

劳动和社会保障法律资讯

第五期

深圳市律师协会劳动与社会保障法律业务委员会

二〇一二年十二月十日

本期目录

一、涉及三期女职工的一些文件

- | | |
|---------------------------------|---|
| 1 女工“三期”待遇汇总表（截至 2012年 11月 30日） | 2 |
| 2 深圳审理女工三期案件的一些指导意见、纪要 | 5 |

二、案例参考

- | | |
|-------------------------------------|---|
| 深圳市××电子技术有限公司与李某某因“孕期”解除劳动合同的劳动争议案件 | 9 |
|-------------------------------------|---|

三、实务研讨

- | | |
|------------------|----|
| 如何处理违反计划生育政策的女职工 | 16 |
|------------------|----|

1 女工“三期”待遇汇总表

2012.11.30

假期名称		适用对象	适用条件	假期	假期待遇	法律依据	备注
孕期待遇		已怀孕的女职工在孕期不能适应原劳动的	有医疗机构的证明	无特别规定	减轻劳动量，或安排其他能适应的劳动	《女职工劳动保护特别规定》第六条	其他待遇见《女职工禁忌从事的劳动范围》
		怀孕七个月以上的女工	无明确规定		不得延长劳动时间，不得安排夜班		
产前检查		孕期需进行常规妊娠检查的女职工	必要时，可要求产检女工提供产检证明	根据需要给予	所需时间计入劳动时间，工资照发	《女职工劳动保护特别规定》第五条、第六条第三款；广东省《女职工劳动保护规定》实施办法第五条第三项	
产前病假		有习惯流产史、妊娠综合症等可能影响正常生育的，经二级医院证明，单位应当批准。	有二级以上医院的证明	无具体规定	有习惯流产史、妊娠综合症等可能影响正常生育的，经二级医院证明，单位应当批准。	无明确依据	
产假	产假	生产的女职工	正常生产的女职工	98天(其中可在产前休15天)	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	《深圳市员工工资支付条例》第二十二条；《女职工劳动保护特别规定》第五条、第七条第一款；《广东省人口与计划生育条例》(2008年	产假期间给予男方看护假10天(广东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定)第六条)
	难产假	剖腹产或其他原因不能正常生产的女职工	应由接产医院出具难产证明	增产假15天(广东30天)			
	多胎生育假	一次生育两胎及以上的女职工		每多生一胎，增加产假15天			

	晚育优待假	23周岁后生育第一胎的女职工	女职工生育第一胎时已满24周岁	增加产假15天	单位支付。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（广东：且不影响原有福利待遇和全勤评奖）	11月28日修订)第三十五条、第三十七条；《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定》第六条；广东省《女职工劳动保护规定》实施办法第五条第五项、第六条；	
	独生子女优待假	已领取《独生子女优待证》的女职工	在生育后的三个月内领取的《独生子女优待证》	增加产假35天			
流产假		怀孕不满四个月流产的女职工	有医疗部门的意见	15-30天的产假			
		怀孕四个月以上(含四个月)流产的女职工	怀孕四个月以上(含四个月)流产	给予42天产假			
产后病假		产假期满因身体原因不能工作的女职工	产假已满，但身体虚弱，仍不能工作，有医疗机构证明其仍需停工休息的	按医疗机构的证明给予相应的病假	超过产假期间的待遇，按职工患病的有关规定处理。（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，但不得低于最低工资的百分之八十）	《深圳市员工工资支付条例》第二十三条；劳动部《关于女职工生育待遇若干问题的通知》第三条；企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定；劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》的通知；	
哺乳期假		产假期满后有实际困难	本人申请、单位批准	根据需要，最长不超过婴儿一周岁	应其本人标准工资的70%发给工资	广东省《女职工劳动保护规定》实施办法第八条	此“困难”主要指家庭困难，此处的“标准工资”已难以执行

授乳假	哺乳期的女职工	婴儿一周岁以内需要哺乳者	每天一小时；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	视为正常出勤，不得降低其工资、福利待遇	《女职工劳动保护特别规定》第九条；广东省《女职工劳动保护规定》实施办法第五条第五项、第六条；《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定》第六条	
节育假	施行节育手术的女职工	有医疗机构的节育手术证明	1-21天	在规定假期内工资照发，不影响福利待遇和全勤评奖	《广东省人口与计划生育条例》（2008年11月28日修订）第三十六条	假期的依据不明确
					法条适用原则：从新兼从优	

2 深圳近年来审理女工三期案件的一些指导意见、纪要：

《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件相关法律适用问题的座谈纪要》（2006 年） （深中法 2006[88]号）

第十条 用人单位不当解除与“三期”内女职工的劳动合同的处理问题

如女职工要求继续履行劳动合同，则应撤销用人单位解除劳动合同的决定，双方继续履行劳动合同。造成劳动者工资收入损失的，用人单位还要支付工资。如在案件处理过程中劳动合同期限届满的，则应在撤销用人单位解除劳动合同决定的同时，认定双方劳动合同终止，并判令用人单位支付至劳动合同终止之日的工资待遇。

如女职工未要求继续履行劳动合同，可视为用人单位提出，双方协商一致解除劳动合同的，解除合同时间应确定至女职工“三期”期满之日。如女职工“三期”期满之日劳动合同期限尚未届满或双方仅存在事实劳动关系的，用人单位应支付女职工工资至“三期”期满之日，并支付解除劳动合同经济补偿金。如女职工“三期”期满之日劳动合同已届满，则认定双方劳动合同期满终止，用人单位无须支付女职工解除劳动合同经济补偿金。

前述孕期工资可参照《深圳经济特区企业工资管理暂行规定》第五十四条规定的停工津贴确定，产假期间的工资，按原工资待遇；哺乳期工资依《广东省女职工劳动保护实施办法》规定不低于本人

标准工资的百分之七十五发给工资。

《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见（试行）》（2009年4月印发）

103、用人单位违法解除与“三期”内女职工的劳动合同，如女职工要求继续履行劳动合同，则应撤销用人单位解除劳动合同的决定，双方继续履行劳动合同。造成劳动者工资收入损失的，用人单位还要支付工资。如在案件处理过程中劳动合同期限届满的，则应在撤销用人单位解除劳动合同决定的同时，认定双方劳动合同终止，并判令用人单位支付至劳动合同终止之日的工资待遇和经济补偿金。如女职工未要求继续履行劳动合同或劳动合同已经不能履行的，应认定双方劳动合同解除，并依照《劳动合同法》第四十八条和第八十七条的规定，由用人单位支付赔偿金。

104、女职工在“三期”内依《劳动合同法》第三十八条、最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的规定》第十五条的规定，提出被迫解除劳动合同，除要求经济补偿金外，还要求用人单位支付工资至“三期”期满的，对劳动合同解除后的“三期”工资，不予支持。

105、“三期”女职工孕期工资可参照《深圳经济特区企业工资管理暂行规定》第五十四条规定的停工津贴确定；产假期间的工资，

按原工资待遇照发；哺乳期工资依《广东省女职工劳动保护实施办法》规定按不低于本人标准工资的百分之七十五发给工资。

《深圳市劳动争议仲裁、诉讼实务座谈会纪要》（2010 年 3 月 9 日深圳市中级人民法院审判委员会第六次会议讨论通过）

一、劳动者依照《人口与计划生育法》第二十七条、《广东省人口与计划生育条例》第三十八条、第三十九条，要求用人单位按月支付的独生子女保健费和奖励金以及在退休时一次性支付的上年度职工平均工资的 30%待遇而产生的争议，不作劳动争议处理。

《全市劳动人事争议疑难问题研讨会纪要》（2010 年 5 月）

四、劳动者违反计划生育政策生育，用人单位以此为由解除劳动合同的，应予支持。

《全市劳动人事争议疑难问题研讨会纪要》（2011 年 11 月）

六、劳动合同期限因法定情形（如：工伤、患病或非因工负伤、女职工三期等）续延的，续延期间应当计算为劳动者在本单位的工作年限。

七、女员工与用人单位约定工资为计件工资的，按照女员工产假前 12 个月应发工资的平均数额来确定其产假期间的月工资标准。应发工资确实无法查明的，可以按已查明的产假前 12 个月实发

工资的平均数额来确定其产假期间的月工资标准。

八、女员工未婚先孕流产的，不享受流产假期。女员工提供医疗证明（或医嘱），证明其需停工休息的，可按照病假待遇处理。

《深圳市劳动合同管理疑难问题研讨会会议纪要》（2012 年 8 月）（深人社专纪[2012]11 号）

七、女职工违法计划生育问题。女职工违法计划生育仍然适用《女职工劳动保护特别规定》的有关条款，用人单位不得以女职工违法计划生育为由解除劳动合同。劳动合同、集体合同、规章制度另有约定的除外。

深圳市××电子科技有限公司与李某某因“孕期”解除劳动合同的劳动争议案件

广东省深圳市中级人民法院 民事判决书

(2011)深中法民六终字第2154号

上诉人（原审原告）李某某，女。

委托代理人许某某，广东××律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）深圳市××电子科技有限公司

法定代表人施某某，总经理。

委托代理人范某某，广东××律师事务所律师。

上诉人李某某因与被上诉人深圳市××电子科技有限公司（以下简称××公司）追索劳动报酬及经济补偿纠纷一案，不服深圳市南山区人民法院（2010）深南法民一（劳）初字第1057号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

本院经审理查明，原审认定的事实准确，本院予以确认。另查明，在二审中，原审认定的事实准确，本院予以确认。另查明，在二审调查时，法庭要求李某某提交其生育的相关证据，其表示庭后提交，但此后，其于2011年6月10日通过电话明确回复本院，表示不愿意提交此项证据，并认为其生育的有关证据与本案无关。

本院认为，本案二审中，双方当事人争议的焦点问题包括如下

几个方面：一是××公司应否支付李某某 2010 年 3 月、4 月的工资及其具体数额；二是××公司应否支付李某某 2009 年 1 月至 12 月克扣的工资及其具体数额；三是××公司应否支付李某某违法解除劳动合同的赔偿金及其数额；四是××公司应否支付李某某年休假工资及其具体数额；五是××公司应否支付李某某 2010 年 5 月至 2011 年 11 月 12 日的工资；六是××公司应否支付李某某律师费。

对于第一个问题，即李某某 2010 年 3 月、4 月的工资问题。本院认为，根据双方签订的劳动合同，李某某试用期满后，月工资标准为 3000 元，住房补贴 300 元，伙食补贴每个工作日 5 元，××公司实际亦按彼此标准计发李某某的工资，因此计算李某某 2010 年 3 月、4 月的工资应当以此为准。原审法院认定李某某 2010 年 3 月正常出勤 23 天，该月其应得的工资数额为 3415 元（3000+300+5×23），李某某主张以 3439 元的标准计算该月工资，与事实不符，本院不予支持，××公司对该月工资未提出异议，故本院予以确认该月工资数额；关于 2010 年 4 月的工资，李某某主张因怀孕保胎，其于 2010 年 3 月 30 日向公司请病假，因有“深圳市妇幼保健院疾病诊断书”、“病历本”以及“移交清单”等证据予以佐证，故对其此主张予以采信，认定李某某因病请假。李某某提供的深圳市妇幼保健院疾病诊断书共两份，分别为 2010 年 3 月 30 日、2010 年 4 月 15 日，每次均为建议休息 10 天；经查，2010 年 3 月 30 日后的 10 日内共有工作日 8 天，其中 3 月 2 天，4 月 6 天，2010 年 4 月 15 日后的 10 天内，共有工作日 7 天。应当认定李某某 2010 年 4

月因病工作日请假共 13 天，该 13 天应当计发病假工资；2010 年 4 月的其他工作日，李某某实际未上班，亦未合法请假，故××公司无需支付工资。李某某 2010 年 4 月应得的病假工资为 1183 元【 $(3000+300) \div 21.75 \times 60\% \times 13 = 1183$ 】。李某某主张其 2010 年 4 月份及全月正常工资，缺乏法律依据，本院不予支持。××公司应当支付李某某 2010 年 3 至 4 月工资 4598 元，并支付 25% 的经济补偿金 1149.5 元。

对于第二个问题，即李某某主张的 2009 年 1 至 12 月克扣工资问题。双方在一审中确认的李某某本人工资表显示，2009 年 1 至 12 月，在“减项”及“扣款”项目下，均由社会保险金及其它，其中“其它”项每月为 160-184 元不等，共计 2057.53 元，××公司称其它扣款亦系社保费用扣除，李某某称系公司无故克扣工资。本院认为，李某某的工资表上显示已扣除了应由李某某个人承担的社会保险金，又在其它项扣款作为社会保险费用，明显不符合事实，××公司对扣款的解释与事实不符，本院不予采信，应当认定其它项目下的扣款系××公司无故克扣，××公司应当向李某某支付扣款 2057.53 元，并支付 25% 的经济补偿金 514.4 元。李某某此项上诉理由成立，本院予以支持。

对于第三个问题，即违法解除劳动关系的赔偿金问题。本院认为，李某某提供的“深圳市妇幼保健院疾病诊断书”（二份）及“病历本”显示，其分别于 2010 年 3 月 30 日、2010 年 4 月 4 日、2010 年 4 月 8 日、2010 年 4 月 12 日及 2010 年 4 月 14 日连续到医院治

疗，且 2010 年 3 月 30 日及 2010 年 4 月 15 日医生分别建议其各休息 10 天 在此之前，李某某已与公司相关人员对工作进行了交接。上述情况表明，李某某并非无故旷工，并且李某某作为孕期妇女，应受到特别保护，××公司作为用人单位应给予更多的关怀，其以李某某旷工为由解除劳动关系不符合法律规定，属于违法解除劳动合同，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第八十七条规定，××公司应支付李某某解除劳动合同赔偿金。按照一审判决书已载明的李某某工资加上李某某主张的 2009 年 11 月、12 月工资各少计算 500 元，经核算，李某某月平均工资为 3422 元，李某某主张其月平均工资为 3439 元与事实不符，本院不予采信。（3422 元×1.5 个月×2 倍）。

对于第四个问题，即年休假工资问题。本院认为，李某某 2008 年 11 月 11 日入职××公司，至 2009 年 11 月 10 日已满一年，因经李某某 2009 年 11 月 11 日后可休当年年休假 5 天，因双方劳动关系已情趣 2010 年 4 月解除，故其当年可休年休假 1 天，××公司提交的证据显示李某某 2009 年实际已休年休假 1 天，2010 年未休，故××公司应当支付李某某 5 天未休年休假工资，具体数额为 1573 元（ $3422 \div 21.75 \times 5 \times 200\% = 1573$ 元），李某某仅请求未休年休假工资 790.6 元，在法律规定的范围内，本院予以准许；其主张年休假工资 25%的经济补偿金，缺乏法律依据，本院不予支持。

对于第五个问题，即李某某要求××公司支付其 2010 年 5 月至 2011 年 11 月 12 日的工资问题。李某某主张，依据《深圳经济特

区实施<中华人民共和国妇女权益保障法>》第十七条的规定，应当由 XX 公司支付其上述期间的工资。本院认为，《深圳经济特区实施<中华人民共和国妇女权益保障法>》第十七条第三款与本案有关的规定内容为：“辞退女职工或者单方解除劳动合同拒不改正的，应当发给劳动合同期满前剩余期间的全部劳动报酬和国家规定的生活补偿费，并由劳动行政管理部门对用人单位按受侵害的女职工人数每人一千元以上五千元以下处以罚款。”本案的情形是，××公司于 2010 年 4 月 23 日发函给李某某，认为其无故旷工，对其按自动离职处理。李某某收到公司的处理决定后，并未要求恢复劳动关系，而是去申请劳动仲裁，请求违法解除劳动关系的赔偿金及其他待遇。从上述情形来看，××公司并不存在拒不改正的行为，因此本案情形不符合上述规定，李某某要求按照上述规定判决××公司支付 2010 年 5 月至 2011 年 11 月 12 日的工资，理由不能成立，本院对其该项请求不予支持。

对于第六个问题，即律师费事项。本院认为，李某某要求××公司支付其律师代理费用，但其未提供合法有效的律师代理合同及票据证明，故对其此项主张不予支持。

综上所述，李某某的上诉理由部分成立，本院对其上述请求予以部分支持。原审判决认定事实清楚，但适用法律有不妥之处，依法应予改判。依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十条、第八十七条，《职工带薪年休假条例》第二条、第三条，《企业职工带薪年休假实施办法》第十条、第十一条、第十二条，《深圳市员工工

资支付条例》第二十三条，参照《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第三条及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销深圳市南山区人民法院（2010）深南法民一（劳）初字第 1057 号民事判决第五项；

二、变更深圳市南山区人民法院（2010）深南法民一（劳）初字第 1057 号民事判决第一项为：被上诉人深圳市××电子科技有限公司在本判决发生法律效力之日起 5 日内支付上诉人李某某 2010 年 3 月、4 月工资 4598 元及 25%的经济补偿金 1149.5 元；

三、变更深圳市南山区人民法院（2010）深南法民一（劳）初字第 1057 号民事判决第二项为：被上诉人深圳市××电子科技有限公司在本判决发生法律效力之日起 5 日内支付上诉人李某某 2009 年 1 月至 12 月被克扣的工资 2057.53 元及 25%的经济补偿及 514.38 元；

四、变更深圳市南山区人民法院（2010）深南法民一（劳）初字第 1057 号民事判决第三项为：被上诉人深圳市××电子科技有限公司在本判决发生法律效力之日起 5 日内支付上诉人李某某违法解除劳动关系的赔偿金 10266 元；

五、变更深圳市南山区人民法院（2010）深南法民一（劳）初字第 1057 号民事判决第四项为：被上诉人深圳市××电子科技有限公司在本判决发生法律效力之日起 5 日内支付上诉人李某某未休年休假工资 790.6 元；

六、驳回上诉人李某某其他上诉请求。

如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案一审案件受理费人民币 5 元，二审案件受理费人民币 10 元，均由被上诉人深圳市××电子技术有限公司承担。

本判决为终审判决。

审判长 彭安明

审判员 何伟云

审判员 许炎兴

二〇一一年六月二十七日

书记员 孙巍（兼）

如何处理违反计划生育政策的女职工

一、什么是违反计划生育政策？

《人口和计划生育法》第 18 条规定：国家稳定现行生育政策，鼓励公民晚婚晚育，提倡一对夫妻生育一个子女；符合法律、法规规定条件的，可以要求安排生育第二个子女。因此，认定是否违反计划生育政策要看是否具备下列两个因素：1 是否是夫妻关系。如果是未婚生育的，因未婚男女之间不形成夫妻关系，所以，未婚生育会被认定为违反计划生育政策。但是，如果是未婚怀孕的，因在生育之前，未婚男女可以依法领取结婚证，形成夫妻关系，故，未婚怀孕并不必然违反计划生育政策。2 是否只生育一个子女或符合条件的生育第二个子女。我国的生育，凡是符合计划生育政策的，均可办理计划生育证明，凡是不符合计划生育政策的，计生部门均不会出具计划生育证明。

综上，违反计划生育政策，可以这么定义：未办理结婚登记而生育或无计划生育证明的超生。

--- 笔者后记：本文最初写于 2011 年 11 月，但在 2012 年 7 月，笔者听深圳市劳动人事争议仲裁院王庭长所做的《女职工劳动保护仲裁实务》讲座时得知：实践中，只要未婚男女在生育事实发生后三个月之内，依法领取结婚证的，都可以补领《准生证》，这样的情况不认定为违反计划生育政策。

二、违反计划生育政策是否可以休产假？

《女职工劳动保护特别规定》第 7 条规定：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。

法律之所以要作出这样的规定，是为了保障怀孕生育的女职工有足够的时间来恢复身体健康，毕竟，人的身体健康权才是第一位的。因此。产假本身并不以是否符合计划生育政策为前提条件，产假与生育的次数无关，只要职工有怀孕生育的事实存在，不论其是符合计划生育政策还是违反计划生育政策，单位都应当无条件地给予女职工足够的产假时间，确保女职工能顺利恢复身体健康。单位不能拒绝女职工的休产假申请。

三、违反计划生育政策能否享受生育保险待遇？

违反计划生育政策的女职工可以休产假，但是，对于其能否享受生育医疗费、产假工资等涉及劳动保护方面的权益，原国务院的《女职工劳动保护规定》第 15 条对此有规定：“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。”但是，在新公布的《女职工劳动保护特别规定》中又将该条款删除了。故现行法律法规的确未对该问题作出明确的规定。

考虑到《人口与计划生育法》第 24 条规定：国家建立、健全基本养老保险、基本医疗保险、生育保险和社会福利等社会保障制度，促进计划生育。依据该规定可以认定：生育保险的设立目的是为了促进计划生育，如此一来，违反计划生育政策应该是不能享受生育保险的。

故笔者也赞成：违反计划生育政策的女职工可以休产假，但不能享受生育保险待遇。

四、用人单位能否辞退违反计划生育政策的女职工？

用人单位能否辞退违反计划生育政策的女职工，实务中有三种观点：

1 一定条件下可以辞退。

该观点认为，用人单位能否以违反计划生育政策辞退女职工，必须具备以下情形之一：

（1）劳动合同中明确约定：违反计划生育政策可以解除劳动合同；如：《广东省劳动和社会保障厅关于贯彻落实〈广东省计划生育委员会兼职委员单位职责〉的意见》规定：“在劳动关系解除终止方面。在劳动合同中，经协商一致，可明确合同期间发生计划外生育情况时，可由用人单位解除劳动合同。如果在劳动合同和企业依法制定的规章制度中，有劳动者违反计划生育规定企业可解除劳动关系内容的，由此发生的争议，劳动争议仲裁庭应对企业解除劳动关系的决定予以支持。

如：2012年8月的《深圳市劳动合同管理疑难问题研讨会会议纪要》规定：“七、女职工违法计划生育问题。女职工违法计划生育仍然适用女职工劳动保护特别规定》的有关条款，用人单位不得以女职工违法计划生育为由解除劳动合同。劳动合同、集体合同、规章制度另有约定的除外。”

（2）依法制订并公示的规章制度规定了：违反计划生育政策可以解除劳动合同；

《关于受理职工违反计划生育政策规定引起的劳动争议问题的复函》规定：“职工因违反计划生育政策被企业开除引起的争议，劳动仲裁委员会应当受理。在处理这类劳动争议时，除依据劳动法律、法规外，还应以国家和地方政府有关计划生育政策的法规、规章，以及企业内部符合国家规定的有关规章制度为依据。”依据该复函，如果用人单位在规章制度中明确将劳动者违反计划生育政策怀孕、生育等行为视为严重违反规章制度的行为，由于规章制度是用人单位用工自主权的最大体现，只要该规章制度通过民主程序制定，并依法进行了公示，鉴于《深圳经济特区计划生育管理办法》、《广东省人口与计划生育条例》均有类似规定：计划外生育的，由所在单位给予开除、撤职或解除聘用处理，故，在这样规章制度的内容并不能算违法。所以，即使怀孕女职工享有《妇女权益保障法》、《劳动合同法》、《女职工劳动特别保护规定》等法律法规规定特殊的就业保护权，但是，用人单位完全可以根据《劳动合同法》第39条之规定，以劳动者严重违反规章制度为由，予以辞退。如果用人单位在规章制度中没有明确将员工违反计划生育政策怀孕、生育等行为列为严重违反规章制度的行为或者用人单位的规章制度并不符合生效的法律要件，则用人单位无权以女职工违反计划生育政策为理由解除劳动合同。

(3) 当地的政府部门对女职工违法计划生育而对用人单位进行了处罚，那么，用人单位可以依据《劳动合同法》第 39 条的规定，按“给用人单位造成经济损失”为由对女职工予以解雇。

2 绝对不能辞退。

该观点认为：虽然从表面上看违反计划生育政策的女职工本身有违法行为，但是从另一个侧面看，职工违反计划生育法规，应承担的是行政责任，这是另外一个法律关系，跟员工与用人单位之间的劳动关系不同，两个法律关系不能混同。而《妇女权益保障法》、《劳动法》、《劳动合同法》、《女职工劳动保护特别规定》等法律法规规定用人单位不得解除与怀孕女职工的劳动合同，但这些规定并没有区分女职工的怀孕是已婚的还是未婚的，是符合计划生育的还是违反计划生育的，只要是女职工怀孕并生育的，就享有法律法规规定的就业保障权。

至于说用人单位的规章制度规定了违反计划生育政策怀孕、生育等行为为严重违反规章制度的行为，根据《关于〈国营企业辞退违纪职工暂行规定〉若干问题解答》规定：违反计划生育政策不属于违反企业劳动纪律的范畴，不能按《辞退规定》处理。职工违反计划生育政策的问题，应按国家计划生育的有关规定处理。因此，即使用人单位依法制定的规章制度有这样的规定，这样的规定也应该属于违反法律的规定而无效。

3 绝对可以辞退。

该观点认为，实行计划生育是我国的基本国策，也是每个公民应尽的义务，劳动者作为我国公民必须遵守，就如同劳动者不能从事犯罪行为一样，无须用人单位的特别规定。同时，各地都对用人单位督促其职工遵守计划生育政策采取了一定的措施，如用人单位未尽责，将面临相应的处罚。而如果仅规定用人单位在被相关部门处罚后才能解除与违反计划生育政策女职工的劳动合同，将使用人单位丧失管理监督的职能，使用人单位处于不利境地。因此，即使违反计划生育的劳动者与单位没有任何劳动合同约定，也没有相应的规章制度规定，相关部门对违反计划生育行为也没有进行处罚。用人单位也可以以此为由解除劳动合同。

如：深圳市 2010年 5月的《2010年上半年全市劳动人事争议疑难问题研讨会纪要》第 4条规定：劳动者违反计划生育政策生育，用人单位以此为由解除劳动合同的，应予支持。

应该说，这一问题在司法实践中争议较大，处理此问题，个人建议要熟悉本地区的司法口径。因为，在当前的司法环境中，虽然法律规定是相同的，但是各地对问题的认识、对法律的理解各不相同，由于这些差异，相同个案可能在不同的地区会有不同的处理精神或有不同的处理结果。即使是同一地区，随着时间的推移，相同个案的处理精神可能也会有变化。所以，律师务必要了解本地区当前时间对此问题是否形成统一的司法口径。比如：2012年 8月前，律师

可以明确，按照深圳的处理精神，用人单位可以无条件辞退违反计划生育政策生育的女职工并且不需要支付任何经济补偿金。但是，随着 2012 年 8 月的《深圳市劳动合同管理疑难问题研讨会会议纪要》的出台，这一问题就解答就发生了变化。

五、违反计划生育政策怀孕的女职工流产应如何处理？

此处说的违反计划生育政策怀孕，是指下面两种情形：

一是不符合条件生育二胎的已婚女职工怀孕。应该说已婚女职工怀孕，不论其是第几次怀孕，均不违反计划生育政策，只有怀孕后未取得计划生育证明超生才算真正违反计划生育政策。因此，此类型的女职工怀孕后流产的，根据《女职工劳动保护特别规定》的规定：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。因此，女职工享有一定时间的流产假，同时，女职工还应享受生育保险的待遇。

二是未婚先孕的女职工流产。2011 年《全市劳动人事争议疑难问题研讨会纪要》第八条规定：女员工未婚先孕流产的，不享受流产假期。女员工提供医疗证明（或医嘱），证明其需停工休息的，可按照病假待遇处理。

本文仅代表作者个人观点，仅供参考。

本文作者：市律协劳动和社会保障法律业务委员会委员冼武杰律师