

劳动和社会保障法律资讯

第一期

深圳市律师协会劳动与社会保障法律业务委员会

二〇一二年十一月十二日

本期目录

一、最新文件

关于印发《广东省高级人民法院 广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》的通知 2

二、案例参考

最高法院公报案例：上海冠龙阀门机械有限公司诉唐茂林劳动合同纠纷案 15

三、实务研讨

《女职工劳动保护特别规定》业务研讨会议纪要 30

广东省高级人民法院 广东省劳动人事争议仲裁委员会

粤高法〔2012〕284号

关于印发《广东省高级人民法院 广东省劳动人事 争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件 若干问题的座谈会纪要》的通知

全省各级人民法院、各级劳动人事（劳动、人事）争议（调解）仲裁委员会：

现将《广东省高级人民法院 广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》印发给你们，供各地参照执行。如在处理此类案件时遇到问题，请及时报告省法院民一庭或省劳动人事争议仲裁委员会办公室。

二〇一二年七月二十三日

广东省高级人民法院 广东省劳动人事争议仲裁委员会

关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要

为公正、高效处理劳动人事争议纠纷，统一劳动人事争议案件的裁判标准，广东省高级人民法院与广东省劳动人事争议仲裁委员会于2012年6月21日在佛山召开了关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会，对《中华人民共和国社会保险法》（以下简称《社会保险法》）、《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）、《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（以下简称《劳动争议调解仲裁法》）的适用以及进一步加强裁审程序衔接问题进行了讨论，形成如下会议纪要：

一、适用《社会保险法》的若干意见

1. 用人单位为劳动者建立了社会保险关系，劳动者垫付用人单位未依法缴纳的社会保险费用后，请求用人单位返还的，作为劳动争议处理。

劳动者请求用人单位为其建立社会保险关系或缴纳社会保险费的，不作为劳动争议处理，劳动人事仲裁机构或人民法院应告知劳动者向社会保险行政部门或社会保险费征收机构寻求解决。

2. 劳动者以基本养老保险费的缴纳年限、缴纳数额不足为由，请求用人单位赔偿基本养老保险待遇损失的，不作为劳动争议处理。

按照省人力资源和社会保障厅、省地方税务局《关于妥善解决

企业未参保人员纳入企业职工基本养老保险问题的通知》(粤人社发〔2011〕237号)的规定,可纳入我省城镇企业职工基本养老保险统筹的劳动者请求用人单位赔偿基本养老保险待遇损失的,不作为劳动争议处理,劳动人事仲裁机构或人民法院应告知劳动者向相关社会保险经办机构寻求解决。

劳动者以用人单位未为其办理基本养老保险手续,且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受基本养老保险待遇为由,请求用人单位赔偿损失的,应同时符合以下条件:

- (1) 用人单位未为劳动者参加基本养老保险;
- (2) 社会保险经办机构明确答复不能补办;
- (3) 劳动者达到法定退休年龄。

3. 用人单位未依法为劳动者参加基本医疗保险或者缴纳基本医疗保险费,但劳动者符合享受基本医疗保险待遇的条件,劳动者请求用人单位参照基本医疗保险待遇标准报销医疗费用的,应予支持。

4. 用人单位未为劳动者建立工伤保险关系,且用人单位以及受到事故伤害或者被诊断、鉴定为职业病的劳动者或者其近亲属、工会组织均未在法定期间申请工伤认定,以致社会保险行政部门不受理工伤认定申请,劳动者或者其近亲属请求用人单位支付工伤保险待遇的,劳动人事仲裁机构或人民法院应驳回劳动者或者其近亲属的申请或起诉,并告知其可另行主张人身损害赔偿,但用人单位对构成工伤无异议的除外。

5. 劳动者因生产安全事故发生工伤或被诊断患有职业病,劳动者或者其近亲属已享受工伤保险待遇,又依据《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》的规定向人民法院请求用人单位承担精神损害赔偿责任的，应予支持。

6. 劳动者工伤由第三人侵权所致，第三人已承担侵权赔偿责任，劳动者或者其近亲属又请求用人单位支付工伤保险待遇的，用人单位所承担的工伤保险责任应扣除医疗费、辅助器具费和丧葬费。

7. 用人单位未依法为劳动者缴纳工伤保险费，在劳动者发生工伤事故且与用人单位解除或终止劳动关系后，经劳动能力鉴定委员会确认需安装辅助器具，工伤职工请求一次性支付辅助器具更换费用的，应予支持。辅助器具更换费用的确定应以《广东省工伤康复服务项目及支付标准（试行）》规定的标准为依据，辅助器具更换周期的确定应以与统筹地区社会保险经办机构签订服务协议的辅助器具配制机构出具的意见为依据，计至工伤职工 70 周岁止。

8. 无营业执照或者未经依法登记、备案的单位和被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位的职工以及用人单位使用的童工发生工伤事故，确需安装辅助器具，除《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》规定的一次性赔偿金外，职工及童工请求一次性支付辅助器具安装和更换费用的，应予支持。辅助器具安装和更换费用的确定应以《广东省工伤康复服务项目及支付标准（试行）》规定的标准为依据，辅助器具更换周期的确定应以与统筹地区社会保险经办机构签订服务协议的辅助器具配制机构出具的意见为依据，计至职工或童工 70 周岁止。

9. 用人单位未依法缴纳工伤保险费，劳动者或者其近亲属依法获得工伤保险基金先行支付的工伤保险待遇后，又请求用人单位支付其他工伤保险待遇的，作为劳动争议处理。

10. 用人单位未依法为劳动者参加失业保险或者擅自停止缴纳失业保险费，劳动者依法向用人单位主张一次性赔偿的，应予支持。

二、适用《劳动合同法》的若干意见

11. 用人单位招用已达到法定退休年龄但尚未享受基本养老保险待遇或领取退休金的劳动者，双方形成的用工关系按劳务关系处理。

12. 下列争议，作为劳动争议处理：

(1) 劳动者与用人单位因应休未休年休假额外支付的工资产生的争议；

(2) 劳动者与用人单位因发放高温津贴产生的争议；

(3) 劳动者与不具备合法经营资格的用人单位因用工关系产生的争议。

13. 发包单位将建设工程非法发包给不具有用工主体资格的实际施工人或者承包单位将承包的建设工程非法转包、分包给不具有用工主体资格的实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认其与具有用工主体资格的发包单位或者承包单位存在劳动关系的，不予支持，但社会保险行政部门已认定工伤的除外。劳动者依照《广东省工资支付条例》第三十二条、第三十三条或《劳动合同法》第九十四条与《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》直接主张由发包单位或者承包单位与实际施工人连带承担相应法律责任的，应予支持。

14. 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者签

订书面劳动合同，或者虽通知劳动者签订书面劳动合同但劳动者无正当理由拒不签订，用人单位未书面通知劳动者终止劳动关系的，应当按照《劳动合同法》第八十二条的规定向劳动者每月支付二倍工资。二倍工资差额的计算基数为劳动者当月应得工资，但不包括以下两项：

（1）支付周期超过一个月的劳动报酬，如季度奖、半年奖、年终奖、年底双薪以及按照季度、半年、年结算的业务提成等；

（2）未确定支付周期的劳动报酬，如一次性的奖金，特殊情况下支付的津贴、补贴等。

劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，超过一个月双方仍未续订劳动合同，劳动者根据《劳动合同法》第八十二条第一款规定要求支付二倍工资的，应予支持。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同，视为已订立无固定期限劳动合同，用人单位无需再支付用工之日起满一年后未订立书面劳动合同的二倍工资。

15. 劳动者请求用人单位支付未订立书面劳动合同二倍工资差额的仲裁时效，依照《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款、第二款和第三款的规定确定。用人单位应支付的二倍工资差额，从劳动者主张权利之日起往前倒推一年，按月计算，对超过一年的二倍工资差额不予支持。

16. 劳动者依法请求用人单位与其订立无固定期限劳动合同的，劳动人事仲裁机构或人民法院应告知其将仲裁或诉讼请求变更为确认双方已存在无固定期限劳动合同。劳动者拒不变更的，劳动人事仲裁机构或人民法院不得直接判令双方当事人签订无固定期限劳动

合同，但可以依法确认双方当事人已存在事实上的无固定期限劳动关系，并参照原劳动合同确定双方的权利义务内容。

17. 劳动者虽然符合《劳动合同法》第十四条第二款规定的可签订无固定期限劳动合同的条件，但与用人单位签订了固定期限劳动合同，在该固定期限劳动合同履行过程中又请求与用人单位重新签订无固定期限劳动合同的，不予支持。

18. 劳动合同期限届满后，因符合《劳动合同法》第四十二条第（一）、（三）、（四）项规定情形而续延，致使劳动者在同一用人单位连续工作满十年，劳动者提出签订无固定期限劳动合同的，应予支持。

19. 用人单位与劳动者已连续订立二次固定期限劳动合同，第二次固定期限劳动合同期满后，且劳动者没有《劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，劳动者提出续订劳动合同并要求订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。

20. 劳动关系符合《劳动合同法》第十四条第二款第（一）、（二）、（三）项规定的情形，用人单位在与劳动者协商订立无固定期限劳动合同时提出的劳动报酬、劳动条件、福利待遇等事项不低于订立无固定期限劳动合同前的标准，劳动者拒不接受的，用人单位可以终止合同，且无须向劳动者支付经济补偿。

21. 劳动合同解除或者终止后，劳动者请求用人单位支付竞业限制经济补偿或以用人单位未按约定支付竞业限制经济补偿为由要求不履行竞业限制义务，对用人单位以其在劳动关系存续期间向劳动者支付的劳动报酬已包含竞业限制经济补偿提出的抗辩，不予支

持。

22. 用人单位调整劳动者工作岗位，同时符合以下情形的，视为用人单位合法行使用工自主权，劳动者以用人单位擅自调整其工作岗位为由要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持：

- (1) 调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要；
- (2) 调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当；
- (3) 不具有侮辱性和惩罚性；
- (4) 无其他违反法律法规的情形。

用人单位调整劳动者的工作岗位且不具有上款规定的情形，劳动者超过一年未明确提出异议，后又以《劳动合同法》第三十八条第一款第（一）项规定要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持。

23. 劳动者依据《劳动合同法》第八十五条的规定请求用人单位支付赔偿金的，应提供劳动行政部门责令用人单位限期支付劳动报酬、加班费、经济补偿或低于最低工资标准的差额部分的限期整改指令书和用人单位逾期未履行该指令书的证据。

24. 劳动者依照原劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第三条、第四条和第十条的规定，请求用人单位支付经济补偿金或额外经济补偿金的，不予支持。

25. 用人单位与劳动者约定无须办理社会保险手续或将社会保险费直接支付给劳动者，劳动者事后反悔并明确要求用人单位为其办理社会保险手续及缴纳社会保险费的，如用人单位在合理期限内拒不办理，劳动者以此为由解除劳动合同并请求用人单位支付经济

补偿，应予支持。

26. 用人单位违法解除劳动合同，劳动者以用人单位未提前三十日以书面形式通知劳动者本人或额外支付劳动者一个月工资为由，向用人单位主张一个月工资赔偿的，不予支持。

27. 用人单位未按照法律规定或劳动合同的约定及时足额向劳动者发放年休假工资或高温津贴，劳动者以用人单位未及时足额支付劳动报酬为由主张解除劳动合同的，不予支持。

28. 劳动者以其他理由提出辞职，后又以用人单位存在《劳动合同法》第三十八条规定情形迫使其辞职为由，请求用人单位支付经济补偿的，不予支持。

29. 劳动者与用人单位均无法证明劳动者的离职原因，可视为用人单位提出且经双方协商一致解除劳动合同，用人单位应向劳动者支付经济补偿。

30. 用人单位经营者欠薪逃匿，劳动者依照《劳动合同法》第四十六条请求用人单位支付经济补偿的，应予支持，经济补偿的支付年限从用工之日起算。

31. 用人单位支付劳动者解除或终止劳动合同经济补偿或赔偿金时，经济补偿或赔偿金的基数为劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资，不再以《劳动合同法》施行之日为界分段计算。劳动者月工资高于用人单位所在地上年度职工月平均工资三倍的，经济补偿或赔偿金的基数按用人单位所在地上年度职工月平均工资的三倍计算。

32. 劳动关系建立于《劳动合同法》实施以前，但在《劳动合同法》实施后解除或终止的，经济补偿按以下方式计算：

(1) 按《劳动合同法》实施以前的有关规定，用人单位无需支付经济补偿的，劳动者工作年限自《劳动合同法》实施之日起计算。

(2) 按《劳动合同法》实施前后的有关规定，用人单位均需支付经济补偿的，劳动者的工作年限自用工之日起计算。用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同或因劳动者不能胜任工作、经培训及调整岗位仍不能胜任工作为由解除劳动合同的，劳动者在《劳动合同法》实施以前计发经济补偿的工作年限最多不超过 12 年。劳动者月工资高于用人单位所在地上年度职工月平均工资的三倍，非因协商一致或劳动者不能胜任工作为由解除劳动合同的，劳动者在《劳动合同法》实施以前计发经济补偿的工作年限自用工之日起计算，不受最多不超过 12 年的限制。

33. 《劳动合同法》实施后，用人单位违法解除或终止劳动合同，劳动者不要求继续履行劳动合同或劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应按《劳动合同法》的规定向劳动者支付赔偿金，但无须另行支付经济补偿。赔偿金的计算年限自实际用工之日起计算，应包括劳动者在《劳动合同法》实施前的工作年限。

34. 不具备合法经营资格的用人单位或者其出资人承担责任的范围应以《劳动合同法》第九十三条规定的内容为限，即劳动报酬、经济补偿、赔偿金和损害赔偿责任，但不包括未签订书面劳动合同的二倍工资差额。劳动者因不具备合法经营资格的用人单位未为其参加社会保险导致的医疗费、失业待遇及生育待遇等损失属于损害赔偿范围。

三、适用《劳动争议调解仲裁法》的若干意见

35. 因申请人无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭，劳动人事仲裁机构按自动撤回申请处理后，申请人又提起仲裁申请，劳动人事仲裁机构作出不予受理的决定或通知，申请人不服该决定而向人民法院起诉的，人民法院应予受理。人民法院经审查认为确属无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，应裁定驳回起诉。

36. 当事人不服劳动人事仲裁机构以不符合《劳动争议调解仲裁法》第二十一条第二款有关地域管辖的规定为由作出不予受理的决定或通知，向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。

37. 劳动者依据《劳动合同法》第四十条或第八十二条的规定请求用人单位支付代通知金或二倍工资的，作为《劳动争议调解仲裁法》第四十七条第一项规定的追索赔偿金争议处理。

劳动者请求用人单位支付工伤保险待遇，属于《劳动争议调解仲裁法》第四十七条第二项规定的因执行国家的劳动标准在社会保险方面发生的争议，劳动人事仲裁机构对此作出的仲裁裁决为终局裁决。

38. 劳动人事仲裁机构作出的裁决书应当载明该裁决是否属于终局裁决。

劳动人事仲裁机构作出的裁决书已载明该裁决是否属于终局裁决，当事人在诉讼中又对有关终局裁决、非终局裁决的认定提出异议的，人民法院不予审查。

39. 除《劳动争议调解仲裁法》第四十九条第一款第（四）、（五）项规定的情形外，用人单位以认定事实错误为由申请撤销终局裁决

的，人民法院不予支持。

劳动人事仲裁机构违反法定程序足以影响裁决结果的，用人单位可以依据《劳动争议调解仲裁法》第四十九条第一款第（三）项规定申请撤销仲裁裁决。

40. 劳动人事仲裁机构以当事人的仲裁申请超过法定时效期间为由作出不予受理的决定，当事人不服该决定而向人民法院起诉的，人民法院应当对当事人的仲裁申请是否超过法定时效期间进行审查。

当事人在仲裁阶段未提出超过仲裁申请期间的抗辩，劳动人事仲裁机构对此进行了实体性裁决，应视为当事人在仲裁阶段放弃了申请仲裁期限的程序性抗辩权利。当事人在诉讼阶段以此为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

41. 劳动人事争议仲裁机构、人民法院审理人事争议案件适用《劳动争议调解仲裁法》、《劳动人事争议调解仲裁办案规则》的规定，《劳动争议调解仲裁法》、《劳动人事争议调解仲裁办案规则》未作规定的，依照《人事争议处理规定》有关规定执行。

劳动人事争议仲裁机构、人民法院审理人事争议案件，应当以国家有关人事法律、行政法规和国家有关人事政策为依据，国家法律、行政法规没有规定或者规定不明确的，可以参照部门规章、地方性法规、政府规章及人事管理规范性文件处理。规章及规范性文件没有规定或者规定不明确的，且纠纷性质与劳动争议类似的，可参照《劳动法》、《劳动合同法》等规定处理。

42. 工作人员对事业单位主管部门作出的辞退、除名、辞聘、提前解除聘用合同、按自动离职处理、不批准辞职（离职）等人事

处理决定不服而申请仲裁或提起诉讼的，应当将事业单位及其主管部门作为共同当事人。

43. 当事人申请人事争议仲裁的时效期间为一年，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定。

44. 本纪要自下发之日起，供全省各级人民法院、劳动人事争议仲裁机构参照执行。本纪要下发前的有关指导意见与本纪要规定不一致的，以本纪要为准。法律法规、司法解释有新规定的，按法律法规、司法解释的规定执行。

主题词：劳动人事争议案件 会议纪要 通知

抄送：最高人民法院办公厅、民一庭，人力资源和社会保障部办公厅、调解仲裁管理司

广东省高级人民法院办公室

2012年8月2日印发

(共印 450 份)

上海冠龙阀门机械有限公司诉唐茂林 劳动合同纠纷案

（载于最高人民法院公报 2012 年第 9 期）

【裁判摘要】

用人单位在招聘时对应聘者学历有明确要求，而应聘者提供虚假学历证明并与用人单位签订劳动合同的，属于《劳动合同法》第二十六条规定的以欺诈手段订立劳动合同应属无效的情形，用人单位可以根据《劳动合同法》第三十九条的规定解除该劳动合同。

原告：上海冠龙阀门机械有限公司。

法定代表人：李政宏，该公司董事长。

被告：唐茂林。

原告上海冠龙阀门机械有限公司（以下简称冠龙公司）因与被告唐茂林发生劳动合同纠纷，向上海市嘉定区人民法院提起诉讼。

原告冠龙公司诉称：被告唐茂林于 2002 年 3 月以提供虚假学历证书和采用虚假陈述的欺诈方式，使原告公司在违背真实意思的情况下与其签订了劳动合同。此后，在原告每次要求员工更新人事资料时，被告均以欺骗方式填写了虚假信息。公司接到相关举报后查明了上述事实，并发现被告在工作中存在虚报合同价格从中赚取差价的违规行为，使公司蒙受经济损失的同时影响了公司的声誉。鉴于此，原告与被告解除了劳动合同。2010 年 7 月和 8 月，被告、

原告先后向上海市嘉定区劳动争议仲裁委员会(以下简称嘉定区劳仲委)提起仲裁,同年9月17日嘉定区劳仲委作出嘉劳仲(2010)办字第1860、2188号裁决,该裁决部分内容不符合法律与事实。被告以欺诈的方式与原告签订劳动合同导致合同无效,且存在严重违反公司规章制度的行为,故原告的行为属于合法解除,不应支付被告违法解除劳动合同赔偿金。另,被告未做满2010年第二季度,原告不应支付其第二季度奖金,故请求依法判令原告:1. 不予支付被告违法解除劳动合同赔偿金181 866元;2. 不予支付被告2010年第二季度奖金32 213元;3. 被告应返还原告2009年12月至2010年5月向公司暂支的款项及借款共计28 500元(包括暂支的业务费10 000元、借款15 000元、暂支茶叶款2000元、以工作站房租押金名义暂支的1500元);4. 被告应返还原告租房款项8190元;5. 被告应退还三个月的汽车保险费用697.75元。同时,对仲裁裁决的其他内容表示认可。

原告冠龙公司提交以下证据:

1. 嘉劳仲(2010)办字第1860、2188号裁决书,旨在证明本案已经仲裁前置程序;
2. 劳动合同及补充协议,旨在证明原、被告之间存在劳动关系;
3. 暂支单四份,旨在证明被告唐茂林曾于2009年12月至2010年5月期间向原告预支、预借过四笔款项,共计28 500元;
4. 支付凭证一份,旨在证明原告冠龙公司已将2010年5月22日至11月21日的房租81 900元支付给被告唐茂林,但被告事后未

提供租房合同；

5. 购销合同二份、苏泵泵业有限公司出具的付款证明、现金支票存根及原告冠龙公司律师与需方经理田冬的笔录各一份，旨在证明被告唐茂林曾与客户签订阴阳合同，从中赚取差价；

6. 被告唐茂林向原告冠龙公司提交的学历证明复印件及西安工业大学教务处的证明，旨在证明被告唐茂林存在学历造假的行为；

7. 任职承诺书，旨在证明被告唐茂林曾经承诺“提供给公司的个人材料如有作假，愿意无条件被解除劳动合同”，故原告冠龙公司系依法解除劳动合同；

8. 2007 年版的《员工手册》及被告签字的《认知确认书》，旨在证明原告冠龙公司系根据公司规章制度与被告唐茂林解除劳动合同；

9. 原告冠龙公司原华东业务部经理马玉新书写的情况说明及马玉新的职务调动文件，旨在证明虽然马玉新在 2008 年 8 月知晓被告唐茂林学历造假一事，但因职务调动原因其未向公司报告亦未进行处理；

10. 汽车保险支付凭证，旨在证明原告冠龙公司为被告唐茂林支付了 2791 元汽车保险费；

11. 《聘用与奖惩制度》和 2003 版《员工手册》，旨在证明原告冠龙公司招聘业务人员必须是大专以上学历。

被告唐茂林辩称，虽然被告进入原告冠龙公司时提供了虚假的学历证明，但 2008 年时原告公司已经知晓实情并对被告作出了处

理，且 2008 年 12 月原告又与被告续签了劳动合同，足以证明原告考虑到被告的业务能力较强故不予计较其学历造假一事。故 2010 年 6 月原告又以被告学历造假为由与其解除劳动合同系违反法律的行为，应支付被告违法解除劳动合同赔偿金。原告在 2010 年 6 月 30 日向被告发出律师函，通知解除劳动合同事宜，故双方劳动关系结束于 2010 年 6 月底，被告已做满第二季度，原告应支付该季度奖金。关于原告提到的暂支款项和借款 28 500 元，其中 10 000 元业务款已经花费了 6922 元，故同意返还 3078 元；15 000 元系被告以私人名义欲向原告预借的款项，但因领导未签字同意，故被告实际未取得该笔借款，不同意返还；茶叶款 2000 元，系被告拿其领导杨成心的茶叶送给客户。领导要求被告向公司暂支 2000 元后找发票冲账，但被告一直未找到发票；关于以工作站租金名义暂支的 1500 元中有 1300 元系房租押金，182 元系电费。因原告与被告解除劳动关系致使工作站使用的房屋提前退租造成违约，上述两笔款项不应返还，现同意返还剩余的 18 元。租房 8190 元系经原告副总签字后同意支付的 2010 年 5 月至 11 月的房租，故不同意返还。三个月的汽车保险费用 697.75 元，被告同意返还。另，由于原告以无锡市最低缴费基数为被告缴纳城镇社会保险违反了法律规定，故要求原告以被告的实际收入为缴费基数为其补缴 2008 年 7 月至 2010 年 7 月无锡市城镇社会保险的差额。

被告唐茂林提交如下的证据：

1. 被告唐茂林与马玉新、潘如娟的录音资料各一份，旨在证明

原告冠龙公司早在 2008 年即已对被告学历造假一事进行了处理；

2. 电费发票一份，旨在证明被告唐茂林所在工作站在 2010 年 6 月应缴电费为 182 元，该款包含于被告在 2010 年 5 月 31 日向原告冠龙公司预支的 1500 元内；

3. 支付凭证二份、出差旅费报告表一份、发票六份，旨在证明被告唐茂林在 2009 年 12 月向原告冠龙公司暂支业务费 10000 元后已花费了文娱费、餐费、差旅费等共计 6922 元。

上海市嘉定区人民法院一审查明：

被告唐茂林系上海市外来从业人员。2002 年 3 月 1 日唐茂林进入原告冠龙公司从事销售工作。入职时，唐茂林向冠龙公司人事部门提交了其本人于 2000 年 7 月毕业于西安工业学院材料工程系的学历证明复印件，双方签订了期限为 2002 年 3 月 1 日至同年 12 月 31 日的劳动合同，合同约定 2002 年 3 月 1 日至同年 8 月 1 日为试用期，此后双方每年续签期限为一年的劳动合同。2007 年 12 月 25 日，唐茂林签署《任职承诺书》一份，内容为：“本人作为上海冠龙阀门机械有限公司之员工，特作如下承诺：……本人以往提供给公司的个人材料均是真实有效的，如有做假，愿意无条件被解除劳动合同……”2008 年 12 月 23 日，原、被告双方签订《劳动合同补充协议》，约定原劳动合同有效期限顺延至 2011 年 12 月 31 日。冠龙公司在南京、无锡两地均设有办事处，后在常州开设工作站（受无锡办事处管辖），由唐茂林任工作站站长，无其他工作人员。冠龙公司允许唐茂林以个人名义租赁房屋作为办公地点开展工作，租房费用由

公司承担。2009 年 10 月 25 日，冠龙公司向唐茂林支付汽车保险费 2791 元。2009 年 12 月 25 日，唐茂林向冠龙公司提交暂支单(有部门主管杨成心签字)并支取业务费 10 000 元，2010 年 1 月 7 日唐茂林花费了文娱费、餐费、差旅费等共计 6922 元。2010 年 2 月 11 日唐茂林填写了暂支事由为“借款”、暂支金额为 15 000 元的暂支单，但该单据未经主管领导签字确认。2010 年 4 月 23 日，冠龙公司向唐茂林支付了 2010 年 5 月 22 日至同年 11 月 21 日的房租(含税金)8190 元。2010 年 5 月 31 日，唐茂林填写两份暂支单并经部门主管杨成心签字确认后向冠龙公司支取了工作站房租押金 1500 元及茶叶款 2000 元，在关于茶叶款的暂支单上记载有“找发票冲账”的字样，事后唐茂林未向冠龙公司提交茶叶款发票。2010 年 6 月 28 日，冠龙公司向唐茂林出具退工证明，但唐茂林不同意接受，2010 年 7 月 2 日唐茂林收到冠龙公司的律师函，其中载明“鉴于你在求职时向冠龙公司出具的有关材料和陈述有虚假，且在工作时间没有完成公司规定的业务指标，没有遵守公司规定的工作纪律和规章，故从即日起冠龙公司对你开除，即解除与你的劳动合同关系”，落款日期为 2010 年 6 月 30 日。冠龙公司未支付唐茂林 2009 年第四季度奖金(提成)剩余差额 20493.89 元，未支付唐茂林 2010 年第一季度奖金(提成)1198.40 元及第二季度奖金(提成)32 213 元。此外，在 2008 年 8 月，唐茂林的上级主管领导马玉新(冠龙公司华东业务部经理)通过他人举报得知并证实唐茂林存在学历造假一事。2008 年 12 月 1 日后因工作调动，唐茂林所在辖区不再受马玉新管理。冠龙

公司在劳动仲裁阶段陈述，办事处招聘员工，实际操作中由办事处主任进行核实和担保，办事处主任再向公司提供员工的学历证书复印件就可以了。

2010年11月1日，西安工业大学教务处在原告冠龙公司出具的被告唐茂林毕业证书复印件上书写“2000届毕业证中无此人”的证明字样并敲章确认。冠龙公司《员工手册》中有如下规定：“新录用的员工报到时应提供以下证明文件的正本供人事部门复核，同时交复印件一份供人事部门存档：(1)身份证；(2)学历证明……”“员工有下列任一严重违反公司规章制度情况的，公司将予以解雇，且不予任何经济补偿：……以欺骗手段虚报专业资格或其他各项履历……”对以上内容，唐茂林已签字确认知晓。2010年7月19日、8月11日唐茂林与冠龙公司分别就违法解除劳动合同赔偿金、返还暂支款项等事项向嘉定区劳仲委提起仲裁，2010年9月17日嘉定区劳仲委作出嘉劳仲(2010)办字第1860、2188号裁决书，裁决内容如下：一、冠龙公司应一次性支付被告违法解除劳动合同赔偿金181866元、2009年第四季度奖金(提成)差额20493.89元、2010年第一季度奖金(提成)1198.40元、2010年第二季度奖金(提成)32213元，合计人民币235771.29元；二、唐茂林应一次性返还冠龙公司2009年12月25日的业务费暂支款10000元、2010年5月31日购买茶叶暂支款2000元、2010年5月31日的工作站房租押金1500元、2010年2月11日的借款15000元、汽车保险费697.75元，合计人民币29197.75元；三、对唐茂林的其他请

求事项，不予支持；四、对冠龙公司的其他请求事项，不予支持。冠龙公司不服部分裁决内容，遂提起诉讼。

本案一审的争议焦点是：被告唐茂林在入职时向原告冠龙公司提交虚假学历证明的行为，是否构成冠龙公司合法解除劳动合同的理由之一。

上海市嘉定区人民法院一审认为：

欺诈的认定标准之一为相对方是否知晓真实情况。原告冠龙公司的马玉新系管理公司华东地区所有办事处的业务部经理，其对所辖办事处员工招聘、解聘等工作系其代表公司的职务行为。2008年12月，在马玉新知晓被告唐茂林提供虚假学历的情况下，仍然作出与其续签劳动合同的决定，表明冠龙公司已经知晓唐茂林学历造假仍继续予以聘用，即不予追究唐茂林提供虚假学历的行为。且冠龙公司对销售人员的学历设置准入资格应为保证销售人员的工作能力，唐茂林于2002年进入冠龙公司后双方一直续签劳动合同的事实亦从侧面证实冠龙公司对唐茂林的工作能力予以认可，故冠龙公司主张唐茂林欺诈的理由不能成立，冠龙公司与其解除劳动合同系违法解除。

据此，上海市嘉定区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第三条、第三十条第一款、第四十七条、第八十七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，于2011年3月21日判决：

一、原告冠龙公司应于本判决生效之日起十日内支付被告唐茂林违法解除劳动合同赔偿金人民币 181 866 元、2009 年第四季度奖金(提成)差额人民币 20 493. 89 元、2010 年第一季度奖金(提成)人民币 1198. 40 元、2010 年第二季度奖金(提成)人民币 32 213 元, 上述四项合计人民币 235 771. 29 元;

二、被告唐茂林应于本判决生效之日起十日内返还原告冠龙公司 2009 年 12 月 25 日暂支的业务费人民币 3078 元、2010 年 5 月 31 日暂支的工作站房租押金人民币 1318 元、2010 年 4 月 23 日支取的工作站租房款人民币 6370 元、汽车保险费人民币 697. 75 元, 上述四项合计人民币 11 463. 75 元;

三、驳回原告冠龙公司的其他诉讼请求。

冠龙公司不服一审判决, 向上海市第二中级人民法院提起上诉, 冠龙公司上诉称: 1. 冠龙公司与被上诉人唐茂林解除劳动合同合法有据, 不应支付违法解除劳动合同赔偿金。首先, 唐茂林存在伪造学历的欺诈行为, 唐茂林采用欺诈方式骗取冠龙公司签订劳动合同, 按照冠龙公司规章制度及双方约定, 冠龙公司与其解除劳动合同是合法的。冠龙公司招聘员工时要求应聘者提交学历证书原件, 唐茂林在 2002 年应聘时亦提交了伪造的学历证书, 现冠龙公司仅留存有唐茂林提供的学历证书复印件, 原件已交还唐茂林本人。冠龙公司认为, 即使冠龙公司在录用唐茂林时未就学历证书尽审查义务, 也不能就此抵消唐茂林学历造假的责任。另, 冠龙公司的马玉新经理不是整个华东地区的业务经理, 其只是苏州片区的业务经理, 不具

有人事处罚权。即使马玉新经理知悉唐茂林伪造学历证书的事情，也不代表公司也知悉了该事并已作处理，且事实上马玉新也已证明未就此事上报公司。冠龙公司与唐茂林续签劳动合同时马玉新经理也已调任他处工作，冠龙公司与唐茂林续签劳动合同时并不知道其学历造假事宜。其次，唐茂林在工作过程中还存在其他营私舞弊行为，唐茂林与常州苏泵泵业有限公司签订过一份阴阳合同，给客户的那份合同约定的价格为 2115 元，但给公司的合同价格只有 1407 元，冠龙公司实际收到的现金只有 1407 元。常州苏泵泵业有限公司也就此出具了证明。唐茂林这种徇私舞弊的行为严重违反公司的规章制度，冠龙公司与唐茂林解除劳动合同符合法律规定，冠龙公司无需支付唐茂林违法解除劳动合同赔偿金。原审法院认定事实不清，适用法律不当。请求撤销原审法院判决第一项关于违法解除劳动合同赔偿金的判决，要求改判冠龙公司不支付唐茂林违法解除劳动合同的赔偿金 181 866 元。2. 原审法院认定唐茂林应返还公司 15 000 元和 10 000 元暂支单款项的事实与实际不符，冠龙公司认为这两项应全额返还。关于 15 000 元暂支单款项，冠龙公司认为，唐茂林将其签过字的借款单留在冠龙公司，说明唐茂林已实际取得上述款项，原审法院认为此款项唐茂林未实际取得缺乏依据。关于 10000 元暂支单款项，冠龙公司规定员工报销业务费用须在费用发生后一个月内交给主管审核，唐茂林直至仲裁时才主张该业务费用报销，不符合规定，应全额返还该笔款项。请求撤销原审判决第二项，改判唐茂林全额返还冠龙公司暂支款 25000 元。

二审期间上诉人冠龙公司提供了两组新证据：

1. 被上诉人唐茂林于 2002 年入职时所写的个人自传，称其毕业于西安工业学院材料工程系，旨在证明唐茂林入职时就学历情况作了虚假表述；

2. 上诉人冠龙公司人事资料卡两份，填写时间为 2008 年 6 月 9 日、2009 年 4 月 30 日，填写人为被上诉人唐茂林。其中“教育程度”一栏均填写为毕业于西安工业学院，旨在证明唐茂林就学历情况欺骗公司，并在 2008 年续签劳动合同后仍继续欺骗公司。

被上诉人唐茂林辩称：1. 其进入上诉人冠龙公司时根据冠龙公司招聘人员的要求提供了虚假的学历证明，2008 年 8 月后冠龙公司内从上到下对于唐茂林提供虚假学历证书的事情均知晓，因此未对唐茂林进行升职，这就是冠龙公司对唐茂林的处理。2008 年 12 月冠龙公司与唐茂林续签了劳动合同，说明冠龙公司考虑到唐茂林的业务能力较强而不再计较其学历造假事宜。同时唐茂林认为，其在职期间工作业绩一直很好，完全具有任职人员所应具备的能力，从公平合理的角度看，不能仅以学历造假为由解除双方劳动合同。2010 年冠龙公司以学历造假为由与其解除劳动合同，是公司清退老员工的借口，冠龙公司应支付其违法解除劳动合同赔偿金；2. 关于 15 000 元暂支单款项，因该借款单未经公司主管签字，唐茂林实际未拿到此款项，不同意返还。关于 10 000 元暂支单款项，冠龙公司操作流程规定员工报销业务费用有一定限额，故致唐茂林该笔款项未及时报销。唐茂林认为原审法院所作判决是适当的，请求二审法院

依法驳回冠龙公司上诉请求，维持原审判决。

被上诉人唐茂林没有提交新的证据。

法院认为上述两组证据是上诉人冠龙公司对原审证据的补强，冠龙公司虽在二审时才提供，但被上诉人唐茂林对上述证据的真实性并未予以否认，法院对上述证据的真实性予以确认。

上海市第二中级人民法院经二审，确认了一审查明的事实。

另查明，上诉人冠龙公司《员工手册》第三十四条规定：“员工有下列任一严重违反公司规章制度情况的，公司将予以解雇，且不予任何经济补偿：……(2)以欺骗手段虚报专业资格或其他各项履历……。”

本案二审争议的焦点是：1. 上诉人冠龙公司解除与被上诉人唐茂林的劳动合同是否合法，冠龙公司应否支付唐茂林违法解除劳动合同赔偿金；2. 唐茂林应否全额返还冠龙公司主张的两笔款项。

上海市第二中级人民法院二审认为：

被上诉人唐茂林在入职时提供虚假学历并做虚假陈述的行为显然已经构成了欺诈。但唐茂林于2008年12月底与上诉人冠龙公司续签劳动合同时是否构成欺诈存有争议，此问题关键在于续签劳动合同时冠龙公司是否知晓唐茂林学历造假一事并作出了错误的意思表示。首先，唐茂林提供有马玉新的录音资料，欲证明续签合同时公司已知道其提供虚假学历一事，但上述录音有许多语意模糊的地方，并不足以证明马玉新已经将唐茂林伪造学历之事告知冠龙公司。第二，冠龙公司提供的马玉新的书面证言称因工作调动未将唐茂林

学历造假之事上报公司，亦未对此事作出处理。虽马玉新系冠龙公司管理人员，与公司方有一定利害关系，但该证据不是唯一证据，其证明力可以结合其他证据综合判断。第三，冠龙公司提供的调令显示，冠龙公司与唐茂林续签劳动合同之前，马玉新确实已调任他处。第四，唐茂林 2009 年填写的人事资料卡“教育程度”一栏仍填写为西安工业学院材料工程系。综合双方当事人举证情况分析，可认定唐茂林对其入职时提供虚假学历一事一直采取隐瞒的态度，唐茂林亦无证据证明其提供虚假学历之行为已为冠龙公司知悉并已获得了解，故唐茂林在 2008 年 12 月续签劳动合同时仍然构成欺诈，劳动合同法第二十六条、第三十九条明确规定，以欺诈的手段使对方在违背真实意思的情况下订立的劳动合同是无效的，用人单位可以据此解除劳动合同。故冠龙公司与唐茂林解除劳动合同有法律依据，不应支付违法解除劳动合同赔偿金。此外，我国劳动法律在充分保护劳动者合法权益的同时亦依法保护用人单位正当的用工管理权。用人单位通过企业规章制度对劳动者进行必要的约束是其依法进行管理的重要手段。冠龙公司《员工手册》第三十四条规定，员工以欺骗手段虚报专业资格或其他各项履历，公司将予以解雇，且不予任何经济补偿。审理时，唐茂林对该《员工手册》的真实性并无异议。唐茂林提供虚假学历之行为亦系冠龙公司规章制度严令禁止，冠龙公司依据企业的规章制度与唐茂林解除劳动合同，系其依法行使管理权的体现，亦无不可。而且，唐茂林于 2007 年签署有《任职承诺书》一份，内容为：“本人作为上海冠龙阀门机械有限公

司之员工，特作如下承诺：……本人以往提供给公司的个人材料均是真实有效的，如有做假，愿意无条件被解除合同……”。此任职承诺书是唐茂林与冠龙公司基于诚信原则的约定，唐茂林对于违反约定义务的法律结果应是清楚的。双方的约定未违反法律规定，是合法有效的。故从该承诺的角度出发，冠龙公司在查知唐茂林伪造学历后，基于承诺而解除合同亦是有依据的。至于冠龙公司认为唐茂林与客户签订阴阳合同，赚取差价，严重违规，要求唐茂林解除劳动合同的主张，因依据不足，难以采信。但这并不影响冠龙公司依据唐茂林伪造学历、欺骗公司，违反劳动合同法及公司规章制度及其本人承诺的理由行使合同解除权。一审法院关于冠龙公司解除与唐茂林的劳动合同不合法、冠龙公司应支付唐茂林违法解除劳动合同赔偿金的认定不当，应予以纠正。

关于被上诉人唐茂林应否返还系争款项的问题。该争议焦点双方分歧在于上诉人冠龙公司主张的 15 000 元借款事实是否成立，唐茂林提交的 6922 元凭证是否属于冠龙公司应予报销的范围。对此，当事人对自己的主张应当提供充分的证据予以证实。对于冠龙公司要求唐茂林返还的 15 000 元暂支单款项，根据唐茂林提供的暂支单凭证可认定冠龙公司对暂支款项实行的是领导审批制，需要填写暂支单后提交主管批准签字，而该笔借款的暂支单未经主管签字，冠龙公司亦未提供其他证据证明其已向唐茂林支出该笔款项，故一审法院认为借款事实不成立理由充分。对于冠龙公司要求唐茂林返还 10 000 元业务款的问题，唐茂林在冠龙公司工作期间因工作需要

为业务支出的费用，冠龙公司应予报销。现唐茂林已提交证据证明因业务花费 6922 元，而冠龙公司并无证据证明上述费用系用于唐茂林个人，故对上述费用，冠龙公司应予报销。现唐茂林同意返还余额 3078 元，于法不悖。冠龙公司以报销业务费用须在费用发生后一个月内交给主管审核为由不愿予以报销，缺乏依据。一审法院对此两笔款项认定事实清楚，所作判决并无不当。

据此，上海市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项、第(三)项之规定、《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条第一款、第三十九条之规定，于 2011 年 7 月 25 日判决：

一、维持上海市嘉定区人民法院 (2010)嘉民四(民)初字第 418 号民事判决主文第二项：

二、撤销上海市嘉定区人民法院 (2010)嘉民四(民)初字第 418 号民事判决主文第一、第三项；

三、上诉人冠龙公司应于本判决生效之日起十日内支付被上诉人唐茂林 2009 年第四季度奖金(提成)差额人民币 20493.89 元、2010 年第一季度奖金(提成)人民币 1198.40 元、2010 年第二季度奖金(提成)人民币 32 213 元，上述三项合计人民币 53 905.29 元；

四、上诉人冠龙公司要求不支付被上诉人唐茂林违法解除劳动合同赔偿金的请求予以支持。

本判决为终审判决。

《女职工劳动保护特别规定》业务研讨会议纪要

研讨会背景：

2012年4月28日，国务院《女职工劳动保护特别规定》（以下简称《特别规定》）正式实施。女职工作为“半边天”，在社会主义经济建设中发挥了积极的作用，加强女职工权益保护尤为重要。1988年国务院颁布的《女职工劳动保护规定》，曾经在保护女职工身体健康、解决女职工在劳动中因生理特点造成的特殊困难、维护女职工劳动权益等方面发挥了积极作用，但由于社会的进步、形势的变化等原因，原规定已经不能很好地适应新形势的需要。因此，为维护女职工合法权益、构建和谐劳动关系，国务院颁布了《特别规定》。

为帮助我市律师正确理解和运用该部《特别规定》，提高我市律师处理女职工权益保护劳动争议的实务水平，指引我市正确妥善处理女职工权益保护争议，发挥我市律师构建和谐劳动关系的积极作用，市律师协会劳动和社会保障专业委员会针对该《特别规定》，于2012年5月31日经过全体委员认真学习、反复论证和积极研讨，形成了本会议纪要（大部分内容为专业委员会倾向性意见），以供我市律师共同学习和参考。

深圳市律师协会劳动和社会保障法专业委员会

2012年6月

研讨会纪要：

一、98 天产假的规定是否适用于 2012 年 4 月 28 日前生育但仍在产假期间的女职工？

答：98 天产假的规定，应当具有法律溯及力，应当适用于 2012 年 4 月 28 日前生育但仍在产假期间的女职工。

理由：有一种意见认为，根据《立法法》的规定，法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，因此，判断是否可适用新规的标准是小孩出生日期，新规定的产假规定仅适用于 2012 年 4 月 28 日当日或之后生育的女职工，2012 年 4 月 28 日前生育的现仍处于产假期间的女职工只能按照原规定享受 90 日的产假。

我们认为，从法律的溯及力规则来看，上述意见有其道理。但劳动立法的目的是为了更好的保护劳动者，劳动法律法规在法律适用上通常也是将有利于劳动者的原则贯彻始终，如 2004 年 1 月 1 日起施行的《工伤保险条例》规定施行前已受到事故伤害或者患职业病的职工尚未完成工伤认定的，可按照本条例的规定执行。再如 2008 年 1 月 1 日前签订的劳动合同中约定的违约金条款如违反劳动合同法的规定，司法实践中亦会适用劳动合同法新规定来判断违约金条款的效力，也就是说应当适用新规。同样，关于违法解除劳动合同的赔偿金（即经济补偿的 2 倍）的计算，劳动合同法同样溯及到劳动合同法施行之前的工作年限。另外，1988 年原《女职工劳动

保护规定》施行后，同样遇到这个“新旧产假”的适用问题，劳动部在《女职工劳动保护规定》问题解答中对此进行明确，“12、按原规定休五十六天产假的女职工，一九八八年九月一日还在休产假者，如何计算产假？答：应按本规定休产假九十天计算。”可见，当时的90日产假“新规定”适用于规定施行前生育但尚在产假期间的女职工。虽然2012年4月28日施行的《女职工劳动保护特别规定》对此未有规定，但我们倾向性认为新旧法为了更好的保护女职工权益的精神是一脉相承的，并不会改变。

综上所述，当劳动者可享受的某种权益处于新旧法交替的时间节点上，如新规定更有利于劳动者利益时，一般应适用新规定，这也是劳动立法侧重于保护劳动者利益的体现。2012年4月28日前生育、2012年4月28日后仍处于休产假期间的女职工可按照新规定享受98天产假。

二、《女职工劳动保护特别规定》关于女职工难产的规定（增加15天）与广东省地方性规定（增加30天）不一致，如何适用？

答：女职工难产的，应当适用广东省地方性规定中增加30天的规定。

理由：《女职工劳动保护特别规定》第七条规定“女职工生育……难产的，增加产假15天”，而《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定》第六条规定“女职工生育……难产的增加产假30天”。我们认为，《女职工劳动保护特别规定》所规定的产难增加

15 天是最低标准，上位法的规定属底限规定，全国各地的地方性规定如低于该天数的，应认定为无效，但是超过该天数，更有利于保护女职工合法权益，故应当适用广东省地方性法规的难产增加 30 天产假的规定。

三、用人单位参加生育保险后，女职工从生育保护基金中领取的生育津贴低于期间实际工资，女职工要求用人单位补足差额部分，用人单位是否有补足义务？

答：用人单位参加生育保险后，女职工从生育保护基金中领取的生育津贴低于期间实际工资，女职工要求用人单位补足差额部分，用人单位无补足义务。

理由：《女职工劳动保护特别规定》第八条规定：“女职工产假期间的生育津贴，对已经参加生育保险的，按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。”在用人单位“对已经参加生育保险”的前提下，女职工的生育津贴“按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付”，那么可能出现女职工产假前工资标准为 5000 元/月，而“用人单位上年度职工月平均工资标准”可能为 3000 元，即生育保险基金支付的工资比其实际工资还少了 2000 元，出现了参加了生育保险获得的工资款项低于未参加生育保险所获得的工资款项等争议。我们认为，用人单位参加生育保险的目的在于转嫁风险，如果参加了生育保险还要用人

单位承担或补足支付差额的风险，那么不利于提高用人单位参加社会保险的积极性，故用人单位无需补足其差额。

四、女职工违反计划生育政策，是否享有《女职工劳动保护特别规定》中的待遇？

答：女职工违反计划生育政策，可以依据《女职工劳动保护特别规定》规定，要求用人单位给予其相应的假期，但不能享受假期中要求用人单位支付工资、医疗费等待遇。

理由：原规定（1988 年规定）为女职工违反国家有关计划生育规定的，其劳动保护应当按照国家有关计划生育规定办理，不适用本规定。新规定删除了此内容，有人认为，删除了该内容是不是意味着违反计划生育政策也可享受相关待遇了，比如产假工资、生育医疗费等？我们认为，只要计划生育政策不改变，实践中违反计划生育规定仍无法享受相关工资、医疗费等待遇。《女职工劳动保护特别规定》中规定的产假、产前检查、哺乳时间等，均是为减少和解决女职工在劳动和工作中因生理特点造成的特殊困难所作出的具体规定。如女职工违反计划生育政策，用人单位可以根据该规定给予其相应假期，但是可以不支付工资、医疗费等。

五、用人单位不参加生育保险，是否符合法律规定？

答：用人单位不参加生育保险，属于违法行为。

理由：《社会保险法》第二条明确规定：“国家建立基本养老

保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等社会保险制度，保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。”即生育保险属于五险中的一险，是法定险种，用人单位应当参加。如不参加生育保险的，依法承担法律责任。

六、女职工休产假期间，用人单位按照什么标准发放其工资？

答：有两种意见，一种意见是从公平角度来看，员工休产假属于客观事件，不属于因员工的主观原因不能参加劳动，故其产假工资应当按其休产假前的工资标准发放。

另一种意见认为，员工休产假期间，视为提供正常劳动，但是不能为用人单位提供额外劳动，故其加班工资因不存在加班事实可不予发放。其他工资项目，如属于在休产假前每月均固定发放的，如工龄奖，应当继续发放，如属于不固定发放的，具有浮动性的项目，如业务提成，产假期间不会产生，可不予发放，至于绩效奖金，因产假期间视为正常劳动，应当支付。同时，用人单位支付给女职工的工资不能低于最低工资标准。

我们建议作为企业视自己的情况来具体确定，作为劳动者则可以依法依理来争取自己的权益。

七、对于女职工晚育的，《女职工劳动保护特别规定》没有作出规定，是不是立法倒退了？

答：晚育应当享受的产假待遇，属计划生育的鼓励措施，不由《女职工劳动保护特别规定》进行规范，而是由各省在计划生育条例中自行规定，女职工可按照当地计划生育条例的规定享受晚育延长产假。

理由：关于女职工晚育的规定，《女职工劳动保护特别规定》没有作出规定，而地方性法规中则有明确的规定，如《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定》第六条规定“……实行晚育者（24 周岁后生育第一胎）增加产假 15 天。领取《独生子女优待证》者增加产假 35 天。”深圳应当适用广东省的地方性法规的规定。

八、女职工怀孕，是否有向用人单位进行告知的义务？

答：女职人怀孕，为保护其合法权益，应当向用人单位履行告知义务。

理由：根据常理，除了显而易见的事实以外（如怀孕明显），只有女职工向用人单位履行了告知义务，用人单位才可能知道女职工怀孕的事实，才能根据其企业实际情况，依照国家法规，给予其相应的劳动保护。其在要求享受三期待遇时，还应当提供证明其生育符合计划生育政策的相关手续及证件。

九、对于三期女职工，用人单位是否可以根据《劳动合同法》享有劳动合同解除权？

答：如果女职工存在《劳动合同法》第三十九条所规定的情形，

如“严重违反用人单位的规章制度的”、“严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”等，用人单位可以依法解除劳动合同。

理由：《女职工劳动保护特别规定》第五条规定：“用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资、予以辞退、与其解除劳动合同或者聘用合同。”但该条不是绝对的，而是相对的。如果女职工存在“严重违反用人单位的规章制度的”、“严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”等法定情形，用人单位可以依法解除劳动合同。

以上会议纪要仅供参考，各律师在实务运用中应根据实际情况作出相应调整，并应当首先从保护女职工合法权益角度出发，来妥善处理因女职工权益产生的争议，以构建和谐劳动关系。

附：《女职工劳动保护特别规定》全文

女职工劳动保护特别规定

中华人民共和国国务院令（第619号）

《女职工劳动保护特别规定》已经2012年4月18日国务院第200次常务会议通过，现予公布，自公布之日起施行。

总理 温家宝

二〇一二年四月二十八日

第一条 为了减少和解决女职工在劳动中因生理特点造成的特殊困难，保护女职工健康，制定本规定。

第二条 中华人民共和国境内的国家机关、企业、事业单位、社会团体、个体经济组织以及其他社会组织等用人单位及其女职工，适用本规定。

第三条 用人单位应当加强女职工劳动保护，采取措施改善女职工劳动安全卫生条件，对女职工进行劳动安全卫生知识培训。

第四条 用人单位应当遵守女职工禁忌从事的劳动范围的规定。用人单位应当将本单位属于女职工禁忌从事的劳动范围的岗位书面告知女职工。

女职工禁忌从事的劳动范围由本规定附录列示。国务院安全生产监督管理部门会同国务院人力资源社会保障行政部门、国务院卫生行政部门根据经济社会发展情况，对女职工禁忌从事的劳动范围进行调整。

第五条 用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资、予以辞退、与其解除劳动或者聘用合同。

第六条 女职工在孕期不能适应原劳动的，用人单位应当根据医疗机构的证明，予以减轻劳动量或者安排其他能够适应的劳动。

对怀孕7个月以上的女职工，用人单位不得延长劳动时间或者安排夜班劳动，并应当在劳动时间内安排一定的休息时间。

怀孕女职工在劳动时间内进行产前检查，所需时间计入劳动时间。

第七条 女职工生育享受 98 天产假，其中产前可以休假 15 天；难产的，增加产假 15 天；生育多胞胎的，每多生育 1 个婴儿，增加产假 15 天。

女职工怀孕未满 4 个月流产的，享受 15 天产假；怀孕满 4 个月流产的，享受 42 天产假。

第八条 女职工产假期间的生育津贴，对已经参加生育保险的，按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。

女职工生育或者流产的医疗费用，按照生育保险规定的项目和标准，对已经参加生育保险的，由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，由用人单位支付。

第九条 对哺乳未满 1 周岁婴儿的女职工，用人单位不得延长劳动时间或者安排夜班劳动。

用人单位应当在每天的劳动时间内为哺乳期女职工安排 1 小时哺乳时间；女职工生育多胞胎的，每多哺乳 1 个婴儿每天增加 1 小时哺乳时间。

第十条 女职工比较多的用人单位应当根据女职工的需要，建立女职工卫生室、孕妇休息室、哺乳室等设施，妥善解决女职工在生理卫生、哺乳方面的困难。

第十一条 在劳动场所，用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰。

第十二条 县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门、安全生产监督管理部门按照各自职责负责对用人单位遵守本规定的情况进行监督检查。

工会、妇女组织依法对用人单位遵守本规定的情况进行监督。

第十三条 用人单位违反本规定第六条第二款、第七条、第九条第一款规定的，由县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门责令限期改正，按照受侵害女职工每人1000元以上5000元以下的标准计算，处以罚款。

用人单位违反本规定附录第一条、第二条规定的，由县级以上人民政府安全生产监督管理部门责令限期改正，按照受侵害女职工每人1000元以上5000元以下的标准计算，处以罚款。用人单位违反本规定附录第三条、第四条规定的，由县级以上人民政府安全生产监督管理部门责令限期治理，处5万元以上30万元以下的罚款；情节严重的，责令停止有关作业，或者提请有关人民政府按照国务院规定的权限责令关闭。

第十四条 用人单位违反本规定，侵害女职工合法权益的，女职工可以依法投诉、举报、申诉，依法向劳动人事争议调解仲裁机构申请调解仲裁，对仲裁裁决不服的，依法向人民法院提起诉讼。

第十五条 用人单位违反本规定，侵害女职工合法权益，造成女职工损害的，依法给予赔偿；用人单位及其直接负责的主管人员和其他直接责任人员构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第十六条 本规定自公布之日起施行。1988 年 7 月 21 日国务院发布的《女职工劳动保护规定》同时废止。

附录：

女职工禁忌从事的劳动范围

一、女职工禁忌从事的劳动范围：

- (一) 矿山井下作业；
- (二) 体力劳动强度分级标准中规定的第四级体力劳动强度的作业；
- (三) 每小时负重 6 次以上、每次负重超过 20 公斤的作业，或者间断负重、每次负重超过 25 公斤的作业。

二、女职工在经期禁忌从事的劳动范围：

- (一) 冷水作业分级标准中规定的第二级、第三级、第四级冷水作业；
- (二) 低温作业分级标准中规定的第二级、第三级、第四级低温作业；
- (三) 体力劳动强度分级标准中规定的第三级、第四级体力劳动强度的作业；
- (四) 高处作业分级标准中规定的第三级、第四级高处作业。

三、女职工在孕期禁忌从事的劳动范围：

- (一) 作业场所空气中铅及其化合物、汞及其化合物、苯、镉、铍、砷、氰化物、氮氧化物、一氧化碳、二硫化碳、氯、己内酰胺、氯丁二烯、氯乙烯、环氧乙烷、苯胺、甲醛等有毒物质浓度超过国

家职业卫生标准的作业；

（二）从事抗癌药物、己烯雌酚生产，接触麻醉剂气体等的作业；

（三）非密封源放射性物质的操作，核事故与放射事故的应急处置；

（四）高处作业分级标准中规定的高处作业；

（五）冷水作业分级标准中规定的冷水作业；

（六）低温作业分级标准中规定的低温作业；

（七）高温作业分级标准中规定的第三级、第四级的作业；

（八）噪声作业分级标准中规定的第三级、第四级的作业；

（九）体力劳动强度分级标准中规定的第三级、第四级体力劳动强度的作业；

（十）在密闭空间、高压室作业或者潜水作业，伴有强烈振动的作业，或者需要频繁弯腰、攀高、下蹲的作业。

四、女职工在哺乳期禁忌从事的劳动范围：

（一）孕期禁忌从事的劳动范围的第一项、第三项、第九项；

（二）作业场所空气中锰、氟、溴、甲醇、有机磷化合物、有机氯化合物等有毒物质浓度超过国家职业卫生标准的作业。

（本稿件由：市律协劳动和社会保障法律业务委员会 提供）