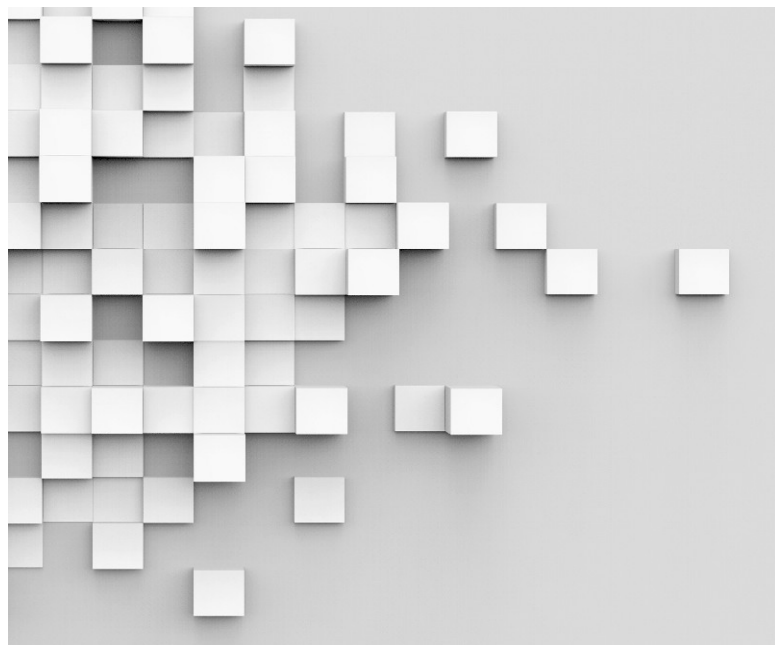


2022年 09期 (总28期) 月刊

四川恒和信律师事务所
劳动法律部

HENGHEXIN LAW FIRM

恒力尚法 和美信达







目录 CONTENT

关于恒和信 01

劳动法律部 02

新法速递 03

重点法规 05

热点案例 10

专题探讨 12

经典判决 14



01

关于恒和信

四川恒和信律师事务所成立于2001年，系一家大型综合性律师事务所。2019年，经四川省司法厅批准，变更为“特殊的普通合伙”律师事务所，也是西南地区少有的同时具有律师事务所资质和专利代理资质的“双证所”之一。恒和信秉承“恒力尚法、和美信达”的理念，着力建设“专业、责任、价值、奋进”的律师事务所。事务所拥有律师及工作人员300余名。20余名律师具有在美国、欧洲留学经历，30余名律师具有注册会计师资格、注册税务师资格、土地评估师、注册房地产估价师、专利商标代理人等专业职业资格。

四川恒和信律师事务所20余次荣获全国、省、市优秀律师事务所，50余名律师担任省、市、区律师协会及其他社团组织和专业机构重要职务。



四川恒和信律师事务所在政府法律顾问、公司并购与重组、金融与证券、私募股权、房地产开发与城市基础设施建设、项目投融资、涉外法律事务、知识产权、合同法律事务的处理等方面具有丰富的法律服务经验，为了高标准满足客户的需求，事务所一直以团队协作方式优化资源配置，以集体智慧解决法律问题，坚持走精品化的道路，向客户提供专业、优质、高效的法律服务，得到了客户广泛好评，赢得众多客户支持和信赖，成为中外客户出色的合作伙伴。



劳动法律部

劳动法律部现由30余名专业理论深厚、执业经验丰富的律师组成，部门律师担任多家大型国有企业、上市公司、高新技术企业等常年法律顾问、人力资源专项常年法律顾问，积累了丰富的服务经验。

劳动法律部自成立以来，承办了大量案情复杂、标的额巨大的劳动争议案件。经过多年发展，劳动法律部形成了完整的专业服务体系，既能够为客户提供如用工风险测评、劳动合同设计、企业内训、员工手册制订、裁员安置、离职管理等传统劳动法领域的专项服务；也能为客户提供各种重大、复杂的劳动争议案件的代理服务。同时，劳动法律部紧跟经济发展趋势，时刻关注国内外前沿用工领域，能为客户提供如高端员工背景调查、“共享员工”、外国人用工管理、跨国用工等新兴劳动法领域的专业法律服务！



新法速递

（一）人社部、住建部【修改《建筑工人实名制管理办法(试行)》】

8月2日，人社部、住建部修改了《建筑工人实名制管理办法(试行)》，将第八条修改为：“全面实行建筑工人实名制管理制度。建筑企业应与招用的建筑工人依法签订劳动合同，对不符合建立劳动关系情形的，应依法订立用工书面协议。建筑企业应对建筑工人进行基本安全培训，并在相关建筑工人实名制管理平台上登记，方可允许其进入施工现场从事与建筑作业相关的活动。”将第十条、第十一条、第十二条和第十四条中的“劳动合同”统一修改为“劳动合同或用工书面协议”。《办法》修改后，全面实行建筑工人实名制管理制度；不再强制要求签订劳动合同，对于不符合签订劳动合同的，可以签订用工协议。此次修改，有利于进一步促进就业，保障建筑工人的合法权益。

（二）人社部、最高院【发布《关于加强行政司法联动保障新冠肺炎康复者等劳动者平等就业权利的通知》】

8月16日，《通知》要求加强行政司法协调联动，进一步保障新冠肺炎康复者等劳动者平等就业权利。《通知》明确了用人单位对新冠肺炎康复者等劳动者实施就业歧视、擅自非法查询新冠病毒核酸检测结果的，劳动者可以侵害平等就业权、个人信息权益等为由，依法向人民法院提起诉讼。对案件事实清楚、法律关系明确的就业歧视案件，人民法院在确保公正的前提下，要提高司法保护的效率，做到快立、快审、快结。《通知》强调了用人单位和人力资源服务机构应当遵守相关法律规定，不得以曾经新冠肺炎病毒核酸检测阳性等为由，拒绝招（聘）用新冠肺炎康复者等劳动者；不得发布含有歧视性内容的招聘信息；除因疫情防控需要，不得违反个人信息保护法等有关规定，擅自非法查询新冠病毒核酸检测结果。《通知》有利于引导用人单位及人力资源服务机构遵纪守法、劳动者依法理性维权，保障劳动者平等就业权利。

（三）卫健委、财政部、人社部等17部门【发布《关于进一步完善和落实积极生育支持措施的指导意见》】

8月17日，《指导意见》中提出由国家统一规范并制定完善生育保险生育津贴政策。其中第四条完善生育休假和待遇保障机制中，明确规定：国家统一规范并制定完善生育保险生育津贴支付政策，强化生育保险对参保女职工生育医疗费用、生育津贴待遇等保障作用，保障生育保险基金安全。有条件的地方可探索参加职工基本医疗保险的灵活就业人员同步参加生育保险。未就业妇女通过参加城乡居民基本医疗保险享受生育医疗待遇。为领取失业保险金人员缴纳职工基本医疗保险费（含生育保险费），保障其生育权益，所需资金从失业保险基金列支。指导地方综合考虑医保（含生育保险）基金可承受能力、相关技术规范性等因素，逐步将适宜的分娩镇痛和辅助生殖技术项目按程序纳入基金支付范围。根据《指导意见》精神，未婚生育等原来不能享受生育津贴的情形，现在只要履行了生育保险的缴费义务，则可以依法享受生育津贴。国家层面在待遇享受方面不设门槛，在经办服务清单上，关于享受生育保险生育津贴所需提供的相关材料也不再包括结婚证等材料，有效保障生育女职工合法权益，积极促进生育。

（四）重庆市第五中级人民法院【发布《2019—2021年度劳动争议典型案例》】

近日，重庆五中院精心筛选“如何判断劳动者放弃用人单位为其缴纳社会保险费的行为效力”“职工因工伤提出解除劳动合同，用人单位应否支付经济补偿”“劳动者以用人单位没有依法支付未休年休假工资为由主张经济补偿的，应否支持”“因用人单位原因停工停产，经济补偿计算标准应如何掌握”“劳动者因第三人侵权造成工伤，应否获得双倍”“网络主播与签约公司是否存在劳动关系”等六个具有普遍指导意义的典型案例，形成类案裁判要旨予以对外公布，指引劳资双方准确把握劳动法律法规与国家相关政策，不断增强劳动者和用人单位守法的自觉性，以期达到规范企业自觉履行义务、承担社会责任，引导劳动者合法、合理表达利益诉求的目的，为促进劳动关系有序运行和经济社会的健康发展贡献应有的司法力量。



重点法规：

深圳市员工工资支付条例（2022修正）

发文日期：2022年08月04日

第一章 总则

第一条 为了维护员工获得劳动报酬的权利，规范工资支付行为，根据《中华人民共和国劳动法》等法律、法规，结合深圳市实际，制定本条例。

第二条 本条例适用于本市行政区域内的企业、个体经济组织以及民办非企业单位等组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的员工。

国家机关、事业单位、社会团体和与之建立劳动关系的员工，依照本条例执行。但是，公务员、参照公务员管理的人员等除外。

第三条 本条例所称工资，是指用人单位依据国家有关规定和劳动关系双方的约定，以货币形式支付给员工的劳动报酬。但是，依据法律、法规、规章的规定，由用人单位承担或支付给员工的下列费用不属于工资：

- （一）社会保险费；
- （二）劳动保护费；
- （三）福利费；
- （四）用人单位与员工解除劳动关系时支付的一次性补偿费；
- （五）计划生育补贴、奖励；
- （六）其他不属于工资的费用。

第四条 本条例所称正常工作时间工资，是指员工在正常工作时间内为用人单位提供正常劳动应得的劳动报酬。正常工作时间工资不包括加班工资，中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作条件下的

补助以及按照规定不属于工资的其他费用。

正常工作时间工资由用人单位和员工按照公平合理、诚实信用的原则在劳动合同中依法约定，约定的正常工作时间工资不得低于市人民政府公布的最低工资标准。

第五条 用人单位应当按时、足额支付员工工资。

第六条 工资应当以货币形式支付，不得以实物等非货币形式支付。

用人单位应当至少每月向员工支付一次工资。

第七条 市、区人力资源主管部门负责对本条例的实施情况进行监督、检查。

公安、市场监管、住房建设等部门应当在各自职责范围内，协助人力资源主管部门做好用人单位工资支付的监督管理工作。

第二章 工资支付一般规定

第八条 用人单位应当通过集体协商或者其他民主方式依法制定工资支付制度，并且向本单位全体员工公布。

第九条 用人单位应当与员工约定工资及其支付周期、支付日等内容。

第十条 实行年薪制或者按照考核周期支付工资的，应当每月按照不低于最低工资的标准预付部分工资。

加班工资支付周期不得超过一个月。

第十一条 工资支付周期不超过一个月的，约定的工资支付日不得超过支付周期期满后第七日；工资支付周期超过一个月不满一年的，约定的工资支付日不得超过支付周期期满后的一个月；工资支付周期在一年以上的，约定的工资支付日不得超过支付周期期满后的六个月。

工资支付周期为一个月，自用工之日起至约定的工资支付日不满一个月的工资，用人单位可以在首个工资支付日按日折算支付，也可以在下一个工资支付日合并支付，具体由用人单位与员工协商确定。

工资支付日遇法定休假日或者休息日的，应当在之前的工作日支付。

第十二条 用人单位因故不能在约定的工资支付日支付工资的，可以延期五日；因生产经营困难，需延期超过五日的，应当征得本单位工会或者员工本人书面同意，但是最长不得超过十五日。

第十三条 用人单位与员工的劳动关系依法解除或者终止的，支付周期不超过一个月的工资，用人单位应当自劳动关系解除或者终止之日起三个工作日内一次付清；支付周期超过一个月的工资，可以在约定的支付日期支付。

第十四条 员工工资应当从用人单位与员工建立劳动关系之日起计发至劳动关系解除或者终止之日。

劳动关系解除或者终止时，支付周期未了的员工月度奖、季度奖、年终奖，按照劳动合同的约定计发；劳动合同没有约定的，按照集体合同的约定计发；劳动合同、集体合同均没有约定的，按照依法制定的企业规章制度的规定计发；没有约定或者规定的，按照员工实际工作时间折算计发。

第十五条 用人单位支付工资应当制作工资支付表。

工资支付表应当有支付单位名称、工资计发时段、发放时间、员工姓名、正常工作时间、加班时间、正常工作时间工资、加班工资等应发项目以及扣除的项目、金额及其工资账号等记录。

工资支付表至少应当保存三年。

用人单位支付员工工资时应当以纸质或者电子形式向员工提供一份本人的工资清单。工资清单的内容应当与工资支付表一致，员工对工资清单表示异议的，用人单位应当予以答复。

第十六条 用人单位应当将工资支付给员工本人。

用人单位支付工资委托银行发放的，应当将工资存入员工本人账户。

用人单位以现金形式支付员工工资的，应当由员工本人领取，并在工资支付表上签收。员工因故不能亲自领取工资的，可以委托他人代领，但是应当提供书面的授权委托。员工死亡的，工资由其继承人或者受赠人领取。

第十七条 用人单位以周、日、小时支付员工工资的，其工资折算按照每日工作八小时、每周工作四十小时、每月平均工作21.75日计算。

第三章 加班工资支付标准

第十八条 用人单位有下列情形之一的，应当按照下列标准支付员工加班工资：

（一）安排员工在正常工作时间以外工作的，按照不低于员工本人正常工作时间工资的百分之一百五十支付；

（二）安排员工在休息日工作，又不能安排补休的，按照不低于员工本人正常工作时间工资的百分之二百支付；

（三）安排员工在法定休假日工作的，按照不低于员工本人正常工作时间工资的百分之三百支付。

第十九条 实行综合计算工时工作制的员工，在综合计算工时周期内，员工实际工作时间达到正常工作时间后，用人单位安排员工工作的，视为延长工作时间，按照不低于员工本人正常工作时间工资的百分之一百五十支付员工加班工资。

用人单位安排实行综合计算工时工作制的员工在法定休假日工作的，按照不低于员工本人正常工作时间工资的百分之三百支付员工加班工资。

第二十条 用人单位安排实行不定时工作制的员工在法定休假日工作的，按照不低于员工本人正常工作时间工资的百分之三百支付员工加班工资。

第四章 假期工资支付标准

第二十一条 员工在法定休假日期间休假的，用人单位应当支付工资。

实行小时、日工资制和计件工资制的员工在法定休假日期间休假的，用人单位应当按照不低于员工本人正常工作时间工资的标准，支付其法定休假日期间的工资。

第二十二条 员工依法享受年休假、探亲假、婚

假、丧假、产假、看护假、节育手术假等假期的，用人单位应当视为提供正常劳动并支付工资。

第二十三条 员工患病或者非因工负伤停止工作进行医疗，在国家规定的医疗期内的，用人单位应当按照不低于本人正常工作时间工资的百分之六十支付员工病伤假期工资，但是不得低于本市最低工资标准的百分之八十。

第二十四条 员工因工负伤医疗期间的工资或者工伤津贴按照工伤保险的有关规定执行。

第二十五条 员工请事假的，用人单位可以不支付其事假期间的工资。

第二十六条 实行综合计算工时制度的员工，在综合计算工时周期内，实际工作时间达到正常工作时间后的休息期间，用人单位应当视为提供正常劳动并支付工资。

第五章 特殊情况下的工资支付

第二十七条 员工在正常工作时间内，有下列情形之一的，用人单位应当视为提供正常劳动并支付工资：

（一）依法行使选举权或者被选举权；

（二）当选代表或者委员出席区以上人民代表大会及其常务委员会、政府、党派、工会、共青团、妇联等组织召开的会议；

（三）作为人民陪审员参加审判活动或者作为证人参加诉讼、仲裁活动；

（四）《中华人民共和国工会法》规定的不脱产工会基层委员会委员参加工会活动；

（五）法律、法规规定的其他情形。

第二十八条 非因员工原因造成用人单位停工、停产，自用人单位停工、停产之日起计算，未超过一个工资支付周期(最长三十日)的，用人单位应当按照正常工作时间支付工资。超过一个工资支付周期(最长三十

日)的，可以根据员工提供的劳动，按照双方新约定的标准支付工资；用人单位没有安排员工工作的，应当按照不低于本市最低工资标准的百分之八十支付劳动者生活费，生活费发放至企业复工、复产或者解除劳动关系为止。

第二十九条 因员工本人过错造成停工的，用人单位可以不支付该员工停工期间的工资，但是经认定属于工伤的除外。

第三十条 员工被判处管制或者被判处拘役、有期徒刑适用缓刑或者被假释、监外执行、取保候审，劳动关系未解除的，用人单位应当按照其提供的劳动支付工资。

第三十一条 员工涉嫌违法犯罪被依法采取限制人身自由的强制措施或者受到限制人身自由的行政处罚的，用人单位可以不支付其被限制人身自由期间的工资。

第三十二条 用人单位依法破产、解散或者被撤销进行清算时，清算组织应当依照有关法律规定的清偿顺序，首先支付欠付的员工工资。

第六章 工资扣减

第三十三条 用人单位依法从员工工资中代扣或者代缴下列费用：

（一）员工本人工资的个人所得税；

（二）员工个人负担的社会保险费；

（三）协助执行法院判决、裁定由员工负担的抚养费、扶养费、赡养费；

（四）法律、法规规定应当由用人单位从员工工资中代扣或者代缴的其他费用。

第三十四条 用人单位可以从员工工资中扣减下列费用：

（一）员工赔偿因本人原因造成用人单位经济损失



的费用；

(二) 经员工本人同意的其他费用。

用人单位每月扣减前款第一项费用前应当书面告知员工，每月扣减后的员工工资余额不得低于本市最低工资标准。

第七章 最低工资

第三十五条 本条例所称最低工资，是指员工在正常工作时间内提供了正常劳动后，用人单位应当支付的最低限额的劳动报酬。但是，下列各项不得作为最低工资的构成部分：

(一) 加班工资；

(二) 中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作条件下的补助；

(三) 按照规定不属于工资的其他费用。

第三十六条 最低工资标准应当以员工本人及其平均赡养人口的最低生活费用为基数，并综合考虑下列因素加以确定：

(一) 社会平均工资水平；

(二) 劳动生产率水平和经济发展水平；

(三) 就业状况；

(四) 社会保险标准。

最低工资标准由市人力资源主管部门会同市国有资产管理部门、市总工会、市总商会研究确定，报市人民政府批准。

第三十七条 最低工资标准每两年至少调整一次。

第三十八条 市人民政府确定最低工资标准后，应当在实施前一个月在市主要报刊、电台、电视台以及政府网站分别公布。新闻单位应当及时刊登、播放。

第三十九条 全日制就业劳动者最低工资以月最低工资为基本形式，非全日制就业劳动者最低工资以小时最低工资为基本形式。

第四十条 实行计件工资或者提成工资等工资形式的，应当按照正常工作时间进行折算，其相应的折算额不得低于最低工资标准。

第四十一条 用人单位应当在市人民政府公布最低

工资标准之日起一个月内，将当年度市人民政府有关最低工资标准的规定书面告知本单位员工。

第八章 监督检查

第四十二条 市、区人民政府应当建立对用人单位工资支付监控、工资支付信用信息等监督检查制度。

第四十三条 人力资源主管部门应当依法对用人单位工资支付情况进行监督检查，对违法行为进行处理。

用人单位在接受监督检查时，应当如实报告情况，并提供相关的资料和证明。

第四十四条 人力资源主管部门依法对用人单位工资支付情况进行监督检查时，公安、市场监管和住房城乡建设等有关部门应当根据人力资源主管部门的要求予以协助。

第四十五条 各级工会组织依法对用人单位的工资支付行为进行监督，对用人单位的违法行为有权制止并可以要求人力资源主管部门处理用人单位的违法行为。

第四十六条 任何组织和个人对于违反工资支付法律、法规的行为有权向人力资源主管部门举报。

第四十七条 员工认为用人单位有下列情形之一，侵犯其合法工资报酬权益的，有权向人力资源主管部门投诉：

(一) 支付的工资低于最低工资标准的；

(二) 克扣或者无故拖欠员工工资的；

(三) 法定代表人或者经营负责人转移财产或者逃避、隐匿，可能影响员工工资支付的；

(四) 其他可能影响员工工资支付的。

第四十八条 人力资源主管部门接到举报或者投诉后，应当依法处理，并将处理情况予以答复。

人力资源主管部门应当为举报人保密。

第四十九条 用人单位克扣、无故拖欠员工工资或者低于最低工资标准支付工资的，人力资源主管部门有权要求用人单位在一年内定期报送工资支付表。

第五十条 用人单位克扣、无故拖欠员工工资或者低于最低工资标准支付工资的，人力资源主管部门可以视情节轻重向社会公布。

第九章 法律责任

第五十一条 用人单位为合伙形式的，合伙人对拖欠的员工工资承担连带责任，先行支付拖欠工资的合伙人可以依法向其他合伙人追偿。

第五十二条 在建筑活动中，建设单位、施工总承包企业等单位违法将工程发包、分包或者转包给未经工商登记不具备用工主体资格或者不具备相应资质条件的组织或者个人，该组织或者个人拖欠员工工资的，发包单位应当向员工垫付拖欠的工资。

第五十三条 用人单位实行承包经营，承包方拖欠员工工资的，发包方应当依法承担相应的法律责任。

第五十四条 用人单位有下列情形之一的，由人力资源主管部门给予警告，责令限期改正；逾期未改正的，可以处二万元以上五万元以下的罚款：

- （一）未按照本条例规定制作或者保存工资支付表的；
- （二）未按照本条例规定向员工提供工资清单的；
- （三）以现金方式支付工资，未将工资支付表提供给员工签收的。

第五十五条 用人单位有下列情形之一的，由人力资源主管部门责令限期改正；逾期未改正的，可以视情节轻重处三万元以上五万元以下的罚款：

- （一）支付员工工资低于最低工资标准的；
- （二）克扣或者无故拖欠员工工资的；
- （三）以实物等非货币形式支付员工工资的。

有前款第一项、第二项规定情形的，人力资源主管部门还应当依法责令用人单位向员工加付赔偿金。

第五十六条 被举报、投诉的用人单位在人力资源主管部门监督检查工资支付时，拒绝提供本单位工资支付相关资料或者隐瞒事实、出具虚假资料或者隐匿、毁灭相关资料的，由人力资源主管部门视情节轻重，依法予以处罚。

第五十七条 当事人对人力资源主管部门作出的行政处罚决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。当事人逾期不申请行政复议，也不向人民法院提起行政诉讼，又不履行行政处罚决定的，人力资源主管部门依法向人民法院申请强制执行。

第五十八条 人力资源主管部门以及有关部门工作人员对用人单位进行工资支付监督检查时，应当遵守有关规定，并出示有效证件。

第五十九条 人力资源主管部门以及有关部门不按照本条例规定履行职责的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

人力资源主管部门以及有关部门工作人员在工资支付监督检查中滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守的，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第十章 附则

第六十条 本条例下列用语的含义：

- （一）正常工作时间，是指用人单位在法定工作时间内所确定的工作时间；
- （二）正常劳动，是指员工按照劳动关系双方的约定，在正常工作时间内从事的劳动；
- （三）克扣工资，是指用人单位违反本条例规定扣减员工工资的行为；
- （四）无故拖欠工资，是指用人单位非因不可抗力，超过本条例规定或者认可的工资支付最后期限，未支付或者未全额支付员工工资的行为。

第六十一条 市人民政府可以根据本条例制定实施细则。

第六十二条 本条例自2004年12月1日起施行。

热点案例

01 郑州一实习生拒吃生鸡蛋被辞退，当地劳动监察部门已介入

新闻简介（光明网、澎湃新闻等）

近日，“实习生拒绝吃生鸡蛋被辞退”一事登上多个网络平台热搜。据了解，实习生为河南郑州某大学大二学生，其在某科技公司实习时，因未在规定的时间内完成“开单”业务而被要求吃生鸡蛋，因其拒绝吃生鸡蛋被辞退。事件曝光后，公司称“吃生鸡蛋为员工手册规定必须遵守”。8月18日上午，从郑州市金水区劳动保障监察大队获悉，经该部门调解，涉事公司已向当事人致歉。

点评分析

针对本热点案例涉及到的相关法律知识点，我们评析如下：

首先，用人单位能否规定或要求员工吃生鸡蛋？

根据劳动合同法第八十条“用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”的规定，毫无疑问，涉事公司让劳动者吃生鸡蛋的“规章制度”显然不符合现有法律规定，涉嫌对劳动者侮辱或体罚行为，这样的规章制度因违反法律规定而无效。用人单位依据无效的规章制度辞退劳动者，显然属于违法解除劳动合同。当然，本案中作为在校生的大二实习学生，不能与用人单位建立劳动关系，不能依据劳动法和劳动合同法进行维权。但并不代表实习生的权益不能得到保护，实习生可以依据签订的实习协议主张违约责任。

其次，用人单位因要求劳动者吃生鸡蛋可能面临哪些处罚？

根据劳动合同法第八十八条“用人单位有下列情形之一的，依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任：……（三）侮辱、体罚、殴打、非法搜查或者拘禁劳动者的；……”的规定，用人单位强迫劳动者吃生鸡蛋（或类似情形），可能构成涉嫌侮辱、体罚员工，其主要负责人面临最高15日的治安拘留，造成严重后果的，还有可能构成刑事犯罪。

再次，劳动者面临被迫吃生鸡蛋等行为如何维护合法权益？

劳动者（含试用期员工）遇到此类不合法要求可以拒绝，并向劳动保障监察部门投诉；如因拒绝而被解除劳动合同的，可以申请劳动仲裁，向用人单位主张因违法解除劳动合同的经济赔偿；如因吃生鸡蛋等行为造成身体损害的，还可以向用人单位主张侵权赔偿。

最后，坚持以人为本，规范用工，积极构建和谐劳动关系。近年来，总有极少数用人单位打着“企业文化”或“规章制度”的旗号，要求劳动者吃生鸡蛋、死神辣条或互扇耳光、做俯卧撑等违法行为，变相侮辱、体罚劳动者。须知，用人单位和劳动者是在法律保护之下平等的雇佣关系，劳资双方均不可肆意妄为！

02 “就业歧视”新花样？手机号倒数第五位是5的人，不聘！

新闻简介（光明网、九派新闻）

8月31日报道，近日，网传深圳某教育公司招聘员工时，要求手机倒数第五位数字不能为“5”引网友热议，该新闻还登上了百度热搜。30日，该公司员工回应称此要求是公司老板的要求，并称入职后可以换手机号，如果不同意此要求就不会录用。

点评分析

根据《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。”以及第二十条“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。”的规定，劳动者依法享有平等就业的权利，用人单位不得实施就业歧视。

平等就业权是劳动者依法享有的一项基本权利，既具有社会权利的属性，亦具有民法上的私权属性，劳动者享有平等就业权是其人格独立和意志自由的表现，侵害平等就业权在民法领域侵害的是一般人格权的核心内容——人格尊严，人格尊严重要的方面就是要求平等对待，就业歧视往往会使人产生一种严重的受侮辱感（比如不招某地人），对人的精神健康甚至身体健康造成损害。

本案中，劳动者的手机号属于劳动者的个人信息，与用人单位工作岗位的内在要求没有必然联系，用人单位以劳动者手机号倒数第五位数字为“5”而不予招聘，构成法律禁止的不合理就业歧视。近年来，影响劳动者公平就业的情况屡见不鲜，比如“男性优先”“985、211高校毕业生优先”“年龄35岁以下”“不招XX人”等等，用人单位设置类似招聘限制条件，对劳动者年龄、性别、学历、婚育状况甚至户籍等进行区别对待，严重违反劳动者平等就业权利。实践中，如果劳动者遇到平等就业权受到侵害时，可以向人民法院提起民事诉讼，寻求民事侵权救济。



因用人单位原因停工停产，经济补偿计算标准应如何确定？

（重庆市第五中级人民法院2019—2021年度劳动争议典型案例）

（一）案情介绍



2010年12月14日，蔡某入职某保险重庆分公司。2019年中国银行保险监督管理委员会发布公告，某保险集团不再开展新的保险业务。2019年10月8日，某保险重庆分公司停工放假。2019年12月至2020年6月，某保险重庆分公司每月支付蔡某基本生活费1800元，之后未再发放任何工资。2020年7月9日，某保险重庆分公司以总公司及各级分支机构已经无实质性复工复产可能，劳动合同已无继续履行的客观条件为由，解除双方之间的劳动合同。蔡某起诉请求某保险重庆分公司支付解除劳动合同的经济补偿。

（二）评述意见



劳动者在用人单位的安排下停工放假，属于非因本人原因造成劳动合同进入非常规履行的状态，应当以解除劳动合同前12个月中正常生产情况下劳动者的平均工资作为计算经济补偿的工资标准。2019年8月至2019年11月，蔡某的月平均工资为6969元，蔡某在一审起诉时主张其平均工资为6500元，法院予以尊重。蔡某在某保险重庆分公司的工作时间超过9年6个月不足10年，故某保险重庆分公司应向蔡某支付解除劳动合同经济补偿65000元（6500元/月×10个月）。

（三）典型意义



本案所涉“停工”“停产”是企业因自身过错而非因劳动者或第三方原因造成的经营严重困难，导致企业无法安排员工进行有效生产，企业单方面决定暂时中止为劳动者提供劳动条件，劳动者不能按正常工作制度提供劳动的情形。由于劳动者属于无过错方，用人单位以劳动合同在客观上无法继续履行为由解除劳动关系，经济补偿的计算基数若以解除劳动合同前12个月的实得工资作为计算基数，显然有损劳动者的基本权利，也容易引发用人单位滥用停工、停产权利。因此，在平衡劳动者就业稳定的需要和用人单位分散经营风险的需要之间的关系时，应当从企业存在自身过错的角度进行价值选择，以解除劳动合同前12个月中正常生产情况下劳动者的平均工资作为计算经济补偿的工资标准，以充分保障劳动者的权利。

（四）点评分析



实践中，在计算离职经济补偿或是赔偿时，是否剔除非正常经营期间（如停工停产期间或是医疗期间）的工资一直存有争议，不同地方规定也不一样。现就四川及几个主要城市司法裁判意见归纳如下：

根据四川省高级人民法院民一庭《关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答》第29条“《劳动合同法》中规定的经济补偿金及二倍工资计算基数按照劳动者正常工作状态下十二个月的应得工资计算，即未扣除社会保险费、税费等之前的当月工资总额，但不应包括：（一）加班工资；（二）非常规性奖金、津补贴、福利。”的规定，虽然在“不应包括”项下没有直接列明医疗期工资或停工停产期工资，但是在实践中，除极个别仲裁委和基层法院不剔除非正常经营期间工资外，大多数仲裁委、基层法院和中院一般都要剔除非正常经营期间工资，按离职前正常工作状态下十二个月的应得工资计算。如刘某与四川某某化学有限公司劳动争议案件【（2019）川01民终19131号】，一审法院未予剔除非正常经营期间工资，而在二审中，成都中院予以纠正。

浙江省有明确规定，根据浙江省高院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（二）》的通知（浙高法民一〔2014〕7号）第十一条“劳动者解除或者终止劳动合同前十二个月包含医疗期等非正常工作期间，且在该期间内用人单位未支付正常工作工资的，经济补偿基数应如何确定？答：《劳动合同法》第四十七条第三款规定的本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资，应理解为劳动合同解除或者终止前劳动者正常工作状态下十二个月的平均工资，不包括医疗期等非正常工作期间。”的规定，明确规定不包括医疗期等非正常工作期间工资，统一裁判口径，避免争议出现。

上海、重庆等虽没有明确规定需要剔除非正常经营期间工资，但是实践中法院一般倾向于剔除病假、停工停产等特殊情形下的工资，以正常出勤时的工资标准作为计算基数。

相反，北京等少部分地区没有明确规定是否需要剔除非正常经营期间工资，但实践中倾向于按照解除前12个月工资作为计算基数，即不剔除病假、停工停产等非正常经营期间的工资。

经典判决



案件要旨

用人单位在招用人员时，基于地域、性别等与“工作内在要求”无必然联系的因素，对劳动者进行无正当理由的差别对待的，构成就业歧视，劳动者以平等就业权受到侵害，请求用人单位承担相应法律责任的，人民法院应予支持。

闫某某诉浙江某某度假有限公司平等就业权纠纷案

案件来源：最高人民法院指导案例

审理法院：浙江省杭州市中级人民法院

案由：确认劳动关系纠纷

案由：平等就业权纠纷

案号：（2020）浙01民终736号

上诉人（原审原告）闫某某，女，19XX年X月X日出生，汉族，住H南省唐河县。

委托诉讼代理人张XX，上海XX律师事务所律师。

上诉人（原审被告）浙江某某度假有限公司，住所地浙江省杭州市西湖区之江路**。

法定代表人何XX，公司董事长兼总经理。

委托诉讼代理人陈XX，北京XX律师事务所律师。

上诉人闫某某、浙江某某度假有限公司（以下简称“某某度假公司”）因平等就业权纠纷一案，不服杭州互联网法院（2019）浙0192民初6405号民事判决，向本院提起上诉。本院于2020年1月14日受理后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

原审法院认定，2019年7月，某某度假公司通过XX招聘平台（<https://www.xxxxxxxx.com/>）向社会发布了一批公司人员招聘信息，其中包含有“法务专员”、“董事长助理”两个岗位。2019年7月3日，闫某某通过某某招聘手机app软件就某某度假公司发布的前述两个岗位分别投递了求职简历。闫某某投递的求职简历中，包含有姓名、性别、出生年月**口所在地、现居住城市等个人基本信息，其中户口所在地填写为“H南南阳”，现居住城市填写为“浙江杭州西湖区”。据杭州市杭州互联网公证处出具的公证书记载，公证人员使用闫某某的账户、密码登陆某某招聘app客户端，显示闫某某投递的前述“董事长助理”岗位在2019年7月4日14点28分被查看，28分给出岗位不合适的结论，“不合适原因：H南人”；“法务专员”岗位在同日14点28分被查看，29分给出岗位不合适的结论，“不合适原因：H南人”。另查明，闫某某因案涉公证事宜，支出公证费用1000元。闫某某的一审诉讼请求为：1、判令某某度假公司向闫某某口头道歉；2、判令某某度假公司自判决生效之日起连续十五日在《人民日报》、《H南日报》、《浙江日报》上向闫某某登报道歉；3、判令某某度假公司向闫某某支付精神抚慰金6万元；4、诉讼费、公证费等一切与诉讼相关费用由某某度假公司承担。

原审法院认为：根据本案闫某某诉请的法律关系及已查明的案件事实，本案主要争议焦点为：一、某某度假公司被诉侵权行为是否构成对闫某某平等就业权的侵害；二、若侵权行为成立，某某度假公司应承担何种民事责任。

一、关于某某度假公司行为是否侵害闫某某的平等就业权的问题。

闫某某认为，某某度假公司以其系H南人为由拒绝予以录用，属于就业地域歧视，侵害其平等就业权利。某某度假公司认为，该公司不存在就业地域歧视，不合适理由虽表述为“H南人”，但实际是因为闫某某的简历不符合公司的基本招聘要求，没有工作经验，不符合岗位条件，并非是公司对闫某某或者H南人有歧视，这只是公司工作人员自己的备注。原审法院认为，根据《中华人民共和国就业促进法》第三条规定，劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。该法第六十二条同时规定，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。前述法规对劳动者平等就业权及权利受到侵害的救济做出了相应规定。平等就业权是指具有劳动能力，达到法定年龄的劳动者能够在劳动力市场上选择用人单位从而平等地获得参加社会劳动的机会，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而遭受歧视的权利。平等就业权是劳动者依法享有的一项基本权利，其既具有社会权利的属性，亦具有民法上的私权属性，劳动者享有平等就业权是其人格独立和意志自由的表现，侵害平等就业权在民法领域侵害的是一般人格权的核心内容——人格尊严，人格尊严重要的方面就是要求平等对待，就业歧视往往会使人产生一种严重的受侮辱感，对人的精神健康甚至身体健康造成损害。据此，劳动者可以在其平等就业权受到平等主体侵害时向人民法院提起民事诉讼，寻求民事侵权救济。结合《中华人民共和国侵权责任法》中关于侵害他人人格权的构成要件，本案某某度假公司是否侵害闫某某平等就业权，应从以下层面进行评判，即：某某度假公司是否存在就业歧视行为、闫某某就业机会是否受到侵害、就业歧视与不利后果之间是否存在因果关系及是否存在

主观过错。1、某某度假公司是否存在就业歧视行为。《中华人民共和国就业促进法》第二十六条规定，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。所谓就业歧视是指，用人单位在招聘过程中，对招聘条件相同或相近的求职者基于某些与个人工作能力或工作岗位无关的因素，而不能给予其平等的就业机会或在工资、岗位安排、劳动条件与保护、社会保险与福利等方面不能提供平等待遇。就业歧视的本质特征是没有正当理由的差别对待，其包含两个方面的基本要素：第一，存在差别对待的行为；第二，这种差别对待缺乏合理性基础，为法律所禁止。对于是否存在差别对待现象初步的举证责任在于求职者，即求职者应举证证明用人单位存在将原本无序混杂的人群按照某一标准重新分割排列，触发归类效果，并对其产生不利后果。求职者完成前述证明责任后，应由用人单位举证证明差别对待具有合理依据，不违反法律禁止性规定，若不能提供有效的证据证明待遇的差别是合理需要，则可判定歧视成立。具体就本案而言：第一，从已查明的事实可知，闫某某向某某度假公司两次投递求职简历，均被某某度假公司以“H南人”不合适为由予以拒绝，显然在针对闫某某的案涉招聘过程中，某某度假公司使用了主体来源的地域空间这一标准对人群进行了归类，并根据这一归类标准而给予闫某某低于正常情况下应当给予其他人的待遇，即拒绝录用，可以认定某某度假公司因“H南人”这一地域事由要素对闫某某进行了差别对待。某某度假公司虽然辩称，该公司是基于闫某某不符合招聘条件，即缺乏工作经验、居住在H南、路途较远、工作不便等事由进行拒绝，而之所以给出不合适理由“H南人”，则是该公司工作人员操作失误所致。对此，原审法院认为，首先，某某度假公司以工作人员操作失误进行辩解缺乏客观证据支撑，从外观呈现出的形态看，某某度假公司给出的拒绝理由系闫某某为“H南人”已确凿无疑，现该公司主张系工作人员操作失误所致，应承担举证责任，其不能提供任何客观证据予以证实，理应承担举证不利的后果；其次，从日常经验的盖然性分析，公司人事应熟悉招聘软件的基本应用功能，在拒绝求职者求职申请时对外给出理由是招聘软件最基

本的应用操作，很难想象熟悉软件操作的公司人事会将对外拒绝理由和对内备注混为一谈，某某度假公司的该辩解不符合日常经验；第三，某某度假公司称备注是人事人员对于闫某某籍贯的一个标注，以备自己和公司查看使用，但该辩解与其所称拒招理由为不符合工作条件，逻辑上显然存在矛盾，既然公司拒招闫某某系因其工作经验不符等事由，并不在意闫某某的籍贯等，为何对内又以“H南人”进行标注区分，而不标注为“不符合工作条件”或以其他与招聘事项联系更为密切的标准进行分类标注，某某度假公司不能给出任何合理解释。综上，原审法院对某某度假公司的该项辩解不予采纳。第二，某某度假公司以地域标准的事由要素对闫某某区别对待，是否缺乏合理性基础，违反法律禁止性规定。用人单位依法享有自主用人的权利，但自主用工并非毫无节制，须在法律的规制下行使，不得侵害劳动者平等就业的合法权利，而关键是要划清用人单位自主用工和劳动者平等就业权的界限。《中华人民共和国就业促进法》第三条在明确规定民族、种族、性别、宗教信仰四种法定禁止区分事由时使用“等”字结尾，表明该条款是一个不完全列举的开放性条款，即法律除认为前述四种事由构成不合理差别对待的禁止性事由外，还存在与前述事由性质一致的其他不合理事由，亦为法律所禁止。何种事由属于前述条款中“等”的范畴，现阶段在司法实践中一个重要的判断标准是，用人单位是根据劳动者的专业、学历、工作经验、工作技能以及职业资格等与“工作内在要求”密切相关的“自获因素”进行选择，还是基于劳动者的性别、籍、身份、地、地域、年龄、外貌、民族、种族、宗教等与“工作内在要求”没有必然联系的“先赋因素”进行选择，后者构成为法律禁止的不合理就业歧视。劳动者的“先赋因素”，是指人们出生伊始所具有的人力难以选择和控制的要素，法律作为一种社会评价和调节机制，不应该基于人力难以选择和控制的要素给劳动者设置不平等；反之，应消除这些因素给劳动者带来的现实上的不平等，将与“工作内在要求”没有任何关联性的“先赋因素”作为就业区别对待的标准，根本违背了公平正义的一般原则，不具有正当性。本案中，某某度假公司以地域事由要素对闫某某的求职请求进行区别对待，而地域事由属于闫某某乃至任何人都无法自主选择、控制的与生俱来的“先赋因素”，在某某度假公司无法提供客观有效的证据证明，地、地域要素与闫某某申请的工作岗位之间存在必然的内在关联或存在其他的合法目的的情况下登公司的区分标准不具有合理性，构成法定禁止事由。综上，某某度假公司在针对闫某某的招聘活动中，提出与职业没有必然联系的地域事由对闫某某进行区别对待，构成对闫某某的就业歧视。2、闫某某是否因歧视遭受不利后果、某某度假公司是否存在主观过错。本案中，某某

度假公司直接以闫某某系“H南人”为由，两次拒绝闫某某的求职请求，该公司拒绝理由本身就包含明显的不合理的差别对待，属于直接就业歧视，直接剥夺了闫某某平等参与和平等被对待的就业机会，对其人格尊严和意志自由构成侵害，故闫某某在求职中遭受的损害与某某度假公司歧视行为存在直接因果关系。同时，从本案已查明的事实，可以推定某某度假公司对于其实施的歧视行为至少存在有主观上明知或应知而放纵损害发生的主观过错，具有可责难性。至于某某度假公司辩称该行为系公司员工个人疏忽所致，公司不具有过错，原审法院认为，某某度假公司工作人员以公司名义对外在某某招聘平台发布招聘信息、回复求职者求职申请的行为，系公司工作人员的职务行为，公司工作人员执行公司职务行为产生的过错，对外应视为公司法人过错，责任应由公司法人负担，故对某某度假公司该点辩解理由不予采纳。综上，某某度假公司在案涉招聘活动中对闫某某实施了就业歧视行为，损害了闫某某平等地获得就业机会和就业待遇的利益，主观上具有过错，构成对闫某某平等就业权的侵害。

二、某某度假公司侵害闫某某平等就业权，应承担何种民事责任的问题。

关于闫某某主张精神抚慰金及合理维权支出损失的赔偿。根据《中华人民共和国侵权责任法》第二十二条规定，侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。平等就业权涉及到劳动者的人格尊严和意志自由，属于一般人格权，对劳动者平等就业权的侵害，不仅会使劳动者在就业竞争中处于劣势，不能公平参与社会资源分配，难以通过提供劳动获取基本生活来源，更会阻碍劳动者的人格发展，使劳动者在就业活动中受到排斥、归于异类，会感到自己的人格、自尊被无端地伤害，产生一种严重的受侮辱感，会在不同程度上对劳动者精神造成损害，故本案某某度假公司侵害闫某某平等就业权，闫某某主张受到精神损害，要求赔偿精神抚慰金，依法应予支持。至于精神抚慰金的金额，因精神损害系受害人痛苦之感受，然而受害人痛苦之有无、大小、长短，因人而异，精神损害既不具有金钱价值，又没有为人们易于辨识的物理特

征，因此，受害人精神损害抚慰金之确定，须就个别案件，斟酌一切情势，始能实现抚慰金制度之抚慰、惩戒及调整功能。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第十条对确定精神损害抚慰金数额的考量因素有原则性规定，即，一方面，考虑受害人的损害程度、经济状况、年龄、性别、社会地位等因素；另一方面，考虑加害人的过错程度、侵权的具体情节、经济状况、认错态度等因素，并辅之以侵权行为地一般收入水平、经济状况等外在环境因素，故原审法院综合全案情形酌情确定，某某度假公司赔偿闫某某精神抚慰金9000元，对诉请超出的部分不予支持。同时，根据《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十八条规定，对闫某某为制止侵权行为所支付的合理开支即公证费1000元予以支持，对其他未提交证据证实的费用开支，不予支持。综上，原审法院酌情确定某某度假公司应赔偿闫某某精神抚慰金及合理维权支出损失共计10000元。关于闫某某主张赔礼道歉。根据《中华人民共和国侵权责任法》第十五条规定，侵害他人人格权，受害人可以要求侵权人承担赔礼道歉的民事责任。本案某某度假公司对闫某某实施就业歧视，使得闫某某在求职过程中受到不公平的屈辱对待，闫某某要求某某度假公司赔礼道歉，依法应予支持。至于赔礼道歉的方式，考虑到以下两方面的因素，首先，《中华人民共和国侵权责任法》的立法目的除保护民事主体的合法权益外，还包括预防并制裁侵权行为，就业领域的地域歧视社会影响大、波及范围广、受影响的人群多，而现实中侵权主体的违法成本低，单靠口头上的赔礼道歉难以达到教育、预防及制裁的效果；其次，某某度假公司至少存在有明知或应知而放纵损害发生的主观过错，且在事件发生后未及时认识到问题的性质，以消极态度予以应对，故酌情确定由某某度假公司向闫某某进行口头道歉并在

国家级媒体《法制日报》登报道歉，对诉请超出的部分不予支持。

最后，原审法院指出，本案虽因闫某某作为H南人遭受就业地域歧视而引发，但本案争议的本质系发生在就业领域的不合理区别对待。就业是最大的民生，就业公平无疑是民众最大的期待，就业歧视涉及到每一个劳动者的公平正义。一方面，平等的劳动就业权是公民最重要、最基本的生存权利，是公民生存和发展的基础，依法应受到法律保护。人的特征几乎是无限的，今天闫某某因“H南人”的地域标签受到歧视，明天其他劳动者也可能因民族、种族、性别、宗教信仰、年龄、容貌、方言、血型、甚至是姓氏、星座等等形形色色、举不胜举的事由受到不公平对待，而前述特征中只有极少数特征与工作及其所产生的社会效益相关，故对于侵害劳动者平等就业权的歧视行为，应旗帜鲜明的给予否定，对遭受侵害的权利依法给予及时、适当救济，以维护法律公平正义的价值秩序及公民合法权益。另一方面，用人单位合理、合法的自主用人权应当受到尊重，市场在配置劳动力资源过程中的决定性、基础性作用不容否定，但用人单位的自主权应受到法律的规制。就业意味着职业作为一种资源或财富的分配，有分配就会产生竞争，进而不可避免会产生差别，竞争促进发展，并非所有的差别对待都构成歧视，但对资源的分配应符合正义标准——相同者予以相同处理，不同者予以区别对待，歧视的本质不是差别，而是不正当的差别对待，故用人单位的用工自主权不应突破法律禁止的红线，有必要通过司法的评价和确认来厘清权利的边界，引导建立兼具公平、效率的用工秩序和市场环境。我们都希望生活在一个凭自身能力、不懈奋斗就能实现人生价值的社会，这不仅需要从法律、制度层面规范用人制度，消除一切影响平等就业的制度障碍和就业歧视，更需要在每一个劳动者心中培育相互尊重、宽容、多元的社会文

化。依据《中华人民共和国民法总则》第一百零九条，《中华人民共和国就业促进法》第三条、第八条、第二十六条，《中华人民共和国侵权责任法》第六条、第十五条、第二十二条，《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》第十条，《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十六条、第十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，《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、九十五条之规定，判决：一、浙江喜来登度假村有限公司于判决生效之日起十日内赔偿闫某某精神抚慰金及合理维权费用损失共计10000元；二、浙江某某度假有限公司于判决生效之日起十日内，向闫某某进行口头道歉并在《法制日报》公开登报赔礼道歉（道歉声明的内容须经原审法院审核）；逾期不履行，原审法院将在国家级媒体刊登判决书主要内容，所需费用由浙江某某度假有限公司承担；三、驳回闫某某其他诉讼请求。如果未按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，由浙江某某度假有限公司负担。

宣判后，闫某某、某某度假公司均不服，分别向本院提起上诉。闫某某上诉称：一审法院适用法律错误。一审法院根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第十条的相关规定，认为受害人精神损害抚慰金之确定，考虑受害人的损害程度、经济状况、年龄、性别、社会地位等因素，酌定本案的精神抚慰金为9000元。但该条中的认定因素并未提及需要考虑受害人的损害程度、经济状况、年龄、性别、社会地位等因素。换言之，法院不能在同样的侵害行为下因受害人的经济状况、年龄、性别、社会地位等因素对其区别对待，而应关注侵权人的过错程度、侵害手段、场合、行为方式等具体情节、侵权行为所造成的后果、侵权人获利情况、侵权人担责的经济能力、受诉法院所在地平均生活水平等法律规定因素来确认精神抚慰金数额。二、一审法院判令被上诉人支付的精神损害抚慰金畸低。首先，一审法院判令被上诉人支付上诉人精神损害抚慰金9000元过低。根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第十条的规定，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。本案中被上诉人于2019年7月

4日14时28分对上诉人简历进行查看，并于短短的一分钟对“董事长助理”、“法务专员”两个职位得出不合适的结论，“不合适原因：H南人”。另在原审庭审过程中，被上诉人以其与李姓H南籍员工签署的劳动合同证明其不存在歧视，可见其具备“H南人”这一称谓系地域歧视的常识。故被上诉人上述行为，主观上存在对“H南人”这一群体歧视的故意，客观上侵害了上诉人的平等就业权。其既认识到自己的行为构成侵权，也存在侵权故意，故其侵权过错程度应为重大故意。另被上诉人的侵权行为给上诉人带来严重的精神损害。诚如广大来自小镇乡村的年轻人，上诉人到大城市追求自己的梦想，成为响应时代号召的追梦人。上诉人系H南人，成长、成人之路上亲人、朋友、同学大部分是H南人，被上诉人以上诉人的先赋因素认定上诉人不适合其发布的两个职位，严重摧毁了上诉人长期建立起来的社会价值观，给上诉人再次找工作带来极大的心理障碍，也给当下社会带来严重的负面影响。同时，某某度假公司自始至终未主动对上诉人进行任何道歉，在庭审始末均不承认其行为构成侵权，更加剧了对上诉人的精神及心理损害。此外，被上诉人系注册资本为1860万美元的合资企业，其完全有能力承担上诉人一审中主张的6万元精神损害抚慰金。且本案上诉人被被上诉人拒绝的系为“董事长助理”、“法务”两个职位，虽均系侵权法律关系，实际上却为两侵权法律行为。2018年杭州市城镇居民人均消费水平达41615元。结合侵权人承担责任的实际能力及受诉法院所在地平均生活水平，上诉人认为一审法院判决被上诉人支付精神抚慰金9000元畸低。请求：1、撤销原审判决第一项、第三项，发回重审或依法改判支持闫某某一审的诉讼请求；2、一、二审诉讼费用由某某度假公司承担。

某某度假公司答辩称：一、暂且不论某某度假公司在本次纠纷中是否存在就业歧视的情形，闫某某上诉时认为应根据其作为被侵权人受到的伤害程度、场合等因素来判定本案的精神损害抚慰金的数额。但本案中，某某度假公司发布招聘信息，闫某某在网上投简历应聘，双方实际上没有安排面试，也没有其他实质性的接触，所有的事情都发生在线上，也没有任何第三方得知上述的过程。但本案一审开庭前，网络微博、媒体等铺天盖地的报道，将本次事件进行大面积发酵的是闫某某。从一个被侵权人或者说被害人的角度出发，真正受到伤害的状态应当是沮丧的，不想被他人知晓的。诚如闫某某在上诉状中提出，因为某某度假公司的行为导致了其长期建立起来的社会价值观被严重的摧毁，但是闫某某将本次事件公布于众的行为，很难让人相信其受到了很深的伤害，且这样的伤害是可以通过舆论的方式来治愈

的。所以闫某某认为其受到了严重伤害的事实某某度假公司不予认可。二、某某度假公司在招聘、录用员工的过程中，对H南籍员工从未有不平等歧视行为，相反，某某度假公司一直以来都有聘用H南籍员工的事实。某某度假公司二审提供的证据可以证明，在双方发生本案招聘争议之前，某某度假公司已经招聘录用了一名H南籍的员工。除此之外，某某度假公司多次给H南籍员工提供面试机会，更进一步证明了某某度假公司没有歧视H南籍员工的事实。三、闫某某在上诉状中提到某某度假公司自始至终没有道歉，也与事实不符。在双方发生招聘争议后，闫某某从来没有通过任何渠道向某某度假公司投诉或要求赔礼道歉。在闫某某向法院提起诉讼后，某某度假公司当时的招聘工作人员，第一时间致电闫某某并表示了歉意，但闫某某坚持要通过诉讼解决。某某度假公司从未道歉的事实是不存在的。以上事实在闫某某接受浙江电视台18**黄金眼采访中也可在起诉后接到了某某度假公司负责招聘的工作人员的电话。因此闫某某认为某某度假公司没有道歉，加剧了其心理损害与事实不符。综上，请求驳回闫某某的上诉请求。

某某度假公司上诉称：一审判决认定上诉人存在就业歧视的行为，侵害了被上诉人平等就业机会是错误的，具体理由如下：一、上诉人并没有歧视“H南人”的主观故意，侵权行为要件不成立。根据《中华人民共和国侵权责任法》之规定，侵犯他人人格权利的，必须主观上有故意的行为。结合本案的事实，被上诉人觉得受到歧视，被剥夺平等就业机会的原因是基于其籍贯为“H南人”。也就是说，上诉人在招聘员工过程中，对于包括被上诉人在内的所有H南人，都存在歧视行为，都没有给予公平的就业机会，才属于主观故意。但根据上诉人提供的证据，上诉人现有在册员工七人，其中来自H南籍员工为两人。上诉人公司在招聘、面试过程中，更是从未对来自H南的应聘人员给予不公平的对待。甚至相反的是，公司面试员工中，来自H南的应聘人员比例相当高。所以，仅因上诉人公司员工一时疏忽

的过失，就认定上诉人主观上有侵权的故意，是错误的。二、就业歧视是指“条件相近的求职者在求职过程中，由于某些与个人能力无关因素的影响，自己不能够享有与他人平等的就业机会，从而使其平等就业权受到侵害的现象”。但本案中，被上诉人没有得到上诉人安排就业机会的根本原因是在于被上诉人的履历不符合上诉人的要求。根据上诉人发布的招聘信息，本案中招聘的“法务专员”、“董事长助理”岗位，均明确要求应聘者的工作经验为1-3年。但被上诉人应聘的简历显示其2017年大学毕业后，就没有相应的工作经验。而符合岗位的基本要求是上诉人给予面试者就业机会的前提。所以被上诉人没有得到就业机会，是基于客观条件的不符合，而并非是其个人无关的地域、籍贯的影响。三、一审判决认为本次事件发生后，上诉人消极对待，与事实不符。上诉人自收到一审法院传票得知被上诉人起诉后，第一时间联系了被上诉人，解释了上诉人操作失误的原因，并向被上诉人做出了道歉。但被上诉人并未接受，坚持要通过诉讼解决本次争议。基于对法律的信任，上诉人相信法院会给双方一个公正的判决，于是上诉人静待一审开庭。但不知为何，在一审开庭前上诉人接到了各方媒体的电话采访，劳动、工商等多个行政主管部门的配合调查通知，理由均是上诉人歧视“H南人”。无论是网络上还是其他媒体，各方在法院未开庭审理的情况下，已经将上诉人扣上了地域歧视的帽子。为此，上诉人承受了巨大的压力，面临各种不公平的声音。但仍希望积极化解矛盾，渴望得到公正的对待。四、上诉人非常认同一审判决中的一段话，就业是最大的民生，就业公平是民众最大的期待，任何因为地域标签而受到的歧视行为都必须被纠正。同样的，上诉人作为一家合法经营的企业，给国家、社会创造财富，承担社会责任，主要的贡献就是给老百姓提供更多的就业机会。上诉人相信，企业的合法权益也应受到法律的保护，企业的合法诉求也应得到公平的评判。如果上诉人真的有地域歧视行为存在的，无论一审如何判

决，上诉人必然接受并改正。反之，上诉人希望在本次纠纷中能得到一个公平的审判结果，而不是在案件未开庭时就被评价为是一家地域歧视的企业。在一审开庭中上诉人提出诸多意见，一审法院完全不予理睬，直接当庭宣判。上诉人希望司法审判是不受任何其他因素干扰的审判。请求：1、依法撤销原判，改判驳回闫某某的诉讼请求；2、一二审诉讼费用由闫某某承担。

闫某某答辩称：一、侵权责任的承担与否并不以侵权行为人主观上是否故意为要件，某某度假公司存在就业歧视行为，且该行为主观上存在过错，其侵权行为为要件不成立的观点是错误的。根据《中华人民共和国侵权责任法》的有关规定，对因侵权行为而承担责任仅要求行为人主观上存在过错即可，是否故意并不是承担侵权责任的必要条件。故意和过失是侵权行为人过错行为在主观上的两种表现形式，区分行为人主观上是故意还是过失并不是确定是否侵权的构成要件，而是确认责任大小时应当考虑的因素。某某度假公司明知道“地;地域”条件是与个人工作能力或工作岗位无关的因素，仍然置法律禁止性规定于不顾，在闫某某通过智联平台向其两次投递简历后一分钟之内便以“H南人”为由予以拒绝，很显然某某度假公司在实施这一行为时主观上是故意的。二、某某度假公司关于只有对“包括被上诉人在内的所有H南人都存在歧视行为，都没有给予公平的就业机会，才属于主观故意”的观点是错误的，曾录用过H南人并不能证明其未对闫某某实行差别对待。主观故意是行为人实施侵权行为时的一种心理状态，即明知道“地;地域”条件是与个人工作能力或工作岗位无关的因素，以该理由录用相对人时会对其心理上造成伤害，仍然置法律禁止性规定于不顾，继续放任这种结果的发生，这与其行为指向的相对人人数的多少无关。三、某某度假公司因“H南人”这一地域事实实施了针对闫某某的差别对待，其工作人员操作失误所致理由不能成立。对此一审判决认定非常清楚全面。综上，请求驳回某某度假公司的上诉请求。

二审中，某某度假公司向本院提交如下证据：1、该公司员工王某简历、户口本信息、劳动合同复印件，用于证明在闫某某提起本案诉讼前，某某度假公司已经有面试并录用H南籍员工的事实；2、刘某面试登记表、应聘简历，杨某面试登记表、应聘简历，用于证明闫某某简历过于简单，不符合公司面试的简历要求。闫某某质证称：对证据1、认可合法性，真实性不认可，劳动合同的签订时间是可以倒签的，社保也是可以补交的，且与本案没有关联性，王某并非H南人，本案的受害人是闫某某，其侵权对象具有针对性，某某度假公司是否录用过H南人并不能证明其没有实施过对闫某某的侵权，不能达到某某度假公司的证明目的；对证据2、

真实性、合法性、关联性均不认可，该证据发生在本案之后，系伪造，与本案没有关联性，某某度假公司不录用闫某某的理由是其为H南人，并非简历过于简单或没有工作经验，简历是否符合要求应与某某度假公司发布的招聘说明相比较，而不能与他人的简历相比，因此不能达到某某度假公司的证明目的。闫某某未向本院提交新的证据。本院认为，对某某度假公司提交的证据1、2的形式真实性予以认可，对是否达到证明目的将在论证部分一并阐述。

经审理，本院查明的事实与原审法院查明的事实一致。

本院认为，《中华人民共和国劳动法》第三条规定，劳动者享有平等就业和选择职业的权利。《中华人民共和国就业促进法》第三条规定，劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。该法第二十六条规定，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。因此，平等就业权作为法律赋予劳动者的一项基本权利，是法律面前人人平等原则在劳动就业领域的具体体现，其实质为劳动者可以自主选择用人单位并平等获得就业机会和相应待遇，不因民族、种族、性别、宗教信仰等因素而受到差别对待。《中华人民共和国就业促进法》第三条在明确民族、种族、性别、宗教信仰四类禁止区别对待事由的基础上以“等”字结尾，表明了对上述禁止区别对待事由的界定为不完全列举。根据上述法律的规定并结合平等就业权保护法益之考虑，本院认为，用人单位如无正当理由，基于劳动者的性别、籍贯、外貌等与工作内在要求没有必然联系的先天形成的因素，而非学历、工作经验等与工作内在要求密切相关的后天获取的因素对劳动者进行差别对待的，应当认定构成就业歧视行为。作为用人单位而言，其虽享有用人自主权，但平等就业权是劳动者生存和发展的前提，是劳动者的一般人格权之所在，用人单位对用人自主权的行使应始终谨守权利的边界，不得以实施就业歧视的方式侵犯劳动者的平等就业权。

关于本案某某度假公司所实施的行为是否构成对闫某某平等就业权的侵害。本院认为，对平等就业权的侵害仍属于一般侵权行为的范畴，应当符合一般侵权责任的构成要件。根据《中华人民共和国侵权责任法》第六条之规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”本案中，闫某某通过某某招聘平台向某某度假公司投递简历，某某度假公司在查看闫某某简历后快速给出不合适的结论，并注明“不合适原因：H南人”，该表意清晰，系以闫某某的籍贯为由拒绝给予就



业机会。某某度假公司诉称未录用闫某某的原因系其简历过于简单，并非出于对籍贯的歧视，并于二审中提供了其他应聘人员的简历作为比对以印证该主张。但该主张与其在招聘网站给出的拒绝理由明显不符，且如确为简历原因，某某度假公司亦可直接在不合适原因中予以明示，故对某某度假公司的该节主张本院不予支持，对其在二审中提交的证据2亦不予采信。某某度假公司另诉称对闫某某籍贯的标注系为方便公司内部查看，但事实上该内容为对外显示的信息，且为闫某某所阅见。某某度假公司未能合理解释籍贯与闫某某应聘的岗位内容之间的内在联系，故籍贯因素系与案涉工作岗位无关的因素，某某度假公司以该与工作内在要求没有必然联系的因素对闫某某应聘进行不合理的限制，拒绝给予其就业机会，客观上已经构成就业歧视。某某度假公司主张侵犯平等就业权应以侵权人存在主观故意要件，而案涉行为仅是工作人员过失导致，并提交了公司录用的H南籍人员信息以证明其不存在侵权的主观故意。本院认为，本案中某某度假公司的工作人员，作为处理公司人事招聘的人员，在查看闫某某的简历后短时间内即快速回复不合适因为“H南人”，对于该拒绝理由并未有任何掩饰或回避，足见其对该行为的损害后果具有重大过错。该工作人员对于应聘者的过滤和选择反映了某某度假公司对应聘人员的选择和评判标准，其职务行为的法律后果应归属于公司。至于某某度假公司是否录用过H南籍员工，并不影响对其以“H南人”为由拒绝给予闫某某就业机会的事实认定，故对其二审提交的证据1不予采信，其关于不存在主观故意、不构成侵权的主张既不符合客观事实，亦无相应的法律依据，本院不予支持。综上，某某度假公司以“H南人”为由拒绝给予闫某某就业机会的行为已经构成就业歧视，其存在侵权的主观过错，该就业歧视行为造成闫某某丧失了就业机会，损害了闫某某作为劳动者的人格尊严，原审判决据此认定该公司构成对闫某某平等就业权的侵害，应属妥当，本院予以确认。

关于本案侵权责任承担方式的确定。本院认为，侵权责任的承担应当与侵权人的主观过错程度、侵权行为的方式、手段以及损害后果的严重程度等相适应。本案中，原审法院综合某某度假公司的主观过错程度、侵权行为的方式以及对闫某某造成的精神损害后果等因素，酌情确定由某某度假公司赔付闫某某精神损害抚慰金9000元，并支持其合理的维权支出1000元，符合法律及司法解释的相关规定，并无不当。为消除某某度假公司侵权行为造成的不利影响，原审法院另判定由某某度假公司对闫某某进行口头道歉并在全国性媒体上登报致歉，亦属妥当。综上，闫某某和某某度假公司的上诉主张均不能成立，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，实体处理得当，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费300元，由闫某某负担150元，浙江某某度假有限公司负担150元。闫某某、浙江某某度假有限公司于本判决送达之日起十五日内来本院退费。

本判决为终审判决。

审判长 石清荣

审判员 俞建明

审判员 孔文超

二〇二〇年五月十五日

书记员 毛胜涛

本刊主编



梁辉律师

四川恒和信律师事务所劳动法律部副部长

多家上市公司、大型国企、人力资源公司劳动人事专项法律顾问，为超2000家企业提供劳动人事法律培训。



邱鑫锐律师

毕业于西南大学法学院，深度了解劳动人事、民商事诉讼、建设工程合同纠纷、民间借贷纠纷等多个领域。



闵太全律师

闵太全律师本科毕业于安徽财经大学，目前在四川大学攻读法律硕士。曾就职上海某外企法务部门，2017年从公证处转行从事律师职业至今，在非诉法律服务、公司法律服务、民商事诉讼等领域具有丰富实务经验。

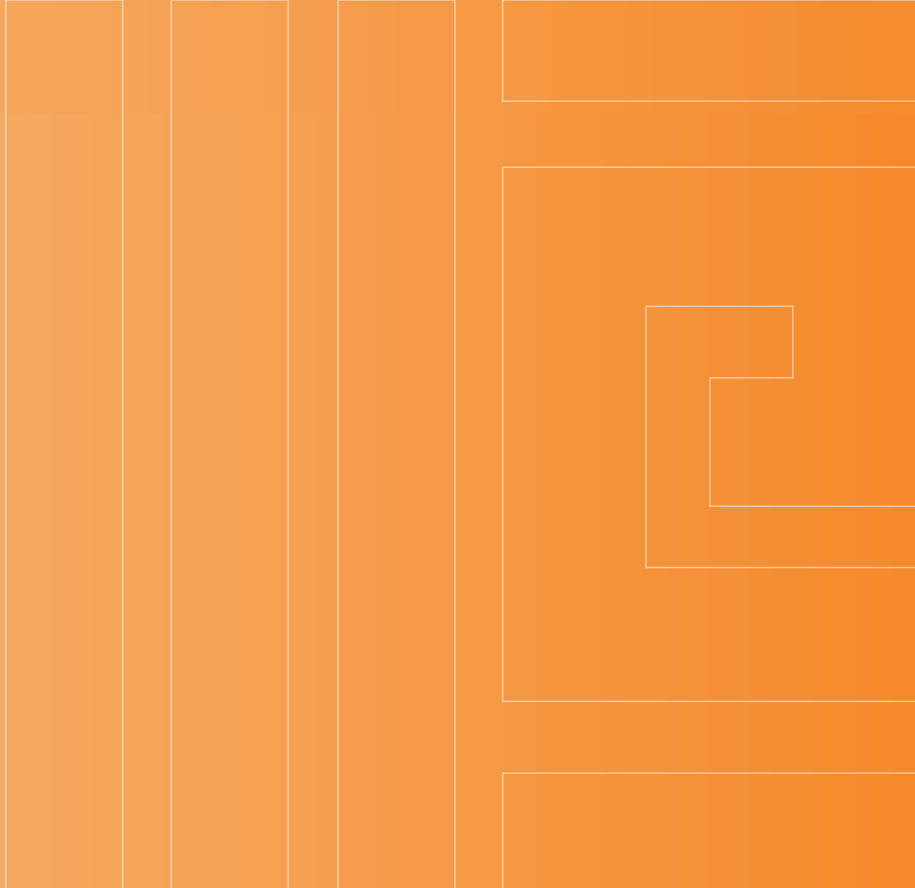


林芬律师

恒和信专职律师，翻译专业硕士研究生，担任多家大型国有企业常年法律顾问，在公司法、劳动法等专项法律服务和争议解决方面具有丰富经验。



恒和信公众号



◎ 本期编辑：梁辉、邱鑫锐、闵太全、林芬

 恒和信律师事务所
HENGHEXIN LAW FIRM