飞劳动法月刊

Fei Labor Law Monthly

2019 年 7 月刊 第 02 期

- 本期老板的三个错
- 六月 HR 问了哪些问题？
- 违法解除怀孕女职工的赔偿
- 手把手教你写出一份最详尽的解除劳动合同协议
- 新规速递

广州金鹏律师事务所
KINGPOUNG LAW FIRM

总编辑：蔡飞律师

联系电话：13560148051　邮箱：cf@kingpound.com　地址：广州市天河区兴民路 222 号天盈广场东塔 45层

目录

01 六月HR最关心的十个专业劳动法律问题

08 六月最基础的十个劳动法律问题

12 用工案例分析之老板你错了

12 忽略入职登记表的错

13 未核实员工入职时身份的错

14 劳动者拒绝加班处理不当的错

16 女职工实务专题：

16 违法解除怀孕女职工，要赔多少钱？

20 在广东生孩子，生育期间待遇如何？

23 女员工因穿着太开放被开除，合法吗？

26 女职工到底是50岁还是55岁退休？

30 新规速递

30 《关于公布2018年全省从业人员月平均工资和职工基本养老保险缴费基数上下限有关问题的通知》

33 最新：广州法院女职工权益保护典型案例

38 超值附赠

解除劳动关系协议书

41 “飞劳动法”团队

六月 HR 最关心的十个专业劳动法律问题

一、劳动者未提前一个月通知而离职，需承担什么样的法律责任？

答：基本上无责。

《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条对于劳动者解除劳动合同的情形作了明确规定，只要劳动者提前三十日（试用期内提前三日）以书面形式通知用人单位，就可以解除劳动合同。至于劳动者未提前通知的法律后果，《中华人民共和国劳动合同法》第九十条明确了，劳动者违反本法规定解除劳动合同，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

二、约定未提前一个月通知而离职，需支付一个月工资的违约金是否可行？

答：无效。

由于劳动法律关系的社会法特征决定了劳动合同关系不同于一般民事合同关系，其不可能完全遵从双方意思自治，劳动合同法对于劳动者承担违约金的情形作了明确限制，根据《劳动合同法》第二十五条规定，只有在劳动者违反服务期的约定或竞业限制约定的情形下，用人单位才能与劳动者约定由劳动者承担违约金。因此，即便双方约定未提前一个月通知解除劳动合同，需赔偿一个月的违约金，也没有意义。但即便没有这样的约定，如果能证明劳动者未提前通知即离职，而给用人单位造成了损失，劳动者也一样需要赔偿。

所以，是否约定都无意义。

三、员工声明放弃缴纳社保，能否以未缴纳社保为由离职并获得经济补偿金？

答：各地规定不同，具体如下：

（一）广东的做法是，要求单位补交而单位不补交才可以获得经济补偿

广东高院《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》(粤高法〔2012〕284 号)：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。

（二）北京是可获得经济补偿

北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动争议案件法律适用问题的解答》：25、劳动者要求用人单位不缴纳社会保险，后又以用人单位未缴纳社会保险为由提出解除劳动合同并主张经济补偿的，应否支持？

依法缴纳社会保险是《劳动法》规定的用人单位与劳动者的法定义务，即便是因劳动者要求用人单位不为其缴纳社会保险，劳动者按照《劳动合同法》第三十八条的规定主张经济补偿的，仍应予支持。

（三）浙江是不可获得经济补偿

浙江高院《关于审理劳动争议纠纷案件若干疑难问题的解答》：

十一、劳动者不愿意缴纳社会保险费，并书面承诺放弃参加社会保险的法律后果是什么？

劳动者不愿意缴纳社会保险费，并书面承诺放弃参加社会保险的，该书面承诺无效。劳动者可以此为由解除劳动合同，但要求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。

四、单位规定连续旷工两天可解除劳动合同，合法吗？

答：一般来讲，连续旷工三天解除劳动合同，肯定是合法的。但旷工一天即解除劳动合同，过于严苛，一般是不会认可的。至于两天能否解除劳动合同的问题，个人认为是可以的，广东省高院就有案例对此予以支持，具体如下：

在袁国兴与封开县烟草专卖局劳动争议申请再审民事裁定书【广东省高级人民法院（2014）粤高法民申字第 122 号】中认定，原审诉讼中，封开县烟草专卖局向原审法院提交的 2010 年 12 月《考勤月报表》，证实袁国兴在 2010 年 12 月 15 日起连续旷工超过两天。封开县烟草专卖局是广东省烟草肇庆市有限责任公司封开县分公司，其举证的《肇庆市烟草行业员工奖惩制度》是经肇庆市烟草专卖局（公司）第五届第六次职工代表大会审议通过的。该奖惩制度规定，解除劳动合同标准为“处以记过处分后仍再犯者；或旷工两天及以上者”。因此，原判决认定封开县烟草专卖局是合法解除其与袁国兴的劳动合同理据充分。袁国兴所提再审申请理由缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

五、员工离职时，扣着工资不给，会有什么样的法律后果？

答：劳动者可进行投诉，经劳动行政部门责令后仍不支付的，则需支付相应的赔偿金。

根据《工资支付暂行规定》第九条规定，劳动关系双方依法解除或终止劳动合同时，用人单位应在解除或终止劳动合同时一次付清劳动者工资。因此，离职时结清工资是法定义务，而《劳动合同法》第八十五条规定，未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的，劳动者可以向劳动监察部门投诉，或者提起劳动仲裁申请，由劳动行政部门责令用人单位限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿;逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。(《劳动保障监察条例》第二十六条规定，用人单位有下列行为之一的，由劳动保障行政部门分别责令限期支付劳动者的工资报酬、劳动者工资低于当地最低工资标准的差额或者解除劳动合同的经济补偿；逾期不支付的，责令用人单位按照应付金额50％以上1倍以下的标准计算，向劳动者加付赔偿金：（一）克扣或者无故拖欠劳动者工资报酬的）

有些地方还会有行政处罚的法律后果。《广东省工资支付条例》五十四条规定，用人单位有下列情形之一的，由县级以上人力资源社会保障部门责令限期改正；逾期未改正的，可以对用人单位处以五千元以上一万元以下的罚款，并可以对其法定代表人处以一千元以上五千元以下的罚款：……（三）未在终止或者解除劳动关系当日结清并一次性支付劳动者工资的。

六、员工入职，能否收取保证金？

答：绝对不能。《劳动合同法》第九条规定，用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

《劳动合同法》第八十四条规定，用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。

七、达到退休年龄了，还存在劳动关系吗？

答：根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。根据《中华人民共和国劳动法》第四十四条第一款第二项的规定，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。也就是说，两个规定并不一致，后者要享受养老保险待遇的情形下，劳动合同才终止，而前者是达到法定退休年龄即可。目前实践中对于达到退休年龄但未享受养老保险待遇的是否存在劳动关系，存在不同的意见。

八、两次固定期劳动合同后，用人单位是否必须根据劳动者的要求签订无固定期劳动合同？

司法实践中并不统一，既有判决认定用人单位有选择权，也有判决认定单位无选择权的，也即是否续签劳动合同、续签的劳动合同是

固定期还是非固定期，决定权完全在劳动者。在各地的规定中，意见并不统一：

（一）北京高院和江苏高院就明确了劳动者有主导权；

（二)广东高院也规定劳动者有是否续签的主导权,但也明确了，如果已签订了固定期的又反悔要求签订无固定期，不予支持；

（三）广州中院2011年纪要则规定，要“双方当事人同意续订劳动合同，劳动者提出订立无固定期限劳动合同”，从这规定来看，要单位同意才可以续签。

但广州中院在2010年的《民事审判若干问题的解答》中，却规定连续签订了两次以上劳动合同的，需签订无固定期的劳动合同，并没有说要单位同意才可以续签。

九、约定或规定员工造成损失，要全额赔偿，合理吗？

答：不合理。公司企业作为独立法人，应承担经营风险，用工风险亦是其一，劳动者造成企业经济损失企业应承担必要、合理范围内的经营风险，不能将风险完全转嫁到劳动者身上，故约定或规定员工造成损失全额赔偿不合理。但赔偿部分是合理的。

十、辞职通知书是否可以撤回？

答：不可以。员工提交辞呈行为在法律上属主动提出解除劳动合同行为。劳动合同法》第三十七条规定，劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。从法律规定上来看，单方解除有充分的法律依据。

而从民法理论上来看，解除劳动合同的行为属形成权，形成权的行使不需要相对人的同意，只取决于权利人的单方意志，只要一方当事人提出，通知到达对方即可产生解除的效力。基于单方意思表示一经到达对方即为生效的典型特征，所以，理论上一般认为行使形成权的意思表示不得撤销。

所以，从民事理论上来看，认为劳动者解除劳动合同的通知可以撤回，是不妥的。

六月最基础的十个劳动法律问题

一、试用期满后才缴纳社会保险的是否合理？

答：试用期也是劳动合同的履行期间，社会保险缴纳的义务不能免除。

《社会保险法》第五十八条明确规定，用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记。未办理社会保险登记的，由社会保险经办机构核定其应当缴纳的社会保险费。

二、试用期满后才签订劳动合同的是否合理？

答：试用期也是劳动合同的履行期间，也应签订劳动合同，并且，如果不签订劳动合同，则难以证明试用期。

《劳动合同法》第十条第一款、第二款规定，建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

试用期内不签订劳动合同的，超过一个月以上的，同样需支付未签订书面劳动合同的二倍工资。

三、员工不胜任工作而调整岗位，是否需与员工协商一致？

答：无需。此不仅仅是如果协商才能调整，则对企业而言非常不公平，且也有明确的规则指引。

原劳动部《关于职工因岗位变更与企业发生争议等有关问题的复函》（劳办发［1996］100 号）规定，按照《劳动法》第 17 条、第 26

条、第 31 条的规定精神，因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而变更劳动合同，须经双方当事人协商一致，若不能达成协议，则可按法定程序解除劳动合同；因劳动者不能胜任工作而变更、调整职工工作岗位，则属于用人单位的自主权。对于因劳动者岗位变更引起的争议应依据上述规定精神处理。

四、用人单位不与劳动者签订书面的劳动合同，劳动者可以以此为由离职并获得经济补偿金吗？

答：不可以。《劳动合同法》对于劳动可以离职并获得经济补偿的情形有明确的规定，不签订劳动合同不属于此情形。

五、行政单位、事业单位在编制外招用劳动者，也必须签劳动合同吗？

答：《劳动合同法》第二条第二款规定：国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。

六、劳动合同期满，继续工作但不签订劳动合同，是否需支付二倍工资？

答：《劳动合同法》第八十二条规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。此处对合同期满未签合同是否应支付二倍工资未有具体规定，实践中对于该问题有不同观点。就广东地区而言，已有明确规定。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》（粤高法〔2012〕

284 号)第 14 条第二款规定，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。因此在广东地区的司法实践中，若合同期满劳动者继续提供劳动而又未签订合同，用人单位需支付二倍工资，但也给予用人单位一个月的宽限期。

七、劳动合同无效需要赔偿吗？

答：需要。根据《劳动合同法》第八十六条规定，劳动合同依照本法第二十六条规定被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任。

八、什么是“竞业限制”？

答：所谓竞业限制是指负用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员在离职后一段时间内，不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。

九、劳动者承担竞业限制的义务的前提条件是什么？

答：需要用人单位在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿的，劳动者才需要承担此义务。

十、单位提供什么样的培训才能与职工签订服务期条款？

答：根据《劳动合同法》第二十二条的规定，用人单位提供的培训需满足以下条件才能约定服务期：

1．用人单位为劳动者提供专项培训费用；

2．需对劳动者进行的是专业技术培训。培训包括了专业技术培训和职业培训，只有专业技术培训才需签订服务期，比如从国外引进一条生产线、一个项目，必须有能够操作的人，为此，把劳动者送到国外去培训，这个培训就是专业技术培训。

根据《劳动合同法实施条例》第十六条规定，劳动合同法第二十二条第二款规定的培训费用，包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。

因此，用人单位需证明此系专项培训，且已支付了相应的培训费用，才能要求劳动者承担违反服务期的法律责任。

【用工案例分析】

老板你错了

错误一、忽略入职登记表的错

一、案例：用人单位为了证明劳动合同建立时间，提供了劳动合同是否会被支持？

基本案情

秦某自述2010年3月入职A公司，从事店长工作。2010年11月1日A公司与秦某签订劳动合同，合同期限自2010年11月1日至2012年10月31日，并自2010年11月开始为秦某缴纳社会保险。合同期满后，双方续签劳动合同，合同期限自2012年11月1日至2015年10月31日。2014年10月因公司店面调整问题，双方产生劳动纠纷，秦某提起劳动仲裁，要求A公司补缴2010年3月至10月的社会保险、支付解除劳动关系经济补偿金等请求。庭审中，A公司辩称秦某于2010年11月1日入职，并提供《劳动合同书》为证。

法院采信了秦某关于2010年3月入职的陈述。

劳动者的入职时间应由用人单位举证，用人单位应当建立职工名册，并通过职工名册、入职登记表等，记录包括劳动者的入职时间等内容。本案中，A公司仅提供双方签订的劳动合同，说明秦某入职时间为劳动合同签订时间，未提供职工名册及劳动者签字认可的入职登记表。根据法律规定不能充分有效证明秦某的入职时间，A公司应当依法承担举证不能的法律后果，故法院判决A公司为秦某补缴2010年3月至2010年10月期间的各项社会保险，其中个人缴费比例部分由秦某承担。

二、入职登记表非常重要，对于用人单位极具意义

（一）可证明入职时间。认定入职时间的最重要证据并非是劳动合同，而是入职登记表。有了入职登记表，员工的入职时间方可明确。

关于工作年限的举证责任，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解释》第十三条规定："因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。"由上可知，用人单位负有登记和保管劳动者入职资料的义务和责任，用人单位如未能提交反映员工入职情况的直接证据，法院就会采信劳动者主张的入职时间。虽然很多用人单位在员工入职时即与员工签订了劳动合同，然而发生诉讼时，员工可能会抗辩，声称虽然该合同签订的时间真实，但是在之前双方建立的是事实劳动合同关系，并没有签订书面的劳动合同，在这种情况下，用人单位如果仅凭劳动合同来证明入职时间，其主张有不被支持的可能性。

（二）员工提供虚假资料或虚构工作经历入职时，入职登记表中员工所确认的内容，是单位主张合同无效或解除劳动合同的依据。

错误二、未核实员工入职时身份的错

案例：员工借用他人身份证签订劳动合同，发生工伤时，即便缴纳了工伤保险，单位也可能承担相应的赔偿责任

基本案情

2012 年 2 月 14 日，刘某冒用"刘四女"的身份入职某公司工作，双方已签订劳动合同，某公司用刘某提供"刘四女"的身份证并以工资 1340 元 / 月的缴费标准办理了社会工伤保险手续。2012 年 2 月 21 日晚，刘某骑自行车横过公路时与一辆货车发生交通事故受伤，经抢救无效于次月 1 日死亡，当年 11 月 12 日，刘某被东莞市社会保障局

认定为工伤。刘某死亡后，因其属冒名参加社会保险，故其亲属未能得到社保部门的工伤赔偿。刘某亲属遂诉请要求某公司支付未获赔偿的工伤保险待遇。

法院认为，刘某发生工伤后，因身份不相符无法享受工伤保险基金支付的工伤保险待遇。刘某借用他人身份证与某公司订立劳动合同，某公司在未严格核查刘某个人身份信息的情况下直接以其所冒用身份办理工伤保险，双方均存在过错。法院依据双方过错的程度，认定依法应由工伤保险基金支付的工伤保险待遇，由某公司承担40%责任、刘某一方承担60%责任。

错误三、劳动者拒绝加班处理不当的错

一、案例：员工拒绝加班被解除劳动合同，是否会认定单位违法？

基本案情

某公司在未征得胡某同意的前提下要求胡某加班，并因胡某拒绝加班而解除其劳动合同，胡某起诉主张某公司违法解除劳动合同并请求相应经济补偿金。

一审法院认为某公司在非法定可延长的工作时间内强行要求劳动者延长工作时间的行为违法，判决认定某公司违法解除劳动合同。

劳动者完成正常的工作任务后是否需要延长工作时间，取决于劳动者的意愿，用人单位无权强行要求劳动者延长工作时间。某公司解除劳动合同的行为不符合《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第（二）项的规定，系违法解除劳动合同，依法应支付胡某经济补偿。

二审法院驳回上诉，维持原判。二审法院认为，《中华人民共和国劳动法》第四十一条规定，用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时。本案，胡某于2013年9月5日完成当日工作后，某公司要求胡某加班，应

当与胡某协商，征得胡某本人同意。某公司在胡某拒绝加班的情形下，以胡某不服从工作安排为由对胡某做出处罚决定，是变相强迫胡某加班，该行为违反了《中华人民共和国劳动合同法》第三十一条“不得强迫或者变相强迫劳动者加班”的禁止性规定，胡某有权拒绝，且其拒绝加班不应视为不接受单位工作安排或违反单位规章制度。某公司以胡某严重违反单位规章制度为由解除劳动关系系违法解除。

【女职工实务专题】

违法解除怀孕女职工，要赔多少钱（注意一、二审法官都有典型的错误）？

违法解除怀孕女职工的劳动合同，之所以与解除其他员工的劳动合同不同的法律后果，因为此会对其孕期、产期及哺乳期的预期收入产生客观的较大影响。

因此，违法解除怀孕女职工的法律后果，除了经济赔偿金这一法定的法律责任以外，应考虑如下的现实损失问题：

（一）孕期、哺乳期的工资损失；

（二）产假期间待遇损失；

（三）生育医疗等损失。

另外，各地还有一些奖励，比如广东 80 天奖励假，此也需考虑。

上述待遇，虽客观上会受影响，但却又并非必然更非已经发生，甚至还有可能不会发生，所以在司法实践中，并不会立即且不会全额赔偿。

因此在孕期主张相应的损失，则后来的孕期、产假期间待遇以及生育医疗损失、哺乳期工资损失，并不宜立即支持。但在司法实践中，往往到了二审时，已然生育，除了哺乳期待遇外，其他损失已然发生，裁判往往会增加相应的裁判项。

我们认为，一般而言，如果是解除孕期女职工，应以支付已发生的怀孕期女职工的工资为原则，其他的项目待实际发生后再主张并支持为宜。

实践中，单位解除劳动合同，事后反悔，要求继续履行，劳动合

同多也不认定可恢复。只是此带来一个现实问题，既然单位已要求继续恢复劳动合同，如劳动者同意继续履行，则三期的损失将不会发生，此情形下仍要求用人单位支付相应的损失，是否合理，笔者认为此值得商榷。

关于“三期”相关待遇的支付标准。在广州，关于孕期和哺乳期的损失，可按其本人正常工资的20%支付，但不低于当地最低工资标准。至于产假工资，则参考全额工资或生育津贴，以高者为准。至于奖励假，根据广东省高级人民法院的最新规定，则按职工正常出勤情况下的应得工资计算，但加班工资、高温津贴、支付周期超过一个月或未确定支付周期的劳动报酬除外。

- **案例分析：**

丘海铃、广州谱莱声音响设备有限公司劳动争议

【审理法院：广东省广州市中级人民法院，案号：（2017）粤01民终15591号】

一审判决

本案争议四，是谱莱声公司应否支付丘海铃孕期、哺乳期、产假期间工资问题。

1.丘海铃在仲裁时请求谱莱声公司支付孕期、哺乳期、产假期间工资67200元，劳动仲裁裁决后，丘海铃不服仲裁裁决向原审法院提起诉讼，并请求谱莱声公司支付孕期、哺乳期、产假期间工资68800元，属增加的诉讼请求，增加的诉讼请求具有不可分性，原审法院对增加的诉请一并进行审理。

2.丘海铃怀孕期间被谱莱声公司解雇，客观上造成丘海铃三期待

遇损失，谱莱声公司应予以补偿。产期应按正常工资标准足额支付，孕期和哺乳期可按其本人正常工资的20%支付，但不得低于当地最低工资标准。

3.丘海铃于2017年1月29日剖宫产女婴1名，依照《女职工劳动保护特别规定》第七条，《广东省人口与计划生育条例》第三十条的规定，丘海铃可享受产假178天(98天＋80天)，谱莱声公司应向丘海铃支付产假工资25512.74元（4300元/月÷30天×178天）。

4.丘海铃自2016年12月2日被谱莱声公司违法解除劳动关系，至2017年1月29日其女儿出生，其孕期共58天；哺乳期算至其女儿一周岁，哺乳期共12个月，因此，丘海铃的孕期和哺乳期共计12个月零58天。丘海铃正常工资的20%低于广州市最低工资标准每月1895元，因此，其孕期与哺乳期工资损失应按照广州市最低工资标准计算。经计算，其孕期、哺乳期的工资损失共计27793.54元（1895元/月×12月+1895元/月÷21.75天/月×58天）。

二审判决

关于丘海铃孕期、产假、哺乳期期间工资待遇的问题，谱莱声公司非法解除劳动关系导致丘海铃孕期、产假、哺乳期期间工资待遇损失，原审判决谱莱声公司予以补偿，于法有据，本院予以确认。原审判决认定相关待遇损失有误，本院依法予以纠正。丘海铃于2017年1月29日剖宫产女婴1名，根据《广州市女职工劳动保护实施办法》第十条的规定，“女职工产假为九十天，其中产前休假十五天。因难产而剖腹……，增加产假三十天；”丘海铃剖腹产可享受产假120天，另根据《广东省人口与计划生育条例》第三十条的规定，丘海铃另可享受80天的奖励产假，故丘海铃总计可休产假天数为200天，谱莱声公司应向丘海铃支付的产假工资应为28666.7元（4300元/月÷30

天×200 天）。

分析：

本文所举案例中，一审和二审认定违法解除均合理，但一审、二审对于产期待遇的计算，均犯了低级的错误，不得让人遗憾。

关于法院的低级错误，说明如下：

（一）一审的低级错误在于，剖腹产没增加 30 日的产假；

（二）二审的低级错误在于，法定的基础产假为 98 天而非 90 天，新标准早已变更适用，98 天也被国际上公认女性合理的生产恢复期（二审援引的广州市规定，其实是旧的规定，按 2015 年 8 月 4 日颁布的《广州市职工生育保险实施办法》第十三条的规定，一早也已明确了是 98 天）。

国务院在 2012 年发布的《女职工劳动保护特别规定》第七条有明确规定：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。

根据《广东省职工生育保险规定》（粤府令 203 号，2015 年 1 月 1 日）产假天数为 98 天+30 天（难产）+15 天 / 增加 1 胎。广东省实施《〈女职工劳动保护特别规定〉办法》(2017 年实施)第十一条对此也有明确的规定，另外，根据《广东省人口与计划生育条例》第三十条，女职工还有 80 天的奖励假。

所以无论如何，基础的产假应 98 天而不是 90 天，二审法院认定错误。

在广东生孩子，生育期间的待遇如何

- **最核心的是两句话：**

一、生育津贴不能低于原工资标准，两者以高者为准；

二、单位必须按月支付，不能以社保部门未拨付为由而拒付。

- **需要知道的九点内容：**

一、生育津贴不能低于原工资标准，这是最基本的要求

部分规定列举部分如下：

1、《中华人民共和国妇女权益保障法》（全国人大 1992 年公布，2005 年修正）

第 27 条“任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资，辞退女职工，单方解除劳动（聘用）合同或者服务协议。但是，女职工要求终止劳动（聘用）合同或者服务协议的除外。”

2、《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，2012 年 4 月 18 日）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”

3、广东省实施《中华人民共和国妇女权益保障法》办法(广东省人大 1994 年公布，2007 年修订)

第十八条“用人单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资和福利待遇、单方解除与女职工的劳动(聘用)合同，变更女职工工作岗位应当征得女职工同意。”

二、若生育津贴遇低于女职工原工资标准的，用人单位应补足差额

广东省实施《女职工劳动保护特别规定》（自 2017 年 2 月 1 日起施行）第十三条第一款“女职工按照规定休产假或者计划生育手术假的，享受国家和省规定的生育保险待遇。用人单位未参加生育保险或者欠缴生育保险费，造成女职工不能享受生育保险待遇的，由用人单位按照本省及所在统筹地区规定的生育保险待遇标准向女职工支付费用；其中生育津贴低于女职工原工资标准的，用人单位还应补足差额部分。”

三、女职工原工资标准，包括所有的应发工资

广东省实施《女职工劳动保护特别规定》第十三条第二款“前款所称女职工原工资标准，是指女职工依法享受产假或者计划生育手术假前 12 个月的月平均工资。前 12 个月的月平均工资按照女职工应得的全部劳动报酬计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴、补贴等货币性收入。前 12 个月的月平均工资低于女职工正常工作时间工资的，按照正常工作时间工资标准计算。女职工享受假期前在用人单位工作未满 12 个月的，按照其实际参加工作的月份数计算。”

四、生育津贴，无需交税

《广东省职工生育保险规定》(广东省人民政府令第 203 号，自 2015 年 1 月 1 日起施行)第十七条第三款:职工依法享受的生育津贴，按规定免征个人所得税。

五、用人单位未足额申报本单位职工工资总额造成职工生育津贴损失的，由用人单位负责赔偿（感觉会引起很多纷争）

《广东省职工生育保险规定》第三十五条第二款“用人单位未足额申报本单位职工工资总额造成职工生育津贴损失的，由用人单位负

责赔偿。”

六、生育津贴是企业按月支付，而不能借口社保机构未拨付给单位而拒绝支付

非广东企业以为因为津贴拨付到单位，所以可以拒付，实质上可能会引致《劳动合同法》第三十八条第一款第二项的法律后果。

七、生育津贴是发给到单位，而不是发到个人的

有条件的统筹地区才由社会保险经办机构委托金融机构将生育津贴直接发放给职工。

八、生育津贴、职工原工资标准，以高者为准。也即如果生育津贴高于原工资标准的，生育期间的待遇以生育津贴为准，反之亦然

上述六、七、八见《广东省职工生育保险规定》的第十七条：

职工按照规定享受产假或者计划生育手术休假期间，其生育津贴由用人单位按照职工原工资标准逐月垫付，再由社会保险经办机构按照规定拨付给用人单位。有条件的统筹地区可以由社会保险经办机构委托金融机构将生育津贴直接发放给职工。

职工已享受生育津贴的，视同用人单位已经支付相应数额的工资。生育津贴高于职工原工资标准的，用人单位应当将生育津贴余额支付给职工；生育津贴低于职工原工资标准的，差额部分由用人单位补足。

九、产假工资和生育津贴不能重复享受待遇

《广东省职工生育保险规定》第十七条第二款规定，职工已享受生育津贴的，视同用人单位已经支付相应数额的工资。生育津贴高于职工原工资标准的，用人单位应当将生育津贴余额支付给职工；生育津贴低于职工原工资标准的，差额部分由用人单位补足。

生育津贴即为产假期间的工资。

女员工因穿着太开放被开除，合法吗?

某基金公司一女员工，上班时着装尺度太大、太开放，经公司提醒后，并未改正，公司以影响男员工正常工作、影响公司形象为由，开除了这名女员工。

据称在英国，每当经济不景气的时候，领带的销售不降反增，原因是员工怕因穿着不当而遭解聘。可见衣着对于职场的重要性。

至于本文的条件下，关于是否可以开除的争议(当然，我们说的是普通的岗位上的普通女职工穿着暴露的情形)，观点自然两种：

观点一，不可以开除。原因是衡量一个人是否适合工作岗位的唯一标准应该是他的工作能力和工作态度，只要不是特定的行业，穿着性感，对于自身的工作并无任何的影响。

观点二，可以开除。原因是当一位女性穿着暴露、性感时，这可是意味着这位女性释放出强烈的性暗示的讯息，明显影响周围其他人的集中精力工作，不管是男性或是女性，至于理由，你懂的。尤其是还会影响单位的形象。

开除职工，当然要有法律依据，那么开除员工的法律依据在哪里呢?其规定不外乎两个，一是《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第二项，员工严重违反用人单位的规章制度的;二是《中华人民共和国劳动法》第二十五条第二项，员工严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的。根据上述规定可知，用人单位要解除劳动合同，只能是在员工违反劳动纪律或严重违反用人单位规章制度的情形下。而穿着再暴露，也很难说严重违反劳动纪律。那么只能看是否构成“严重违反用人单位的规章制度”了，如以此为由解除劳动合同，必须满足解聘程序上的合法性以及制度上的合理性。

一、先说程序上的合理性。解聘合法，需先完全符合如下的步骤要素：

1、用人单位初定制度，制度中有衣着过于暴露或类似情形的可解除劳动关系的内容；

2、制度经职工代表大会或者全体职工讨论(如果是职代会，还需要先选举出代表，提出方案和意见；

3、与工会或者职工代表平等协商确定制度(实践中还是用人单位的自主权)；

4、制度经公告程序或告知该职工；

5、将解聘理由通知工会(如有工会。不过《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解释(四)》又规定“未按照劳动合同法第四十三条规定事先通知工会”，起诉前补正也是可以的。此规定让人想不通，根据《工会法》及《劳动法》的规定，解除前“事先”将理由通知工会，目的是为了让工会对解除的合理性进行研究，对不适当解除的情形与企业进行沟通，以保护员工的合法权益，但都开除了，仲裁程序都完成了，还将理由通知工会，还有任何的意义吗?)；

6、研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会(当然，虽然《劳动合同法》规定要这样做，但根据《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解释(四)》的规定，其实处理结果不告知，也不构成违法解除，其要求补正的是解除理由的告知)；

7、向员工送达解聘通知。

上述 1、4、5、7 是必须的步骤，当然，有些裁判者认为，除了第六个步骤外，少一个都是违法解除。

有一个合格的 HR 或劳动法律师作顾问的企业，都能完成这种程序的要素。

二、再说制度的合理性。

如果我们的制度中规定“工作场所内衣着过于暴露，属于严重违反用人单位制度，可予以解除劳动合同”，在笔者看来，单位基本是要承担违法解除的法律后果的。首先是对于所谓的“暴露”，没有进行明确的说明，难以定性。其实，即便是认定暴露了，那么这种情形也不能立即解除，因为严重的合理定性，应与行为的恶劣性质及行为的严重后果相结合，假如一名员工对其他同事及客户均不友善，非常没有礼貌，这种人比起衣着暴露者，对单位及同事的影响更不好，但也不太可能就此解除劳动关系，举重以明轻，从行为性质上看，穿着暴露无论如何也不能构成严重。而从行为后果上来看，穿着暴露也不可能会造成严重后果，所以这个规定是不合理的，既然规定不合理，则不能作为裁判的依据。

三、那么是否就无法处理了呢?

当然不是，可以将这种行为规定为警告或记过的行为，并规定一定次数后即可解除劳动合同，问题就解决了。

归根到底，还是制度合理性的问题！因此，假如没有制度的合理性和程序的合法性，女员工因穿着太开放被开除，涉嫌违法解除劳动合同，用人单位要承担违法解除劳动合同的法律后果，但如果对制度稍作调整，则风险可大大降低。

女职工到底是50岁还是55岁退休？有些情形争议极大

一、两个最实用的提示：女职工在50-55岁之间，单位必须做好如下的两个工作：

（一）无论如何，都要签订协议，不要大意。千万不要以为肯定不属于劳动关系，而不签订协议，至于名称是劳动合同或是劳务合同确实是不清楚时，简称协议或合同即可，此举意义在于避免二倍工资，本文提供的案例中，一审就认定为工人已达退休年龄，不支持二倍工资，但二审却认定未到退休年龄而需支付，只是因为时效的问题，没有支持二倍工资！

如果是时效之内申请仲裁，那就麻烦了。话说回来，如果签订了一个简单的协议，问题就解决了。

（二）对于女职工的职务，一定要在合同中约定清楚，尤其是对于临近50岁的女员工，要在合同中明确其属于管理岗位或是工人岗位，避免日后争议或无法为员工办理退休手续等。

二、最常见的两个问题

（一）工人岗或管理岗的身份，到底如何确定？

（二）某女职工现快年满50周岁了，想提前退休，那么在合同中将其岗位由管理岗位变为工人岗位，是否就可以退休了？

当然，特殊工种45岁退休，不是本次讨论的范围。

三、对于以上两个常见问题的回应

（一）工人岗或管理岗的身份，到底如何确定？

1、广东省的规定是按合同的约定。相应依据为《广东省劳动厅、广东省社会保险管理局转发劳动和社会保障部关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》第二条：对女职

工现岗位的认定，以用人单位与劳动者签订的劳动合同为依据，即不论原身份是工人还是干部，其现岗位应以劳动合同中确定的岗位为准，凡在现岗位工作一年以上，均应以现岗位认定其身份。其退休年龄，在工人岗位工作的按 50 周岁，在管理岗位工作的按 55 周岁。

2、江苏省高院的案例则认定，岗位性质应由企业认定。此在王桂华与江苏省人力资源和社会保障厅等退休行政审批纠纷上诉案的判决书中进行了相应的表述【江苏省高级人民法院行政判决书，(2013)苏行终字第 0053 号】“《关于贯彻劳动和社会保障部〈关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知〉的通知》第一条的规定，女工人年满 50 周岁，连续工龄满 10 年的应当退休。因有关企业职工退休的法律规范未对企业生产岗位与管理（技术）岗位进行划分，故生产岗位与管理（技术）岗位的划分属于企业内部管理事务，应由企业根据职工所在岗位属性来综合认定。本案中，上诉人王桂华至 2010 年 8 月年满 50 周岁，连续工龄已满 10 年。王桂华提供的徐州苏源送变电有限公司岗位工作标准，巨源公司向省人社厅递交的、徐州送变电有限公司出具的《关于王桂华同志岗位情况说明》以及王桂华的档案材料证明，王桂华自 2000 年 8 月至 2010 年 8 月，主要从事本部门人员的考勤、劳保用品发放、收发邮件、固定资产统计等，其所在的工作岗位为生产岗位，而非管理（技术）岗位。

（二）某女职工现快年满 50 周岁了，想提前退休，那么在合同中将其岗位由管理岗位变为工人岗位，是否就可以退休了？

关于这一点，各地并不相同。

根据上述第（一）项的论述，广东是需要在新岗位工作一年以上的，才可以变更，所以广东的各位需注意了，如果想提前或推迟退休

的，均需提前一年变更工作岗位，当然，合同也需要有相应的变更。

而广西与广东则完全不同，需要超过五年的变更才可认定。《关于企业女干部到工人岗位以及女工人到干部岗位工作有关退休年龄的请示的复函（广西）》规定，在国家和自治区没有明确规定前，企业实行全员劳动合同制后，女职工需要办理退休手续时，该职工必须在现工作岗位工作满五年，才能按现工作岗位国家规定的退休年龄和退休条件执行。将来国家和自治区对此有新的规定，按国家和自治区的规定执行。

四、案例

陈玉嫦与广州穗兴隆电气有限公司劳动争议纠纷上诉案【广东省广州市中级人民法院民事判决书，(2013)穗中法民一终字第938号】

（一）一审情况

原审法院认为，依照《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条规定，劳动者达到法定退休年龄，劳动合同终止。陈玉嫦于1958年6月30日出生，其于2008年6月30日达到五十岁的法定退休年龄。按照上述规定，当事人双方2008年6月30日之后劳动关系终止，陈玉嫦继续在穗兴隆公司处工作，双方属于民事劳务关系。因此，陈玉嫦主张其2008年7月1日至离职之日未签劳动合同二倍工资差额、经济补偿金、年休假工资报酬、确认劳动关系等请求于法无据，原审法院依法不予支持。至于2008年6月29日之前，因陈玉嫦未达到法定退休年龄，当事人双方具备劳动关系的主体资格，双方成立劳动关系。因此，原审法院依法认定双方于2007年8月18日至2008年6月29日期间存在劳动关系。陈玉嫦主张上述期间的二倍工资差额、经济补偿金、年休假工资报酬的诉讼请求，已超过一年的法定仲裁时效，依法不受法律保护，原审法院依法不予支持。

（二）二审情况

二审认为，关于陈玉嫦与穗兴隆公司之间存在劳动关系还是劳务关系的问题，国家法定的企业职工退休年龄是：男年满60周岁，女工人年满50周岁，女干部55周岁。广东省劳动厅、广东省社会保险管理局转发劳动和社会保障部《关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》中第二条规定，对女职工现岗位的认定，以用人单位与劳动者签订的劳动合同为依据，即不论原身份是工人还是干部，其现岗位应以劳动合同中确定的岗位为准，凡在现岗位工作一年以上，均应以现岗位认定其身份。其退休年龄，在工人岗位工作的按50周岁，在管理岗位工作的按55周岁。穗兴隆公司主张陈玉嫦不是国家干部身份，其退休年龄应为50周岁，该主张与上述规定明显不符，本院不予采纳。陈玉嫦入职穗兴隆公司任职财务总监，穗兴隆公司未与陈玉嫦签订劳动合同，未为其购买社会保险，陈玉嫦至今没有享受基本养老保险待遇，且罗定市社会保险基金管理局出具的证明显示，陈玉嫦办理退休手续年龄为55周岁。故陈玉嫦上诉主张其未达退休年龄，没有享受养老保险待遇，其于2007年8月18日至2011年1月29日期间与穗兴隆公司之间存在劳动关系的主张合理有据，本院予以支持。原审法院对此认定不当，本院予以纠正。

【新规速递】

《关于公布2018年全省从业人员月平均工资和职工基本养老保险缴费基数上下限有关问题的通知》[粤人社发（2019 ）93号]

2019年6月10日，广东省人社厅、广东省财政厅、广东省税务局和广东省统计局联合发布了《关于公布2018年全省从业人员月平均工资和职工基本养老保险缴费基数上下限有关问题的通知》（以下简称《通知》），具体内容如下：

《关于公布2018年全省从业人员月平均工资和职工基本养老保险缴费基数上下限有关问题的通知》

各地级以上市人力资源和社会保障局、财政局、税务局、统计局，珠海市横琴新区税务局，省税务局第三税务分局，省社保基金管理局：

根据省统计部门有关从业人员人数和从业人员工资的统计数据计算，2018年全省城镇非私营单位在岗职工月平均工资为7486元，全省全口径从业人员月平均工资为6338元。其中，**第一类片区**（广州市、深圳市、省直）全口径从业人员月平均工资为7450元；**第二类片区**（珠海市、佛山市、惠州市、东莞市、中山市江门市）为5626元；**第三类片区**（汕头市、肇庆市）为5210元；**第四类片区**（韶关市、河源市、梅州市、汕尾市、阳江市、湛江市、茂名市、清远市、潮州市、揭阳市、云浮市）为4874元。请各市以上述数据为依据，按照《关于公布2017社会保险年度企业职工基本养老保险缴费工资上限和下限的通知（粤人社函〔2017〕2122号）和《关于印发广东省城镇职工基本养老保险

单位缴费比例过渡方案的通知》(粤人社规〔201911号)相关规定,及时调整缴费基数上下限,上下限精确到元位。以2018年从业人员月平均工资数据调整后的缴费基数上下限执行时间:企业职工基本养老保险为2019年7月1日至2020年6月30日;机关事业单位养老保险为2019年1月1日至2019年12月31日。

附件:广东省2018年城镇非私营单位在岗职工月平均工资情况表

广东省人力资源和社会保障厅

广东省财政厅

国家税务局广东省税务局

广东省统计局

2019年6月10日

附件

广东省2018年城镇非私营单位在岗职工月平均工资情况表

地区	2018年城镇非私营单位在岗职工月平均工资（元）
全省	7486
广州	9320
深圳	9309
珠海	7253
汕头	5742
韶关	6294
河源	5745
梅州	6039
惠州	6470
汕尾	5357
东莞	5828
中山	6207
江门	5948
佛山	6691
阳江	5583
湛江	5843
茂名	5654
肇庆	5954
清远	6445
潮州	5619
揭阳	4571
云浮	6044

—3—

最新：广州法院女职工权益保护典型案例

2019 年 6 月 18 日，广州市中级人民法院召开新闻发布会，公开发布广州法院女职工权益保护典型案例。这是广州中院首次向社会公布女职工权益保护典型案例，旨在通过“以案释法”的方式发挥司法的教育引导功能，为社会大众的行为起到引领、规范作用，助力构建和谐劳动关系。这次发布的八个案例主要包括用人单位以女职工隐瞒婚姻状况为由解除劳动合同、同事在办公场所性骚扰、怀孕后被公司辞退等情形，具体如下：

一、林某与广州某网络科技公司劳动争议纠纷案

裁判观点：用人单位因女职工隐瞒婚姻状况解除双方劳动关系可能构成违法解除。

女职工婚后生育，依法享有休产假、获得孕期和哺乳期待遇等权利。社会实践中，确实存在用人单位以“未婚”或“暂不得生育”作为招聘女性员工条件或隐性条件的不合理现象，这其实是另一种形式的就业性别歧视，与我国的《就业促进法》、《妇女权益保障法》等相应法律法规及其立法精神明显相悖。

本案中，网络公司未举证证实其在招聘时对林某的婚姻状况有明确要求，且本案林某应聘的岗位为人事行政，婚姻状况不是其完成工作任务的影响因素，网络公司也未提交规章制度等证明林某隐瞒已婚事实属于严重违反公司管理制度的情形。故网络公司以林某入职时“婚姻状况”所填写的内容与事实不符为由辞退林某，不符合法律规定，属于违法解除劳动合同，应向林某支付违法解除劳动合同赔偿金。

二、唐某与广州某实验学校劳动合同纠纷案

裁判观点：未缴纳生育保险的用人单位应按女职工原工资标准支付产假工资

《广东省实施<女职工劳动保护特别规定>办法》第十三条规定："女职工按照规定休产假或者计划生育手术假的，享受国家和省规定的生育保险待遇。用人单位未参加生育保险或者欠缴生育保险费，造成女职工不能享受生育保险待遇的，由用人单位按照本省及所在统筹地区规定的生育保险待遇标准向女职工支付费用；其中生育津贴低于女职工原工资标准的，用人单位还应补足差额部分。前款所称女职工原工资标准，是指女职工依法享受产假或者计划生育手术假前12个月的月平均工资……"。本案中，唐某的生育符合国家计划生育政策，根据《广东省人口与计划生育条例》第三十条、《广东省实施<女职工劳动保护特别规定>办法》第十一条的规定。

三、张某与广州某印刷公司劳动争议纠纷案

裁判观点：未依法缴纳生育保险的用人单位应负担女职工生育医疗费等待遇

《广东省职工生育保险规定》第三十九条规定："用人单位未按照规定为职工办理生育保险登记或者未按时足额缴纳生育保险费的，依照《中华人民共和国社会保险法》有关规定处理；造成职工或者职工未就业配偶不能享受生育保险待遇的，由用人单位按照本规定及所在统筹地区规定的生育保险待遇标准向职工支付相关费用。……"广州市人力资源和社会保障局《关于实施职工生育保险有关问题的通知》规定，女职工的生育保险待遇包括：生育津贴、生育医疗费、一次性分娩营养补助费等。本案中，印刷公司自2010年11月起才为张某参

加生育保险，致使张某在生产后无法获得生育保险待遇，应按照生育保险待遇标准向张某支付相关费用。

四、兰某与某外资公司、宏某人格权纠纷案

裁判观点：职场性骚扰者应承担相应的侵权责任，但用人单位不一定承担连带责任

职场中的性骚扰多针对女性，其本质上是一种侵权行为，侵犯受害人的人格尊严和精神自由的权利。本案，法院结合相关证据认定宏某行为确有不当，侵犯了兰某的人格尊严和精神自由的权利，致兰某精神上受到损害，甚至使其不能继续正常工作，宏某应当书面赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金。而关于某外资公司是否应承担连带赔偿责任。法院认为用人单位已建立适当的工作环境、制定必要的调查投诉制度预防和制止对女性员工的性骚扰行为，且该公司在收到投诉后，也快速采取措施予以处理，故不需要对其员工实施的性骚扰侵权行为承担连带责任。

五、李某与广州某服饰公司劳动争议案

裁判观点：用人单位孕期违法解除劳动关系应支付解除后产假（奖励假）、哺乳期工资

《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条规定以及《广东省人口与计划生育条例》第三十条规定，女职工在孕期、产期和哺乳期间，其劳动权益依法受到“优先”保护，用人单位不得违法解除双方劳动关系。否则，即使双方已经不存在劳动关系，用人单位仍应承担支付产假工资、哺乳期工资的法定责任。本案中，服饰公司违法解除其与李某的劳动关系，虽然李某的产假开始于双方劳动关系解除后，其仍

应向李某支付产假工资和哺乳期工资。

六、李某与广州市某幼儿园劳动争议案

裁判观点：女职工根据用人单位安排产假期间上班可同时主张生育津贴和劳动报酬

享受产假和生育津贴是女职工的法定权利。产假制度是保障女职工生育后休息康复的权益，生育津贴制度则是保障女职工在因生育无法或不宜继续工作的情况下可以获得经济保障。女职工应用人单位要求未休完产假提前上班，不应视为女职工已放弃产假的权利，并不能因此免除用人单位支付产假工资的法定义务。本案中，李某未休完产假即上班，其上班期间所得工资是因提供劳动所得的劳动报酬，该劳动报酬与产假待遇属不同性质，前者是基于劳动关系的劳动所得，后者是基于女职工生育保险法律关系的待遇，二者并不冲突，不构成重复获利，可同时获得。幼儿园在向李某支付劳动报酬的同时，还应向李某支付生育保险的待遇差额。

七、黄某与广州某原料制品有限公司劳动争议纠纷案

裁判观点：用人单位在女职工“三期”内不得因劳动合同到期终止双方劳动关系

本案中，双方劳动合同至 2008 年 12 月 31 日到期，如无特殊情况，双方劳动关系因期满而终止。但黄某于 2008 年 6 月 11 日生产，至 2009 年 6 月 11 日（即小孩一周岁之日）之前，为黄某的哺乳期。根据《中华人民共和国妇女权益保护法》第二十六条规定以及《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条规定，双方劳动合同期满后并非当然终止，而是应续延至其哺乳期满。制品公司在 2008 年 12 月 30

日通知黄某终止双方劳动合同，应认定为违法终止，应向黄某支付违法终止劳动合同的赔偿金。

八、周某与广州某贸易有限公司劳动争议纠纷案

裁判观点：用人单位孕期违法解除可能需继续履行双方劳动合同

本案中，贸易公司以周某试用期内不能胜任该公司人力资源总监一职为由解除双方的劳动关系。但该公司却对其“人力资源总监”的岗位任职条件，及其对周某试用期内考核的考核标准、考核程序未能提供充分有效的证据予以证实，应认定其系违法解除。我国关于妇女、女职工权益保护的法律法规均明确规定，女职工在孕期、产期和哺乳期等特殊时期受特殊保护。处于“三期”内的女职工，因恢复身体、哺育婴儿等需要，工作能力会出现下降或其他履行障碍，如不受到法定的特殊保护，有可能会导致女职工失去工作机会和经济保障。具体到本案，周某称，该公司在得知其怀孕后，处处对其刁难，直至最后解除劳动关系。贸易公司同周某违法解除劳动关系，违反了上述劳动法律法规对于女职工的特殊保护，严重损害了女职工的合法权益，且周某原从事的岗位“人力资源总监”仍然存在，双方具有继续履行的现实基础。故此，在周某选择要求贸易公司继续履行双方于 2018 年 3 月 19 日签订的《劳动合同》的情况下，其诉讼请求应予以支持。

【超值附赠】

◆ 这是最详尽的《解除劳动关系协议书》，里边罗列了所有要素，根据我们的经验，对全部的风险都进行了考量。

解除劳动关系协议书

甲方：

乙方：

甲乙双方于*年*月*日建立劳动关系，并于*年*月*日签订为期*年的劳动合同，经*方提出**（各方根据法律规定，协议时看是否适合自己的需求）**，并经双方协商一致，就劳动合同解除事宜，协议如下：

一、自*年*月*日起，解除双方的劳动合同关系。

（备注：确定劳动关系终止的时间，则权利义务终止，避免该日后还会产生权利义务）

二、甲方为乙方缴纳五险一金至*年*月*日止。

（备注：此与工资结算不同，工资可结算至双方约定的任一日，但社保则要看政策）

三、除经济补偿金外：

1、乙方工资结算至离职之日共____元；

2、相应的报销费用____（填有或无），如有，共____元；

3、年休假工资____（填有或无），如有，共____元；

4、奖金____（填有或无），如有，共____元；

飞劳勿法

5、其他未结算的款项____（填有或无），如有，共____元。

四、乙方同意上述第二、三条所约定由甲方向乙方支付的款项中，如属于应缴纳相应税费的项目，由甲方从上述款项中代缴代扣；

（备注：说明税费的承担，避免员工的不理解或歧义）

五、本协议所约定的款项，由甲方在代扣缴税费后直接支付到乙方如下的账户中：

户名：

开户行：

账号：

六、甲方根据相关劳动法律法规和规定，向乙方提供劳动合同解除的证明并办理相关退工手续；

七、乙方应当于本协议签订后3日内妥善办理工作交接、物品归还、偿还财务结算等事项。如有乙方负责办理的对外业务没有清算完毕，乙方应负责将往来数目核对清楚，并将包括但不限于对账单（或其他的欠款证明）交甲方财务部门，如因乙方怠于履行该职责的而造成甲方损失的，乙方应予以全额赔偿。

如乙方有借款或其他款项未归还甲方时，甲方有权直接从第二、第三条所约定的款项中直接扣除。

八、乙方应于合同解除后15日内到甲方处办理档案、社会保险关系的转移手续，逾期不办理所造成的后果由乙方承担。

九、合同解除后，乙方仍应为所掌握的甲方之任何商业秘密(包括本协议内容)进行保密，不得泄露给任何第三方，否则应向甲方支付违约金*元，如造成损失的，同时仍需赔偿相应的损失。

十、甲乙双方之间无任何竞业限制协议，如有相应的协议，也于本协议签订之日起解除。合同解除后，甲乙双方无需履行任何竞业限制义务。

飞劳动法

十一、本协议是解决双方之间劳动争议的所有安排和约定，双方之间不再存在其他任何劳动争议。乙方不得通过任何方式或途径要求甲方或甲方的关联公司承担包括但不限于工资待遇、未签订劳动合同的双倍工资赔偿、与五险一金相关、国家法定节假日加班费、周末加班费、平时加班费、年休假未休加班费、高温补贴等任何基于用工关系而产生的责任。

十二、本协议书一式两份，均具有同等的法律效力，甲乙双方各持一份。自双方签署之日起成立并生效。

甲方(盖章)：　　乙方(签字)：

法定代表人或授权委托人　　法定代表人或授权委托人

年　　月　　日　　年　　月　　日

飞劳动法

【“飞劳动法”团队】

- **负责人简介**

蔡飞律师本硕分别毕业于华东政法大学、中山大学，获法律学士和法律硕士学位，2005 年入职广州金鹏律师事务所 2006 年成为执业律师，现为广州金鹏律师事务所高级合伙人。

入围全国总工会、司法部、中华律协第六届“全国维护职工权益杰出律师”、担任广东省律协劳动法律专业委员会副主任、广东省高级人民法院劳动争议诉调对接特约律师、广州市中级民法院劳动争议诉调对接工作室调解员、广州市劳动人事争议仲裁委员会劳动争议诉调对接工作室调解员、广州市劳动人事争议委员会仲裁员等职务。

业务专长为劳动争议纠纷、劳动专项法律顾问等法律服务，一直为众多知名企业提供专业的劳动法律服务，处理了超过千宗劳动争议案件以及众多大型群体性案件，作为一名劳动人事的仲裁员，也裁决了大量的劳动争议案件。基于劳动法律方面的研究及实践，历年来多次获得广东省律师协会及广州市律师协会的专业奖项。

蔡飞律师还担任了广州市劳动人事争议委员会的法律顾问，作为律师担任裁判机构的法律顾问，亦较为罕见。

- **劳动纠纷方面所代理的部分代表性案件及成果：**

1、在处理劳动争议案件中，创造性提出了二倍工资不属于劳动报酬，应严格适用诉讼时效的规定的理论，该理论在实务中获得了广泛的支持，公平合理维护了劳资利益平衡，也利于用工和谐。

蔡飞律师就该理论所撰写的《试述不签订书面劳动合同二倍工资的认识误区》一文，早在 2010 年即发表于《广东律师》，该文对于双

倍工资的裁判结果产生了巨大的影响。而直至2012年6月，广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会联合制订的《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》才将双倍工资的性质予以明确，该规定与蔡飞律师的观点完一致。“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。”

2、某集团有限公司与十多名员工的劳动纠纷案，提出了员工加班工资折算的法律意见，认为在劳资双方已默认的工作方式下，即使存在加班的情况，只要工资折算不低于最低工资标准，用人单位即无须支付加班费的观点获得仲裁部门及两级法院的支持，公平合理的维护了劳资双方的合法利益。

蔡飞律师在代理该案件时，关于所谓加班工资“双固定”折算的实践及理论均未成熟，该答辩观点的提出并在司法实践中被采纳，对于处理加班工资的争议较大的指导意义。

3、在处理某跨国著名连锁销售企业门店关停的群体事件中，通过谈判、法律宣讲等方式协调劳资矛盾，即使该企业在之前处理同样事件中并不成功，但本案在蔡飞律师介入后，通过专业的处理方式，化解了即将进行的游行等令企业形象严重受损的重大事件。在各方的努力下，全部160多名员工在未进入仲裁阶段即已与企业达成了和解。

4、为广州市总工会撰写了“劳动者维权十解”、“劳动者就业过程法律知识点温馨提醒”、“劳动合同履行过程常见问题问答”，上述知识点，是广州市总工会法律宣传核心的读本之一。

5、参与了众多出版物的编撰，撰写了数百余篇劳动类论文，个人劳动法公号“飞劳动法”，发表个人专业的原创论文，在劳动法律服务行业中较有影响力。

● 这是一个只做劳动法的团队

● 更多专业知识，可扫一扫关注“飞劳动法”

广州金鹏律师事务所

KINGPOUNG LAW FIRM