显然已及时采取了必要措施防止损害进一步扩大，则依照法律规定，百度公司不构成侵权，亦不必承担赔偿责任。

相关法条

《中华人民共和国侵权责任法》第六条第一款 行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。

第二十条 侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失赔偿；被侵权人的损失难以确定，侵权人因此获得利益的，按照其获得的利益赔偿；侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。

第三十六条 网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。

网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。

网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。

《中华人民共和国消费者权益保护法》第八条 消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。

消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成份、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

第二十条第一款、第二款 经营者向消费者提供有关商品或者服务的质量、性能、用途、有效期限等信息，应当真实、全面，不得作虚假或者引人误解的宣传。

经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用寿命等问题提出的询问，应当作出真实、明确的答复。

《中华人民共和国精神卫生法》第二十三条 心理咨询人员应当提高业务素质，遵守执业规范，为社会公众提供专业化的心理咨询服务。心理咨询人员不得从事心理治疗或者精神障碍的诊断、治疗。

《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第一条 自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：

- （一）生命权、健康权、身体权；
- （二）姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；
- （三）人格尊严权、人身自由权。违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，

受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。

第八条 因侵权致人精神损害，但未造成严重后果，受害人请求赔偿精神损害的，一般不予支持，人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。

数据来源

人民法院案例选 2016 年第 9 辑 总第 103 辑

审判人员

一审法院合议庭成员：王宏丞 张连勇 庞奎玉

北京当当网信息技术有限公司等劳动争议二审 民事判决书

审理法院：北京市第二中级人民法院

案 号：（2019）京 02 民终 11084 号

案 由：劳动争议

裁判日期：2020 年 01 月 03 日

北京市第二中级人民法院 民事判决书

（2019）京 02 民终 11084 号

上诉人（原审原告）：北京当当网信息技术有限公司，住所地北京市东城区藏经馆胡同
*****。

法定代表人：俞渝，执行董事。

委托诉讼代理人：杨保全，北京市中银律师事务所律师。

委托诉讼代理人：赵儒，北京市中银律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：高某某，女，汉族。

委托诉讼代理人：石晨阳，上海恒在律师事务所律师。

委托诉讼代理人：张益先，北京市弘嘉律师事务所律师。

上诉人北京当当网信息技术有限公司（以下简称当当网公司）因与高某某劳动争议一案，不服北京市东城区人民法院（2019）京 0101 民初 5075 号民事判决，向本院提起上诉。本院立案后，依法组成合议庭，开庭进行了审理。上诉人当当网公司之委托诉讼代理人杨保全、赵儒，被上诉人高某某及其委托诉讼代理人石晨阳、张益先到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

当当网公司上诉请求：1. 判决当当网公司与高某某解除劳动合同的行为合法，双方的劳动合同自 2018 年 9 月 6 日起不再履行；2. 判决当当网公司不向高某某支付 2018 年 6 月 26 日至 9 月

6 日期间工资 6089.34 元；3. 判决当当网公司不向高某某支付 2018 年 9 月 7 日至 11 月 22 日工资 121939 元。事实和理由：1. 高某某未按照当当网公司的规章制度履行请假手续，当当网公司发现高某某提交的病假条明显矛盾后，依据相关规定要求高某某提交完整的病假证明原件，但高某某既不上班，也不提交证明，当当网公司据此作出解除劳动合同决定，并不属于违法解除。2. 即便认为当当网公司与高某某解除劳动合同的行为违法，双方也无法继续履行劳动合同。首先，高某某的工作岗位为产品总监，系当当网公司产品部的最高负责人，也是唯一负责人，该岗位具有不可替代性和唯一性，目前该岗位已经被他人替代，且高某某已经离开该岗位 14 个月时间，故其本人及身体原因也无法继续履行。其次，高某某在劳动仲裁和一审法院均胜诉的情况下，既未上班，也未提出要求当当网公司给其提供劳动条件的要求，消极等待仲裁和诉讼，使周期无限延长。再次，双方劳动合同于 2019 年 4 月 12 日已经届满，客观上双方也不具备继续履行劳动合同的基础，且高某某也未向当当网公司表示其要求回去工作。最后，高某某所患疾病为易性症，当当网公司的其他员工也表示无法与高某某一起工作。

高某某辩称：1. 当当网公司与高某某解除劳动合同构成违法，双方应自 2018 年 9 月 6 日起继续履行劳动合同。2. 当当网公司主张双方无法继续履行劳动合同的请求于法无据，从当当网公司向我方发送的函件中提及的自行配备保安、如厕问题等内容来看，其解除劳动合同的真正原因是性别歧视。3. 高某某自己到庭参加诉讼足以说明其本人完全具备履行劳动合同能力。4. 互联网的精神是包容、平等、非歧视，本案实际涉及特殊人群的工作问题。

高某某上诉请求：撤销一审判决第二项，改判当当网公司向高某某支付 2018 年 6 月 26 日期间至 9 月 6 日期间的工资 39839 元。事实和理由：1. 2018 年 6 月 26 日至 7 月 1 日期间，高某某申请的是年休假，因此该期间的四个工作日应按照正常工资计算为 9426 元。2. 当当网公司《员工手册》规定：医疗期内，年累计休病假天数在 20 天之内，病假期间工资按工资标准扣除相应病假时数 40% 的工资支付；年累计休病假天数大于 20 天，病假期间工资按当地最低工资标准的 80% 支付，根据上述规定，高某某 2018 年 7 月 2 日至 7 月 27 日期间的病假工资为 28280 元。3. 2018 年 7 月 28 日至 9 月 6 日期间，高某某的病假工资计算为 2133 元。

当当网公司辩称：1. 高某某当庭增加的上诉请求金额超过了其上诉请求和一审法院的判决金额，程序上不应支持。2. 2018 年 6 月 26 日至 9 月 6 日期间，高某某未到当当网公司上班，且未按照当当网公司的规章制度履行请假手续。3. 高某某提交的病假单与同一家医院出具的病休证明存在矛盾，当当网公司要求高某某提交原件核实，但高某某既未提交，也未作出合理说明，该期间应认定为旷工。4. 根据当当网公司的规定，累计病休天数大于 20 天的，应按照北京市最低工资的 80% 支付病假工资。

当当网公司向一审法院起诉请求：1. 确认当当网公司与高某某之间的劳动合同于 2018 年 9 月 6 日解除；2. 不支付高某某 2018 年 6 月 26 日至 9 月 6 日期间工资 14537.3 元；3. 不支付高某某 2018 年 9 月 7 日至 11 月 22 日工资 121939 元。

一审法院认定事实：2015 年 4 月 13 日，高某某入职当当网公司，担任技术部产品总监，双方签订两份劳动合同，最后一份劳动合同到期日为 2019 年 4 月 12 日。当当网公司的计薪周期为上月 26 日至本月 25 日期间，每月 5 日发放上个月工资，高某某的月薪为 51259 元。高某某于 2018 年 6 月 27 日起未再出勤，当当网公司自 2018 年 6 月 26 日起未再向高某某支付工资。

关于未出勤原因，高某某主张其于 2018 年 4 月 16 日经上海市精神卫生中心诊断为易性症，需要进行男转女性别重置及手术，故于 2018 年 6 月 27 日通过微信向主管领导李某某请病假，并于同日进入第二军医大学附属长征医院住院手术。2018 年 7 月 19 日，高某某出院，出院记录中记载“出院医嘱：建议休息一个月”。同日，第二军医大学附属长征医院出具病情证明单，建议术后全休贰月。高某某就此提交了 2018 年 7 月 17 日和 7 月 20 日向主管李某某请假的微信聊天记录截屏，显示 7 月 17 日高某某告知李某某：“这两天和医生讨论这周或者下周可以出院；但是出院后，还不能像正常人一样走路坐着，还只能在家里修养；出院后，如果海涛同意，我需要申请在家办公一段时间”。李某某回复：“某某你好好休养，觉得能恢复工作时通知我”。7 月 20 日，高某某向李某某申请在家办公一个月，李某某回复“某某，你把病情的医院证明发给 HR 和我。产品工作需要很多当面沟通，如果你病假要很多修养时间，我建议你就再休一个月病假”。

关于请假流程，高某某提交的办公系统资料显示：2018 年 7 月 25 日，高某某通过办公系统提出请假申请，显示请假类别为“年假”，休假日期为“2018 年 6 月 28 日至 6 月 29 日合计 12 小时”，请假原因为“手术”。7 月 30 日，总裁办直属领导签批“同意”，8 月 7 日，员工关系管理员意见为“不同意”，理由为“建议用 1 天的年假代替倒休时长，这样您之前发放的工资无问题，若您选择用年假替换，建议您在备注上告知，且请假时间更改为 6 月 28 日 14:30-18:30。6 月 29 日的假更换成其他假单类型”。2018 年 7 月 25 日，高某某同时提交另一张请假申请单，显示休假日期为“2018 年 7 月 2 日至 7 月 25 日合计 144 小时”，请假原因为“手术”，附件“出院证照片”，出院证中的“诊断”栏内容及“今后注意事项”栏第 2 点有人为遮挡，“今后注意事项”栏第 3 点记载“建议休息一个月”。7 月 30 日，总裁办直属领导李某某签批“同意”，8 月 7 日，员工关系管理员意见为“不同意”，理由为“因根据病假条无法判定为因病休假，故请提供内容明确的假条。提供最新的假条后，直接提交即可。”2018 年 8 月 21 日，高某某再次通过 OA 系统提出病假申请单，显示休假日期为“2018 年 7 月 26 日至 8 月 24 日合计 176 小时”，请假原因为“手术”，附件“2018 年 7 月 19 日第二军医大学附属长征医院出具的病情证明单：病情及诊断：易性症，目前已完成转性手术；

3. 建议全休贰月。”。同日，总裁办直属领导李某某签批“同意”，8 月 23 日员工关系管理员向白某某发出意见征询，白某某于 9 月 17 日回复，未显示审批同意。

当当网公司主张高某某的休假申请未按照该公司制度进行预先请假，且提交的假条有遮挡无法判断为病假，病情证明单与出院证记载休息时间不一致，应以出院医生建议为准，故未批准高某某的休假申请。高某某对当当网公司的上述主张不予认可。一审法院向上海市精神卫生中心调查核实，高某某在该院的诊断证明真实，主治医生答复：如病人随后进行性别置换手术可根据手术情况休病假。一审法院又向出具病情证明单的第二军医大学附属长征医院整形美容科副主任医师核实，按照高某某的手术情况，其术后休假时间应以病情证明单记载为准。

关于请假制度，当当网公司提交了公证书及 2016 年修订版《员工手册》及有高某某签收的《员工手册》发放回执和阅读声明，主张根据公司规定，“员工请假需提前申请，并提交相关休假证明，请假最小时间单位为 0.5 天，经部门领导批准后生效。请假在 1 个工作日（含）以内，由直属上级批准；请假在 3 个工作日（含）以内，由部门两级批准；请假在 3 个工作日以上，由部门长批准；因突发事件不能提前填写《请假单》者，需与直属上级联系，口头请假，但必须在请假日发生的薪资月最后结算日提交《请假单》报批。除产假、病假以外的其他假期一次性累计休假不得超过 10 个工作日。超出上述假期天数的休假申请需逐级报总裁特批，未完成审批流程擅自不到岗的按旷工处理。员工申请病假，需要提交相关病历证明。请假超过一天的需要医保指定医院开具的诊断建议书、病历本、药费清单等。病假期间工资支付：医疗期内，年累计休病假天数在 20 天之内，病假期间工资按工资标准扣除相应病假时数 40% 的工资支付；年累计休病假天数大于 20 天，病假期间工资按当地最低工资标准的 80% 支付（员工工作所在地法律法规另有规定的，按当地法律法规执行）。医疗期以外，按无薪假处理”。高某某认可其签收了该版《员工手册》，但主张该版《员工手册》的修订未经过民主程序。当当网公司主张《员工手册》在劳动合同法实施之前就有，2016 年只是进行了修订，请假制度相关内容并未修改，但当当网公司未提交该《员工手册》经过民主程序制订或修订的相关证据。

双方均认可当当网公司的请假流程需在办公系统提交请假申请，由主管领导和员工关系管理员审批通过后，才视为请假。但高某某主张该流程实际上并未严格执行，员工可以事后补办请假手续，并提交了当当网公司人力资源部 2018 年 7 月 -9 月发送给全体员工的考勤通知邮件，证明在薪资结算周期内可以补交请假手续，邮件中要求于当月薪资结算周期结束前确保请假流程完结，并提示如超过“系统线上是无法发起请假的奥～需要小伙伴们走线下纸质签批流程”。当当网公司认可邮件的真实性，但不认可关联性，主张邮件针对的是未打卡的补签审批流程。

2018 年 8 月 15 日，当当网公司以 EMS 的方式向高某某“北京市昌平区”的地址邮寄了提交

请假证明原件通知书，要求高某某于 2018 年 8 月 20 日之前反馈有效病假证明原件，查询记录显示 8 月 16 日北京市本人收。当当网公司提交高某某的微信朋友圈截图，以证明高某某 2018 年 8 月中旬在上海、9 月中旬去泰国旅游，说明其病情并不严重，可以履行请假手续。高某某不认可收到提交请假证明原件通知书，但认可微信朋友圈截图的真实性，主张其去上海是进行复诊，去泰国是为了病情康复，并提供了 8 月 15 日上海长征医院支付相关费用的记录截图予以证明，信用卡对账单显示 8 月 16 日在上海有支付记录。当当网公司不认可信用卡对账单的真实性，认可微信支付记录截图的真实性。

2018 年 8 月 27 日，当当网公司向高某某邮寄返岗通知书，邮寄地址为北京市昌平区，查询记录显示 8 月 29 日他人收，高某某主张未收到该通知书。2018 年 9 月 6 日，当当网公司向高某某邮寄解除劳动合同通知书，因其“自 2018 年 7 月 2 日至今连续旷工，公司通知您于 2018 年 8 月 31 日前返回公司上班，您也未按时返岗”，解除与其的劳动合同，邮寄地址同样为北京市昌平区。高某某主张上述地址自 2017 年年中已不再居住，快递员投递未果打电话联系，其要求快递员变更地址重新投递后才收到该解除通知书。

2018 年 11 月 22 日，高某某向北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求当当网公司：1. 撤销解除劳动合同通知书，继续履行劳动合同；2. 支付 2018 年 6 月 26 日至 9 月 6 日期间工资 123706 元；3. 支付 2018 年 9 月 7 日至 11 月 22 日工资 121939 元。2019 年 2 月 12 日，北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会作出京东劳人仲字 [2019] 第 470 号裁决书，裁决：1. 撤销《解除劳动合同通知书》，双方于 2018 年 9 月 6 日起继续履行 2017 年 4 月 13 日签订的劳动合同；2. 当当网公司支付高某某 2018 年 6 月 26 日至 9 月 6 日工资 14537.3 元；3. 当当网公司支付高某某 2018 年 9 月 7 日至 11 月 22 日工资 121939 元；4. 驳回高某某的其他申请请求。

一审法院认为，劳动者享有休息休假的权利。为了保护劳动者所享有的劳动权利和在患病医疗期间的合法权益，《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》均对用人单位的单方解除权做了限制规定。考虑到用工管理的实际情况，劳动者因病不能到岗必然影响用人单位的正常工作安排，故用人单位均以内部规章制度的形式对劳动者请休病假进行规定。在保障劳动者就医和休假权的同时，加强对劳动者任意请休病假的约束，保障用人单位良好的工作秩序，是制定内部请休假制度的首要目的，但在实际操作过程中，对劳动者请休病假的审批和许可也应进行个案考虑，如审查过于机械化，不考量劳动者所患疾病的特殊性，则反倒不利于劳动者合法权益的保护。何种情况可认定为病假，实践中有两种观点。一种观点采事实说，认为病假应以劳动者事实上有疾病且持有医院诊断证明为准，即使劳动者的事前请假手续存在瑕疵，事后向用人单位告知并提交相关手续亦可；另一种观点采规范说，认为请休病假必须有患病的事实且需严格履行用人单位的请假手续，

否则均视为未履行请假手续，不属于病假。本案的争议焦点即集中于此，细分有三：第一、高某某因病手术情况是否属于可申请休病假事项；第二、如高某某可申请休病假，其请假手续是否符合当当网公司的内部规章制度；第三、如高某某的请假手续存在瑕疵，当当网公司是否可以其未履行请假手续属于旷工为由解除双方劳动合同。关于第一个争议焦点，高某某因易性症而选择手术治疗，并持有医院出具的诊断证明和休假建议，且经法院向参与高某某诊疗的医院进行核实，其诊断证明和休假证明均真实有效，故高某某的手术属于可以请休病假的情形，但仍需按照公司规定履行请休病假的手续并获得批准，以享受病假相关待遇。关于第二个争议焦点，当当网公司的《员工手册》规定病假需提前申请，因突发事件不能提前填写《请假单》者，可事后补交请假手续。该《员工手册》通过办公系统公示发布且高某某亦在签订劳动合同同时签收，故法院推定高某某理应知晓公司的请假流程。本案中，高某某的病情并非突发疾病，是否需要进行手术系高某某经过慎重考虑后作出的选择，故高某某应该提前履行请假手续，但高某某并未提前履行线上请假手续，而是通过口头告知的形式，在手术前通过微信告知其直接领导，手术后也是通过微信与该直接领导沟通术后恢复所需时间及仍需请病假的情况。故根据当当网公司的规章制度，高某某的请假程序明显存在瑕疵。关于第三个争议焦点，高某某虽然未及时履行线上请假手续，但其手术前、后均向其主管领导口头请假，应视为其已告知用人单位请休病假事宜。作为用人单位的管理者，主管领导明确表示同意高某某休假，应视为代表用人单位行使用工管理权；同时亦说明其工作部门已预见到高某某因病不能上班的事实，并因此对相关工作进行了安排，高某某的请假未对公司工作安排造成影响。事后高某某亦通过办公系统提交休假申请、补交病假材料。但当当网公司人事主管部门在未查证病假和病情的情况下，直接未通过高某某的休假申请，属于用工管理权行使不当。综上，高某某的请假行为虽在形式上存在瑕疵，但可认为事实上已履行了请假手续。考虑到疾病的多样性和学界、大众对疾病认知的不断发展变化，以及个体差异性，用人单位在审批劳动者请休病假时亦应考虑个体因素，不能一概而论。高某某所患疾病属于精神类疾病中的一类，关于此种疾病的精神病学界认知尚不统一，遑论社会普及程度，与劳动者具有密切人身依附关系的用人单位则更应给予理解和关怀。同时，高某某的病情亦具有特殊性和私密性，从诊断到手术再到康复和社会复归，都需要一定的康复时间社会适应过程，故高某某术前希望对病情保密，请假时仅向其直接领导口头告知，并在提交病假材料时对隐私部分进行处理，系出于自我保护的本能行为，不应严加苛责。当当网公司收到高某某的请假材料后，除查看病假材料本身也应在发现与常有时积极行使用工管理权，向其直接领导了解情况，而非简单线上拒绝审批。高某某术后从事相关社会活动，是其接触社会适应角色转换的必经过程，且发生在病假期间，对于此种行为，用人单位应在核实清楚具体情况的基础上给予更多包容。经法院向诊疗医院核实，医院建议的休假时间除了考虑手术伤口的恢复情况外，亦考虑到患者身份转变需要办理相关手续和重新适应社会，故不能仅以高某某具备独立活动能力就认为其应当回到术

前的办公环境中立即工作。综合考虑高某某的特殊疾病类型，及其口头请假未给当当网公司工作和管理秩序造成混乱的情况，法院认为当当网公司仅以人力资源未通过高某某的病假审核就直接认定高某某未履行请假手续属于旷工，缺乏合理性。因用人单位作出的解除劳动合同决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。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、劳动安全卫生、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。本案中当当网公司据以作出与高某某解除劳动合同的依据为其公司《员工手册2016版》，但其并未提交该版员工手册修订经过民主程序的相关证据，故当当网公司据此解除与高某某的劳动合同，在程序上存在瑕疵。综上所述，当当网公司的解除决定，无论实体上还是程序上均有瑕疵，该解除不符合法律规定，属于违法解除劳动合同。高某某要求继续履行与当当网公司的劳动合同，合法有据，予以支持。因当当网公司违法解除双方劳动关系，致使高某某无法继续为其提供劳动，故应按照正常工作期间工资标准支付高某某2018年9月7日至11月22日期间的工资，高某某主张的该期间工资数额不高于法院核算标准，法院对仲裁该项裁决结果予以确认。高某某向当当网公司申请2018年6月28日至6月29日休年假未获批准，其于2018年6月27日住院治疗，故法院确认其自6月27日至9月6日期间处于休病假期间，应按病假工资标准享受相关待遇。2018年6月26日高某某正常出勤，应正常支付工资。判决：一、确认北京当当网信息技术有限公司与高某某自2018年9月6日起继续履行劳动合同；二、自判决生效之日起7日内，北京当当网信息技术有限公司支付高某某2018年6月26日至9月6日期间工资6089.34元；三、自判决生效之日起7日内，北京当当网信息技术有限公司支付高某某2018年9月7日至11月22日工资121939元；四、驳回北京当当网信息技术有限公司的其他诉讼请求。

二审中，当当网公司新提交如下证据：1. 崔某某的劳动合同书、劳动合同变更协议、办公系统中崔某某的岗位截图，用以证明产品总监的岗位具有不可替代性及唯一性，且该职位目前已由崔某某担任，客观上不具备与高某某继续履行劳动合同的可能性。2. 员工邮件截图，用以证明多位同事表达了自己对高某某继续履行劳动合同后的担忧，包含工作层面、心理层面及生理层面等各个方面。3. 2008版《员工手册》（2007年12月29日修订执行）、2010版《员工手册》、2012版《员工手册》、2014版《员工手册》、2015版《员工手册》，用以证明当当网公司自2007年起便已实施员工手册，且对于突发事件的请假流程实行双轨制管理，未完成请假流程擅自不到岗按照旷工处理。高某某不认可崔某某的劳动合同书、劳动合同变更协议、办公系统中崔某某的岗位截图这三份证据的证明效力，并主张按照上述三份证据所显示的内容，当当网公司在与高某某解除劳动合同前的2018年9月4日即已将高某某的岗位安排给崔某某；认为员工邮件截图的真实性存疑，且涉嫌对员工的诱导和对高某某的就业歧视；认为各版员工手册的真实性存疑。

高某某新提交如下证据：1. 当当网公司于2019年7月22日向高某某发送的函件，用以证明当当网公司与其解除劳动合同的原因是就业歧视。上述函件载明：“高某某先生，您好！当当网就北京市东城区人民法院做出的一审判决，准备提请上诉。考虑到法院在劳动仲裁案件中，通常支持员工利益，当当同期在做您返岗的准备工作。近期国航航班，发生了精神病人严重侵害正常人合法权益情况，当当在做安排您返岗时，同时需考虑公司近千名员工的合法权益。因此，公司在您返岗之前，与您沟通以下问题并听取您的解决方案：1. 关于当当其他员工安全工作环境的问题。您作为精神病人，享有精神病人的权利。当当作为雇主，需要保护全体员工的合法、正当权利。这种权利的体现，不仅仅是精神病人发作时其他员工不受侵害，还要包括其他员工不在恐惧、不安、伦理尴尬的状态下安心工作。为了安全环境，您自行配备安保人员？还是您作为精神病患者，请人力资源和社会保障局介入？请提出方案。2. 关于如厕问题。公司就该问题征求了员工的意见，女同事坚决反对您使用女厕所，男同事反对您使用男厕所。过往，公司在支持残疾人就业方面，如办公环境、如厕条件，做了很多努力。变性人如厕，如何做到、并尊重和保护其他员工的权利及意愿，请您及您的律师提供方案。这些问题请您和你律师深入思考，即便您不选择在当当继续工作，在其他工作环境，您和您的律师，都需要解决变性、精神病患这些具体工作问题。另外，在向北京市第二中级人民法院上诉的同时，公司会提请北京市人力资源和社会保障局及法院考虑以下几个问题：一、东城区劳动仲裁委及东城区人民法院未公平、公正考量员工和公司双方面的证据。二、是什么力量？让东城区劳动仲裁委、东城区人民法院如此裁决？公司会提请劳动局、司法局巡视组就劳动仲裁、一审程序中实体及程序审理是否正确、仲裁员及法官是否有不当行为，做出回答。公司亦会通过东城区人民政协‘社情民意’提请东城区相应委、办、局进行了解。三、北京市政协委员、当当网董事长俞渝女士，将提请北京市政协‘社会和法制委员’就本案的审理、二审进行监督，切实保障当当网其他员工权利。”2. 第二军医大学第二附属医院2019年9月27日的出院小结，用以证明其具备继续履行劳动合同的身体条件。上述出院小结载明：“入院日期：2019-09-16，出院日期：2019-09-27；出院时情况：现患者一般情况良好，体温正常，伤口愈合良好，无红肿渗出。”当当网公司对2019年7月22日所发送函件的真实性认可，但主张并非公开信息，发送函件的原因是：一审法院判决之后，当当网公司已经在准备高某某的返岗工作，但就工作和生活的安排存在正常顾虑。针对高某某提交的第二军医大学第二附属医院2019年9月27日的出院小结，当当网公司发表质证意见如下：此前没有见过，自2018年到现在可以看出她的身体状态还不是很良好，手术还没有做完，不适宜从事互联网公司高强度的劳动，对高某某本人的身体恢复也不是很好。

本院对一审法院查明的事实予以确认。本院补充查明：当当网公司提交的2008、2010、2012、2014、2015及2016版《员工手册》均载有：“员工请假需提前申请，并提交相关休假证明，经批准后生效。请假在1个工作日（含）以内，由直属上级批准；请假在3个工作日（含）以

内，由部门两级批准；请假在3个工作日内，由部门长批准；因突发事件不能提前填写《请假单》者，需与直属上级联系，口头请假；立即解聘：包括但不限于以下原因：连续旷工3日（含）以上，或3个月内累计旷工6日（含）以上。”2008、2012版《员工手册》未见“超出上述假期天数的休假申请需逐级报总裁特批，未完成审批流程擅自不到岗的按旷工处理”的规定，2010、2014、2015及2016版《员工手册》则均有该规定。本院询问当当网公司是否有其他岗位为高某某安排，当当网公司称可以商量，但高某某本人不一定愿意。本院询问高某某是否愿意接受新的岗位，高某某称其可以接受崔某某原任的UED岗位或者其他岗位，但不同意降低原岗位的薪资和待遇。关于如厕问题，当当网公司称该问题并非提供设备设施就可以解决，而是其他同事心理上的问题。另，当当网公司称该公司并未建立工会，高某某称不清楚当当网公司是否建立有工会，但主张即便当当网公司未建立工会，也应当履行通知街道工会的义务。

本院认为，本案中，当当网公司于2018年9月6日以高某某“自2018年7月2日至今连续旷工”为由作出解除劳动合同的决定；高某某则认为2018年7月2日至2018年9月6日期间因患易性症进行治疗，属于病假期间，其并不构成旷工，当当网公司解除劳动合同的真正原因是就业歧视，并主张当当网公司属于违法解除劳动合同，要求继续履行劳动合同以及支付2018年6月26日至11月22日期间的工资；当当网公司又以高某某的工作岗位具有不可替代性和唯一性、高某某离岗时间较长、身体原因不能适应当当网公司的工作强度、当当网公司的员工表示无法与高某某一起工作、劳动合同于2019年4月12日届满等为由上诉要求改判无需继续履行劳动合同。据此，当当网公司与高某某解除劳动合同的行为是否违法、双方订立的劳动合同是否应当继续履行、当当网公司是否应当支付高某某2018年6月26日至11月22日期间的工资以及上述期间的工资标准应当如何认定系本案的三个争议焦点。本院针对三个争议焦点逐一分析如下：

一、关于当当网公司与高某某解除劳动合同的行为是否违法。本院认为，判断当当网公司与高某某解除劳动合同的行为是否违法，需要厘清以下三个方面的问题：一是当当网公司与高某某解除劳动合同是否具备劳动规章制度方面的依据；二是当当网公司是否履行了法律规定的解除劳动合同程序；三是当当网公司关于高某某存在旷工行为的主张是否成立。

1. 关于当当网公司与高某某解除劳动合同是否具备劳动规章制度方面的依据。当当网公司提交的各版《员工手册》中均载有“连续旷工3日（含）以上，或3个月内累计旷工6日（含）以上，可立即解聘”的规定，当当网公司虽未就此提交系经《中华人民共和国劳动合同法》第四条所规定的民主程序制定的证据，但当当网公司的上述规定自2007年12月29日即已实施至今，且不得无故旷工系劳动者应当遵守的基本劳动纪律，由此可见当当网公司以劳动者连续旷工3日以上或累计旷工6日以上为由作出解除劳动合同决定具有劳动规章制度方面的依据。关于非因突发事件未预先

请假是否能按旷工处理的争议，当当网公司所提交的各版《员工手册》中均载有“员工请假需提前申请，并提交相关休假证明，经批准后生效；因突发事件不能提前填写《请假单》者，需与直属上级联系，口头请假”的规定，由此可见预先请假制度系当当网公司的劳动规章制度的明确规定，且该规定在《中华人民共和国劳动合同法》实施前的2007年12月29日即已实施，故高某某以未经民主程序制定为由主张上述规定无效的主张，本院不予采纳，因此当当网公司所设置的预先请假制度具有劳动规章制度的效力依据，但本院并不能就此推断出“非因突发事件未预先请假=旷工”的结论，理由有四：一是在当当网公司未就“突发事件”作出明确界定的情况下，可能导致劳动者在执行请假制度方面存在困惑；二是当当网公司并未就“非因突发事件未预先请假=旷工”作出明确规定；三是当当网公司并未就提前几日请假才为“预先请假”作出明确界定；四是即便当当网公司欲作出“非因突发事件未预先请假=旷工”的规定，也要经过民主程序的审查，且需符合劳动关系管理的“合情”、“合理”之要求。关于未完成审批流程不到岗能否按旷工处理的争议，当当网公司提交的2010、2014、2015及2016版《员工手册》虽有“超出上述假期天数的休假申请需逐级报总裁特批，未完成审批流程擅自不到岗的按旷工处理”之规定，但上述版本的《员工手册》均实施于《中华人民共和国劳动合同法》实施后，当当网公司的2008、2012版《员工手册》均未见上述规定，考虑到该规定在未就“未完成审批流程”的原因作出区分的情况下，将未完成审批流程不到岗一律等同于旷工具有较大的争议，本院认为高某某就此提出的未经民主程序制定的质疑具有合理性，故上述规定不能作为解除劳动合同的依据。

2. 关于当当网公司是否履行了法律规定的解除劳动合同程序，本院认为审查要点有二：一是当当网公司是否将解除劳动合同决定向劳动者进行了送达，二是当当网公司是否履行了在解除劳动合同前通知工会的程序。本案中，当当网公司依据双方订立的《劳动合同书》中载明的高某某地址送达了解除劳动合同通知书，高某某虽主张其上述地址已经变更，其要求快递员变更地址重新投递后才收到该解除劳动合同通知书，但双方订立的《劳动合同书》中已经明确约定“《劳动合同书》中载明的地址为双方认定的有效送达地址，任何一方送达地址变更，应在变更当日以书面形式通知对方，否则怠于通知的一方承担相应不利法律后果”，现高某某未提供证据证明在劳动合同履行期间将送达地址变更以书面形式通知了当当网公司，故当当网公司依据《劳动合同书》载明的高某某地址作为解除劳动合同通知书的送达地址，并无不当，当当网公司已经履行了将解除劳动合同通知书向高某某送达的事实，本院予以确认。《中华人民共和国劳动合同法》第四十三条规定：用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。高某某据此主张当当网公司在解除劳动合同时未履行通知工会的法定义务，但当当网公司以该公司并未建立工会为由进行抗辩，高某某又主张即便当当网公司未建立工会，当当网公司亦应当履行通

知街道工会的义务。鉴于《中华人民共和国劳动合同法》第四十三条并未就用人单位未建立工会的情况下，是否应履行通知街道工会作出明确规定，本院对高某某关于当当网公司在解除劳动合同时未履行通知街道工会即构成违法的主张，不予采信。

3. 关于当当网公司所主张的高某某存在旷工行为，本院认为需要从以下四个方面进行分析：一是高某某因易性症进行性别重置手术，但未履行预先请假手续是否具有合理理由；二是高某某于2018年7月25日提交的病假条存在人为遮挡是否具有合理理由；三是高某某提交的出院证与病情证明单所载建议休息期间不一致能否发生请病假的效力；四是高某某在病假期间前往上海和泰国的行为是否违背诚实信用原则。首先，高某某所患的易性症是一种少见的性别身份认同障碍，属于精神类疾病。根据原国家卫生计生委办公厅发布的《性别重置技术管理规范（2017年版）》之规定，进行性别重置手术的手术对象应当满足的条件包括对性别重置的要求至少持续5年以上且无反复过程，术前接受心理、精神治疗1年以上且无效等。由此可见，在术前接受心理、精神治疗1年以上且无效的情况下，选择继续进行心理治疗还是做性别重置手术对于高某某而言无疑是一个重大的人生抉择，故高某某关于“医生曾告知其做手术前最后一刻都可以反悔”的陈述具有合理性，因此即便是否进行性别重置手术系来自于高某某的主观抉择，但抉择的确定时间只能来自于其做手术前的最后一刻，这与进行普通常规手术具有极大不同。由此，虽然高某某选择进行性别置换手术并非突发事件，但私密性和抉择的难以确定性，决定了高某某选择手术当天向主管领导口头请假，并于事后申请线上审批的行为符合一般人的逻辑和认知，其行为具有合理性。其次，当当网公司主张高某某于2018年7月25日提交的出院证存在人为遮挡导致无法完成病假审批流程，高某某则解释称其之所以将出院证中“诊断”栏内容及“今后注意事项”栏第2点遮挡，系基于其心理上还不想让他人知道其进行了性别置换手术。考虑到大众对性别置换的认知和接受程度，以及高某某在性别置换手术后所需要的心理调适过程，本院认为高某某的解释具有一定的合理性，且高某某在当当网公司提出质疑后亦补交了未加任何遮挡的病情证明单，当当网公司在解除劳动合同前已经充分了解了高某某申请病假的原因，其作为用人单位的知情权已经得到实现。第三，高某某提交的出院证所载建议休息时间为一个月，病情证明单所载建议休息时间为贰个月，上述两份证明的建议休息时间明显不一致，但经一审法院核实，上述两份证明均真实有效，且医师明确答复术后休息时间应以病情证明单记载为准，当当网公司虽对此提出质疑，但从高某某所进行的性别置换手术的难度和所产生的影响来看，本院认为病情证明单所载明的休息贰个月更有利于保障高某某的身心恢复，故本院对病情证明单的效力予以采纳。第四，高某某的微信朋友圈显示其2018年8月中旬在上海，9月中旬在泰国，当当网公司据此主张高某某所休病假不具有合理性，高某某则解释称其去上海系进行复诊，去泰国是为了病情康复。对此，本院认为劳动者在病假期间应恪守诚实信用原则，遵医嘱以恢复身体健康为目的安排自己在病假期间的行为。考虑到高某某已就其2018年8月中旬在上海进行

复诊提供了支付相关费用的证据，以及泰国与性别置换手术的密切相关性，本院认为高某某在病假期间的行为并未违背诚实信用原则，属于遵医嘱以恢复身体健康为目的而安排的行为。据此，当当网公司关于高某某存在旷工行为的主张，本院不予采信。

综上，高某某并不存在旷工行为，且当当网公司与高某某解除劳动合同的劳动规章制度依据亦不充分，一审法院认定当当网公司与高某某解除劳动合同的行为不符合法律规定，并无不当，本院予以确认。

二、关于当当网公司与高某某订立的劳动合同是否应继续履行。本院认为，判断当当网公司与高某某订立的劳动合同是否应继续履行，需要厘清以下两个方面的问题：一是当当网公司与高某某订立的劳动合同是否具备继续履行条件；二是当当网公司与高某某订立的劳动合同是否应于2019年4月12日到期终止。

1. 关于当当网公司与高某某订立的劳动合同是否具备继续履行条件。当当网公司认为高某某所担任的产品总监一职具有不可替代性和唯一性，且该岗位已被案外人崔某某替代，并据此主张劳动合同不能继续履行。高某某则对其所担任的产品总监一职被崔某某替代的事实不予认可，但主张即使其岗位被崔某某替代，其亦可以接受崔某某原任的UED岗位或者其他岗位。本院询问当当网公司是否有其他岗位为高某某安排，当当网公司称可以商量。据此，虽然高某某所担任的产品总监已被崔某某替代，但在高某某同意接受其他岗位，当当网公司亦同意商量的情况下，对于当当网以高某某的岗位已被他人替代为由主张劳动合同不能继续履行的主张，本院不予采信。当当网公司又认为高某某的身体条件不能适应互联网公司的劳动强度，继续履行劳动合同也不利于高某某的身体恢复，高某某则提交出院小结等证据证实其身体条件完全可以开展工作，其只有更加坚强的面对现实才能更好的恢复。经本院询问，当当网公司明确表示高某某原担任的产品总监岗位亦与性别无关。对此，本院认为现有证据并不能证实高某某进行性别置换手术后不能适应当当网公司的工作强度，高某某究竟能否适应当当网公司安排的工作需要双方继续履行劳动合同后才能判断，而不能陷入高某某尚未恢复工作就预先判断其不能履行劳动合同的逻辑思维。当当网公司还认为继续履行劳动合同会涉及到高某某的如厕等生理问题以及其他同事心理上的不适问题。对此，本院认为，有关公安机关已经依据公安部治安管理局《关于公民手术变性后变更户口登记性别项目有关问题的批复》将高某某的性别由男性更改为女性，高某某即有权以女性的身份进行如厕，其他同事也应当接受高某某的新性别，以包容的心态与其共事。

2. 关于当当网公司与高某某订立的劳动合同是否应于2019年4月12日到期终止。根据《中华人民共和国劳动合同法》第十四条之规定，连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，

除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。本案中，当当网公司在第二次劳动合同履行期间违法解除劳动合同，在北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会裁决双方继续履行劳动合同后，当当网公司仍坚持起诉不同意继续履行劳动合同，导致双方第二次订立的劳动合同在一审法院审理期间到期。鉴于该份劳动合同到期时双方是否应继续履行劳动合同仍处于不确定状态，导致高某某无法在该份劳动合同到期前行使要求续订、订立劳动合同的权利，当当网公司亦未明确通知高某某要到期终止该份劳动合同，故当当网公司以双方订立的第二份劳动合同于2019年4月12日在诉讼中到期为由主张劳动合同到期终止，于法无据，本院不予支持。

综上，当当网公司与高某某订立的劳动合同并非已经不能继续履行，当当网公司与高某某订立的劳动合同亦未于2019年4月12日到期终止，对当当网公司不同意与高某某继续履行劳动合同的上诉请求，本院不予支持。同时需要指出的是，当当网公司与高某某的第二份劳动合同到期后，双方续订劳动合同的，可就高某某的岗位和薪酬待遇进行重新协商，根据“薪随岗变”的原则，高某某要求原岗位和薪资不得降低的理由不能成立，但当当网公司亦应当尽可能根据高某某的能力和体能为其安排相近岗位，不得滥用“薪随岗变”的原则极大幅度降低其薪酬待遇。

三、关于当当网公司是否应当支付高某某2018年6月26日至11月22日期间的工资以及上述期间的工资标准应当如何认定。本院认为，上述期间的工资支付争议应以劳动合同解除之日即2018年9月6日作为节点分别予以考虑：一是2018年6月26日至9月6日期间的工资支付争议；二是2018年9月7日至11月22日期间的工资支付争议。

1. 关于2018年6月26日至9月6日期间的工资支付争议。当当网公司以高某某旷工为由上诉不同意支付上述期间的工资，如前所述，本院已经认定高某某不构成旷工，故对当当网公司该项上诉理由，本院不予采信。高某某主张其2018年6月26日至7月1日期间为年休假，但其向主管李某某的请假理由为要住院手术，在办公系统填写的请假原因亦为“手术”，故本院对其该期间为年假的主张，不予采信。高某某主张根据当当网公司的员工手册，其病假天数超过了20天，20天内应计算为工资标准的60%，超过20天的，病假期间工资才按当地最低工资标准的80%计算。当当网公司则认为根据《员工手册》，高某某的病假天数超过了20天，一律应按照当地最低工资标准的80%计算。对此，本院认为，根据当当网公司的《员工手册》，病假天数超过20天的病假工资标准应如何计算，确实能作出高某某和当当网公司所述的两种解释，但根据有利原则应作出对劳动者高某某有利的解释。有利原则，即劳动关系双方当事人的约定、用人单位内部劳动规则的规定、用人单位的单方承诺与劳动基准或者法律规定不一致的，应当适用对于劳动者有利的约定或者规定；若这些约定或者规定的含义不明确的，应当作出对劳动者有利的解释。据此，高某某该部分的上诉理由成立，但鉴于北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会作出裁决后，高某某未提起诉讼，应视为

其同意仲裁裁决结果，故2018年6月26日至9月6日期间的病假工资应按14537.3元确定。

2. 关于2018年9月7日至11月22日期间的工资支付争议。当当网公司以其合法解除劳动合同为由不同意支付高某某上述期间的工资，如前所述，本院已经认定当当网公司属于违法解除劳动合同且应继续履行劳动合同，现高某某于2018年9月7日至11月22日期间未能提供劳动系当当网公司违法解除劳动合同所致，故当当网公司应以支付工资的形式赔偿高某某上述期间的工资损失。鉴于高某某在本院审理期间提交的出院小结显示其2018年9月16日至9月27日期间处于住院治疗期间，故上述期间的工资损失应按照病假工资确定，本院据此核算上述期间的病假工资为877.24元。2018年9月7日至9月15日、9月28日至11月22日期间，当当网公司与高某某订立的第二份劳动合同尚未到期，双方之间的争议处于劳动仲裁审理期间，当当网公司未向高某某送达复工通知要求其继续工作，故该期间的工资损失应按照高某某的原工资标准确定，本院据此核算上述期间的工资损失为105463.92元。

现代社会呈现出愈加丰富多元的趋势，我们总是发现身边出现很多新鲜事，我们又会学着逐渐的去接纳这些新鲜事，除非它威胁到了他人、集体、国家或社会公共利益。也许正是我们对很多新鲜事的包容，才奠定了文明的长远发展和社会的长足进步。我们习惯于按照我们对于生物性别的认识去理解社会，但仍然会有一些人要按照自己的生活体验来表达他们的性别身份，对于这种持续存在的社会表达，往往需要我们重新去审视和认识，这种重新审视和认识或许是一个非常漫长的过程，但确实越来越多的人选择包容，我们也确有必要逐渐转变我们的态度。因为只有我们容忍多元化的生存方式，才能拥有更加丰富的文化观念，才能为法治社会奠定宽容的文化基础，这或许就是有学者指出“社会宽容乃法治之福”的逻辑。我们尊重和保护变性人的人格、尊严及其正当权利，是基于我们对于公民的尊严和权利的珍视，而非我们对于变性进行倡导和推广。公安部治安管理局《关于公民手术变性后变更户口登记性别项目有关问题的批复》为变性人在户口登记中进行性别项目变更提供了明确依据、原国家卫生计生委办公厅发布的《性别重置技术管理规范（2017年版）》则为易性症患者进行性别重置技术提供了医疗技术规范。而如变性人作为劳动者，其就业的权利也应当受到法律保障。根据《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国就业促进法》的规定，劳动者享有平等就业和选择职业的权利；劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视；用人单位招用人员、职业中介机构从事职业中介活动，应当向劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件，不得实施就业歧视。上述法律条文虽然并未明确规定劳动者不因变性而受歧视，但劳动者因为进行性别置换手术而转变性别并获公安机关认可后，其享有平等就业不受歧视的权利，应系其中之义。本案中，当当网公司于2019年7月22日向高某某发送的函件中提及了“精神病人发作，其他员工的恐惧、不安和伦理尴尬，如厕问题”等内容，导致高某某据此主张受到了当当网公司的

就业歧视。在此，本院呼吁并相信当当网公司及其员工能够发扬“开放、平等、协作、快速、分享”的互联网精神，以更加开放、宽容的心态面对高某某，在高某某能够胜任新岗位的前提下构建和发展和谐稳定的劳动关系。本院亦提示高某某要珍惜社会给予的尊重和保护，在维护自身权利的同时不要滥用权利，以更加坦诚、平和的心态面对当当网公司，力争在新的岗位上取得更优异的成绩。

综上所述，高某某、当当网公司的上诉请求部分成立。本院依照《中华人民共和国劳动合同法》第四条、第四十八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项规定，判决如下：

一、维持北京市东城区人民法院（2019）京 0101 民初 5075 号

民事判决第一项；

二、撤销北京市东城区人民法院（2019）京 0101 民初 5075 号民事判决第四项；

三、变更北京市东城区人民法院（2019）京 0101 民初 5075 号民事判决第二项为：自本判决生效之日起 7 日内，北京当当网信息技术有限公司支付高某某 2018 年 6 月 26 日至 9 月 6 日期间工资 14537.3 元；

四、变更北京市东城区人民法院（2019）京 0101 民初 5075 号民事判决第三项为：自本判决生效之日起 7 日内，北京当当网信息技术有限公司支付高某某 2018 年 9 月 7 日至 11 月 22 日工资 106341.16 元；

五、驳回北京当当网信息技术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》第二百五十三条的规定加倍支付迟延履行期间的债务利息。

二审案件受理费 10 元，由北京当当网信息技术有限公司负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 窦江涛

审判员 王晓云

审判员 刘 艳

二〇二〇年一月三日

法官助理 王琳琳

书记员 陈 津

《中华人民共和国反就业歧视法》 （专家及建议稿节选）

目 录

第一章 总则

第二章 反就业歧视的措施

第一节 一般规定

第二节 性别歧视

第三节 残障歧视

第四节 健康歧视

第五节 种族、民族歧视

第六节 基于其他事由的歧视

第三章 救济组织与救济机制

第四章 法律责任

第五章 附则

第一章 总则

第一条【立法目的】为了消除就业歧视，保障公民的平等就业权利，促进社会公平和谐，根据宪法，制定本法。

第三条【就业歧视的定义】本法所称就业歧视，是指用人单位基于劳动者与工作能力和职业的内在需要不相关的因素，在就业中做出区别对待，从而取消或损害劳动者平等就业权利的行为。本法所称的劳动者，也包括求职者。

前款所指“不相关的因素”包括：

（一）性别、生育状况；

- （二）残障；
- （三）健康、基因；
- （四）种族、民族；
- （五）宗教信仰；
- （六）身份、户籍；
- （七）身体体征；
- （八）年龄；
- （九）学历；
- （十）违法犯罪记录；
- （十一）性别认同、性别表达及性倾向；
- （十二）法律规定的其他不相关因素。

就业歧视包括下列情形：

- （一）直接歧视，是指用人单位基于本条第二款所列因素对劳动者给予区别对待，取消或损害就业机会平等或待遇平等。
 - （二）间接歧视，是指用人单位采取形式上平等的就业政策或实践，但其实施效果会取消或损害本条第二款所列因素对应群体的就业机会均等或待遇平等。
 - （三）骚扰，是指受雇者在执行职务时，任何人以不受欢迎的言词或行为，对其造成敌意性、胁迫性或冒犯性的工作环境，致侵犯或干扰其人格尊严、人身自由或影响其工作表现。
- 第四条【不认为是就业歧视的情形】具有下列情形之一的，不构成本法所称就业歧视：
- （一）用人单位出于职业内在需要、法律的特别规定、或者相关业务及正常运营所必需提出的合理的标准和要求；
 - （二）基于国家安全的需要对劳动者提出的特殊要求；
 - （三）对怀孕、生育和哺乳期妇女给予的特别待遇；
 - （四）为实现少数民族、残障者和妇女在机会和待遇方面的平等而采取的暂行特别措施；

- （五）根据残障劳动者具体需要，在不造成过度或不当负担的情况下，用人单位向其提供灵活安排工作时间或地点、改造工作场所与工作相关的设施设备等合理便利措施。

第二章 反就业歧视的措施

第一节 一般规定

第十一条【用人单位的不歧视义务】用人单位依法享有用人自主权。用人单位、职业中介机构应当依照本法以及其他法律、法规的规定，保障劳动者的平等就业权，向劳动者提供平等的职业机会和职业待遇。

用人单位应当在本单位的规章制度中加入平等就业的规定并予以公布；应当对本单位劳动者开展平等就业方面的培训和教育。

用人单位应当建立健全本单位平等就业申请机制，明确申请受理机构和处理程序。

第十五条【禁止报复】用人单位不得因劳动者本人或在同一单位就职的与其有密切联系的第三人向本单位工会、人力资源和社会保障部门、人民法院、人民检察院、纪检监察部门、妇联、残联等检举、控告就业歧视，或者在其他劳动者提出的检举、控告中提供帮助，在劳动关系存续期间或劳动关系终止后对劳动者本人或与其有密切联系的第三人打击报复，包括无正当理由调换劳动者本人或与其有密切联系的第三人的工作岗位、降职、降级、停职、拒绝及时足额支付劳动报酬、辞退、开除、强迫劳动者解除劳动关系或人事关系或者其他损害劳动者合法权益的方式。

第二节 性别歧视

第十六条【禁止性别歧视】用人单位不得基于劳动者的性别、婚育状况对其实施就业歧视。

用人单位不得在招聘广告、面试、书面劳动合同、口头约定或单位规章制度中限制劳动者结婚或生育。用人单位不得在招聘过程中要求劳动者提供婚姻或生育状况信息，除非用人单位证明该信息是履行特定工作的内在需要。用人单位不得因劳动者在应聘时未如实陈述婚育信息而对其进行惩戒或者解除劳动合同。

用人单位不得因劳动者结婚、怀孕、产假、陪产假、哺乳等原因，在劳动报酬、培训机会、岗位、晋升、评定专业技术职务等方面给予其不利待遇，不得因此单方解除劳动合同。劳动合同期限在怀孕或产假期间届满的，应顺延到哺乳期结束后。但是，劳动者主动要求解除劳动合同的除外。

用人单位应当保障员工在产假或陪产假结束后有权回到原工作岗位或无任何不利待遇的同等岗位，且在其离岗期间，有权享受工作条件改善的福利。

第六节 基于其他事由的就业歧视

第三十八条【禁止基于性别认同、性别表达及性倾向的歧视】用人单位不得基于劳动者的性别认同、性别表达及性倾向实施就业歧视。

第三章 救济组织与救济机制

第三十九条【指导和救济组织】国家设立国家平等机会委员会，负责组织、协调、指导全国的反就业歧视工作。

省、自治区、直辖市设立平等机会委员会，负责组织、协调、指导本行政区域内的反就业歧视工作。

县（市）设立平等机会委员会，受理本行政区域内的劳动者有关就业歧视的控告、申请，并予以裁决。

平等机会委员会是本法的专门执行机构，依法独立开展工作，不受非法干涉。

第五十二条【证明责任与证明标准】申请人提出申请时，只需要提供能够证明被申请人涉嫌歧视的初步证据或者线索。

针对申请人的证据及线索，被申请人可以提供证明自己的行为不构成就业歧视的证据。

被申请人不能提供确实、充分的证据证明不存在就业歧视的，其行为应当被认定为歧视。

人民法院审理反就业歧视案件时，也应当遵循上述证明责任及证明标准的要求。

第四章 法律责任

第五十八条【就业歧视的民事、行政和刑事责任】用人单位违反本法规定，实施就业歧视，侵害劳动者平等就业权的，应当承担相应的民事责任和行政责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第五十九条【就业歧视的民事责任】遭受就业歧视的劳动者可以要求用人单位承担民事责任的方式主要有：

（一）停止侵害；

（二）予以录用；

（三）恢复职务；

（四）赔偿损失；

（五）赔礼道歉；

（六）消除影响、恢复名誉。

以上责任方式，可以单独适用，也可以合并适用。造成财产性损失或者精神损害的，应当依法承担赔偿责任。

第六十条【财产性损失】劳动者因就业歧视遭受的财产性损失包括工资损失以及合理的诉讼费用开支。工资包括基本工资、奖金、津贴和补贴等；合理的诉讼费用包括交通费、复印费、通讯费、鉴定费、公证费和律师费等与诉讼有关的合理支出。

第六十一条【求职者财产性损失的计算】求职者因用人单位实施就业歧视而被拒绝录用的，可以要求用人单位一次性支付所申请岗位三个月的工资作为工资损失予以赔偿。

第六十二条【精神损害】用人单位违反本法规定实施就业歧视，侵害劳动者平等就业权，造成劳动者精神损害的，应当承担赔偿责任。法院应当根据用人单位的过错程度、歧视行为的性质、歧视行为造成的后果等因素综合考虑赔偿数额。

第六十三条【招聘启事违法的行政责任】用人单位、职业中介机构、就业信息发布机构违反本法规定，发布涉及就业歧视内容的招聘信息的，由政府主管部门责令改正，并处以5千元以上3万元以下的罚款。

第六十四条【单位规章制度违法的行政责任】用人单位的规章制度应当体现公平就业理念，涉及就业歧视的规章制度无效，由政府主管部门责令用人单位改正；拒不改正的处以一万元以下罚款。

第六十五条【劳动合同违法的行政责任】用人单位与劳动者签订的劳动合同违反本法规定，侵犯劳动者平等就业权利的，涉及就业歧视的条款无效；由政府主管部门责令用人单位改正，并处以二万元以下罚款。

保障性少数群体
平等就业权的
法律与政策研究



报告全文
扫描二维码
下载阅读