

广东省东莞市律师协会

转发东莞市律师协会劳动关系法律专业委员会《关于女职工劳动权益保护常见问题的研讨综述》的通知

各律师事务所、各位律师：

现将本会劳动关系法律专业委员会整理形成的《关于女职工劳动权益保护常见问题的研讨综述》予以转发，供广大会员学习、讨论、参考。

如有任何意见或建议，请通过秘书处或直接向劳动关系法律专业委员会反映。秘书处联系人：梁艳青，电话：22492342，邮箱：1213119376@qq.com；劳动关系法律专业委员会联系人：蒋四清，邮箱：2637563962@qq.com。



关于女职工劳动权益保护常见问题的研讨综述

(2017年4月14日东莞市律师协会劳动关系法律专业委员会整理)

鉴于《广东省实施〈女职工劳动保护特别规定〉办法》(广东省人民政府令第227号)(以下简称《办法》)已于2017年2月1日正式实施,东莞市律协劳动关系法律专业委员会于2017年4月14日对该法规进行了集体学习,同时结合《女职工劳动保护特别规定》(以下简称《特别规定》)、《中华人民共和国人口与计划生育法》(2015年12月27日修改)(以下简称《计生法》)、《广东省人口与计划生育条例》(广东省第十二届人民代表大会常务委员会第66号公告施行)(以下简称《计生条例》)等法律法规,对女职工劳动权益保护中的常见问题进行了研讨,现将研讨的情况作如下综述:

一、孕期

1、在孕期内用人单位能否安排加班?

形成意见:对怀孕7个月以下的女职工,根据用人单位生产经营需要,考虑女职工本人身体状况,可依法安排加班。

法律依据:

《中华人民共和国劳动法》第六十一条 不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动。对怀孕七个月以上的女职工,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

《特别规定》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。

《办法》第十条 在女职工怀孕期间，用人单位应当遵守以下规定：（一）女职工不能适应原劳动岗位的，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岗位。

（三）女职工怀孕7个月以上的，每天安排1小时工间休息，工间休息时间视同其正常劳动并支付正常工作时间的工资，并不得安排其延长工作时间或者从事夜班劳动；对从事立位作业的女职工，还应在其工作场所设休息座位。

《劳动部关于印发〈女职工劳动保护规定问题解答〉的通知》（1989年1月20日）7、什么是夜班劳动？答：夜班劳动系指在当日二十二点至次日六点时间从事劳动或工作。

2、孕期女职工产检次数和时间是否可以限制？

形成意见：不能随意限制，尊重医嘱，但在次数和时间上要考虑合理性。

法律依据：

《办法》第十条（四）女职工在劳动时间内按照规定进行产前检查的，所需时间视同其正常劳动并支付正常工作时间的工资。

3、以身体不适需保胎为由，长期向用人单位请病假或者保胎假，如何处理？

形成意见：需凭医嘱，按病假处理；建议用人单位在劳动合同或者规章制度中明确病假待遇。

法律依据：

《办法》第十条（二）女职工经医疗机构诊断确需保胎休息的，保胎休息的时间按照病假处理。

4、孕期消极怠工，用人单位如何处理？

形成意见：首先要分析员工是否属于消极怠工，毕竟怀孕会对身体及精神状况产生一定的影响。如果是因为员工因怀孕而导致不能适应原劳动，则用人单位可以减轻其工作量或是安排其它能适应的劳动，当然，用人单位可以要求员工提供医疗机构的相关意见；如果确属员工消极怠工，则要从思想、态度等方面予以引导，同时要完善规章制度的相关规定，如员工消极怠工屡教不改，达到严重违纪的程度，用人单位仍然可以解除劳动合同，但此种解除劳动合同对于用人单位的举证要求会更高，故需要更加小心谨慎！

法律依据：

《中华人民共和国劳动合同法》

第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

(一)在试用期间被证明不符合录用条件的；

(二)严重违反用人单位的规章制度的；

(三)严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

(四)劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

(五)因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；

(六)被依法追究刑事责任的。

第四十二条 劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：

(四)女职工在孕期、产期、哺乳期的；

.....

二、产期

1、女职工多次流产的，是否每次都可以享受流产假？

争议：是否要区分计划内或者计划外的？流产是否区分自然流产或者人工终止妊娠？女职工婚内计划外怀孕，但为了符合国家计生政策而人工终止妊娠的，是否可享受流产假？

观点一：享受假期和假期待遇不同，从生理角度出发，均可享受相应天数的假期，毕竟流产假的设立目的在于女员

工恢复身体的需要，与是否是计划生育无关，但是否享受原工资标准则需区分计划内和计划外生育，因为计划生育目前毕竟还是我国正在实行的基本政策，否则，无异于鼓励计划外生育，对于遵守计划生育政策的员工而言也显得不公平。计划内的流产不区分自然流产和人工终止妊娠，依法享受流产假。对于计划外怀孕主动终止妊娠的，也可以享受流产待遇。

观点二：不需区分，均可享受流产假期待遇和工资待遇。

形成意见：在合同中约定或规章制度中规定对计划外流产假的处理。

法律依据：

《办法》第十一条 女职工生育享受 98 天产假，其中产前可以休假 15 天；生育时遇有难产的，增加 30 天产假；生育多胞胎的，每多生育 1 个婴儿，增加 15 天产假；符合法律、法规规定生育子女的，按照《广东省人口与计划生育条例》的有关规定享受奖励假。

女职工怀孕未满 4 个月终止妊娠的，根据医疗机构的意见，享受 15 天至 30 天产假；怀孕 4 个月以上 7 个月以下终止妊娠的，享受 42 天产假；怀孕满 7 个月终止妊娠的，享受 75 天产假。

第十三条 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。……

2、未婚先孕流产能否享受流产假？

形成意见：从生理角度出发，未婚先孕流产也需要恢复身体，故可以享受相应天数的休假，但工资待遇与符合国家计划生育政策的婚内怀孕流产不同，建议用人单位在规章制度中明确按病假或者事假处理。

3、对于底薪+提成的员工，产假期间工资如何支付？

观点一：按照休假前 12 个月的平均工资计算，包括底薪和提成。

观点二：如果提成是以女职工个人业绩计算，那么休假期间没有业绩，自然不享受提成，工资仅以底薪计算。

形成意见：建议此种工资支付方式的用人单位和女职工可就产假期间工资支付进行事先约定或在规章制度中明确规定，如无规定也无约定，采取观点一较为合适，这也符合国家关于产假工资待遇的规定。

法律依据：

《办法》第十三条 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。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。

4、产假遇法定节假日需顺延吗？

形成意见：产假规定的目的是保障女职工生育后的身体恢复期间，身体恢复当然不会因法定节假日而暂停，此期间应是连续的，故产假期间遇法定节假日不顺延。

5、员工休完产假离职或拒不配合办理生育津贴的，用人单位如何处理？

形成意见：现实中员工休产假期间，用人单位同样需要按月支付工资，但已依法参加生育保险的用人单位职工可依法享受生育津贴，该津贴在员工休完产假后由生育保险基金发放到用人单位账户，但前提是员工需要配合提供相应材料，此时若员工不配合，用人单位无法获得报销的津贴，故建议用人单位在员工休产假前与员工进行书面约定，要求员工在休完产假后限期提供相应证明材料，否则将被追偿或者承担违约责任等。

法律依据：

《广东省职工生育保险规定》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。

职工依法享受的生育津贴，按规定免征个人所得税。

本条所称职工原工资标准，是指职工依法享受产假或者计划生育手术休假前 12 个月的月平均工资。职工依法享受假期前参加工作不满 12 个月的，按其实际参加工作的月份数计算。

6、年薪制、月薪制员工产假期间工资如何支付？

形成意见：如无特别约定，仍按休假前 12 个月的平均工资支付。

7、奖励假期间的产假工资按什么标准支付，能否按生育津贴标准支付？

形成意见：按休假前 12 个月本人的月平均工资支付，可扣除加班工资。由于我省未明确规定由生育保险基金支付，故建议用人单位以制度规定或者合同约定方式明确奖励假期间工资支付标准。

法律依据：

《广东省职工生育保险规定》第十六条 职工享受生育津贴的假期天数，按照下列规定计算：……

不符合前款规定的假期期间，包括职工依照计划生育法

律、法规规定享受奖励增加的产假或者看护假期间，由用人单位按照规定发放工资，职工不享受生育津贴。

8、员工产假未休完提前上班，能否同时要求产假工资和正常上班工资？要求继续休产假，用人单位能否拒绝？

形成意见：员工提前上班即是对相应待遇的放弃，工资按正常上班工资发放，由于产假主要是为了身体的恢复，不能中断，故要求继续休假的，用人单位可以拒绝，建议在员工提前上班时签订承诺书，避免争端。

9、女职工产假期内患病，产假与医疗期是否分别保障？

形成意见：产假应当连续享有，不能中断和顺延，产假期间患病，依法享受病假待遇，但重复天数应当扣除，不能叠加计算。

法律依据：

劳动部《企业职工生育保险试行办法》（劳部发〔1994〕504号）第六条 女职工生育的检查费、接生费、手术费住院费和药费由生育保险基金支付。超出规定医疗服务费和药费(含自费药费和营养药品的药费)由职工个人负担。

女职工生育出院后，因生育引起疾病的医疗费，由生育保险基金支付；其他疾病的医疗费，按照医疗保险待遇的规定办理。女职工产假期满后，因病需要休息治疗的，按照有关病假待遇和医疗保险待遇规定办理。

10、休了产假后，还可以享受当年度的年休假吗？

形成意见：可以享有，因为两种假期的性质不同，且不在法定不享受的情形之列。

法律依据：

《企业职工带薪年休假条例》

第三条

国家法定节假日、休息日不计入年休假的假期。

第四条 职工有下列情形之一的，不享受当年的年休假：

(一)职工依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的；

(二)职工请事假累计 20 天以上且单位按照规定不扣工资的；

(三)累计工作满 1 年不满 10 年的职工，请病假累计 2 个月以上的；

(四)累计工作满 10 年不满 20 年的职工，请病假累计 3 个月以上的；

(五)累计工作满 20 年以上的职工，请病假累计 4 个月以上的。

11、如何区分小产假？

一种意见：计划内流产不区分自然流产或者人工流产，按照规定享有小产假待遇；对于计划外流产，则需考虑是人工流产还是自然流产，对于前者，视同计划内流产，享受产假待遇；对于后者，则可按病假处理。

另一种意见：不区分是计划内还是计划外，也不区分是

主动终止妊娠还是自然流产，均给假给待遇。

法律依据：

《办法》第十一条 女职工怀孕未满4个月终止妊娠的，根据医疗机构的意见，享受15天至30天产假；怀孕4个月以上7个月以下终止妊娠的，享受42天产假；怀孕满7个月终止妊娠的，享受75天产假。

《广东省职工生育保险规定》第十六条 职工享受生育津贴的假期天数，按照下列规定计算：……

（二）享受计划生育手术休假：取出宫内节育器的，1天；放置宫内节育器的，2天；施行输卵管结扎的，21天；施行输精管结扎的，7天；施行输卵管或者输精管复通手术的，14天。同时施行两种节育手术的，合并计算假期。

三、哺乳期

1、对哺乳假用人单位是否必须批准？

形成意见：用人单位可要求女职工提供“实际困难”的相应证明，根据实际情况决定是否批准。

法律依据：

《办法》第十六条 女职工产假期满，确有实际困难的，经本人申请，用人单位批准，可以请哺乳假至婴儿1周岁。哺乳假期间的工资待遇由双方协商决定。

2、哺乳假工资如何支付？

形成意见：用人单位和员工协商支付，如协商不成时，每天支付1小时哺乳期工资（但需扣除此间的双休日和法定

节假日)，其他时间按事假处理。

3、用人单位未安排女职工哺乳时间，能否支持加班工资？

形成意见：不支持加班工资。从性质上来讲，哺乳时间是法律赋予女职工的特别劳动保护，并不能用支付劳动报酬的方式进行折算，但是，用人单位没有为哺乳期女职工安排哺乳时间，是违反《女职工劳动保护特别规定》等法律法规规定的，侵害了女职工的合法权益，女职工可以依法向劳动行政部门进行投诉、举报，责令用人单位改正。

法律依据：

《办法》第二十二条 用人单位违反本办法规定，应当给予行政处罚的，由县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门或者安全生产监督管理部门按照《中华人民共和国劳动法》《女职工劳动保护特别规定》等法律、法规的规定予以处罚。

四、其它

1、就业歧视如何举证？

形成意见：员工举证很难，我国目前专门性立法缺失，仅有的法律规定过于原则，缺乏可操作性。

2、性骚扰如何举证？能否构成被迫辞职的条件？

形成意见：性骚扰举证难，第一，性骚扰行为的发生一般在当事人之间，没有第三方在场；第二，骚扰者一般有所提防，很难出现证人等证据；第三，被骚扰者会有各种顾忌，

比如社会偏见、打击报复等；第四，注意保留电子证据，但电子证据的认定仍然存在问题。

如果性骚扰导致劳动者履行劳动合同的重大障碍，则可构成用人单位未按劳动合同的约定提供劳动条件和劳动保护，应可作为被迫辞职的条件，但需立法上进一步予以明确。

法律依据：

《办法》第二十一条 用人单位应当加强劳动场所的防范措施，预防和制止对女职工的性骚扰。

女职工在劳动场所受到性骚扰，向用人单位反映或者投诉的，用人单位应当及时处理，并依法保护女职工的个人隐私。

《劳动合同法》第三十八条 用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

(一)未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；

……

3、劳务派遣用工中，用工单位能否退回“三期”（孕期、产期和哺乳期）女工？

形成意见：“三期”女员工如果有《劳动合同法》第 39 条和第 40 条第一、二项情形之一，或者因为身体条件不符合用工单位与劳务派遣单位约定的用工条件时，用工单位可以退回，但对于女员工的“三期”权益，用工单位和劳务派遣单位需承担连带责任。

法律依据：

《劳动合同法》第六十五条 被派遣劳动者可以依照本法第三十六条、第三十八条的规定与劳务派遣单位解除劳动合同。

被派遣劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位依照本法有关规定，可以与劳动者解除劳动合同。

4、劳务派遣单位的女职工在三期期间被用工单位退回劳务派遣单位，或被退回后处于“三期”的，如何确定工资支付的标准？

形成意见：如果三期女工因存在《劳动合同法》第 39 条情形之一被用工单位退回，劳务派遣单位可以与其解除劳动合同；否则不能解除，工资按照双方约定标准支付，但不能低于当地最低工资标准，如无约定，按最低工资标准按月支付。

法律依据：

《劳动合同法》第五十八条

劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。