

“三孩”政策下生育保障立法完善研究

蔚维维

青岛大学法学院, 山东 青岛

收稿日期: 2023年10月18日; 录用日期: 2023年11月15日; 发布日期: 2023年11月22日

摘要

近年来, 为了缓解人口老龄化、生育率不断下降、男女出生比例失衡等问题, 生育政策不断放开。从独生子女政策到“二孩”政策再到2021年国家提倡适龄生育、优生优育, 一对夫妻可以生育三个子女, 这一系列的政策变化表明我国逐渐从“严格控制”型生育政策转向“适度鼓励”型生育政策。生育政策的调整使育龄女性在“劳动者”与“生育者”两种身份间的博弈愈加明显, 不仅加剧了职业女性在“生”与“升”之间进行选择的困扰, 还让用人单位陷于“节约用人成本实现效益最大化”与“避免招聘性别歧视保障职工生育权益”的矛盾境况。在贯彻实施“三孩”政策的同时又能切实地保障妇女权益, 生育保障立法大有可为。然而, 我国现行生育保障立法存在缺乏性别意识, 重“生”轻“育”, 法律责任不明等问题。为此, 我们需要从这三个方面完善我国生育保障立法, 构建以家庭为单位, “生”“育”并重, 法律责任明确的生育保障立法。

关键词

生育保障, 立法完善, 陪产假制度, 生育保险制度

Research on the Improvement of Maternity Protection Legislation under the “Three-Child” Policy

Weiwei Wei

Faculty of Law, Qingdao University, Qingdao Shandong

Received: Oct. 18th, 2023; accepted: Nov. 15th, 2023; published: Nov. 22nd, 2023

Abstract

In recent years, in order to alleviate the problems of aging population, declining fertility rate, and

imbalance in the ratio of male to female births, the birth policy has been continuously liberalized. From the one-child policy to the “two-child” policy to the state’s promotion of age-appropriate child-birth, eugenics and childbearing in 2021, a couple can have three children, this series of policy changes shows that China is gradually shifting from a “strictly controlled” birth policy to a “moderately encouraged” birth policy. The adjustment of the birth policy has made the game between the two identities of “laborer” and “child-bearer” of women of childbearing age more obvious, which not only aggravates the trouble of professional women choosing between “birth” and “promotion”, but also puts employers in the contradiction of “saving employment costs to maximize benefits” and “avoiding gender discrimination in recruitment and protecting employees’ reproductive rights”. While implementing the “three-child” policy, women’s rights and interests can be effectively protected, and the legislation on maternity protection has great potential. However, China’s current maternity protection legislation has problems such as lack of gender awareness, emphasis on “birth” over “childbirth”, and unclear legal responsibility. To this end, we need to improve China’s maternity security legislation from these three aspects, and build a family-based maternity security legislation that pays equal attention to “birth” and “childbirth” and has clear legal responsibilities.

Keywords

Maternity Protection, Improvement of Legislation, Paternity Leave System, Maternity Insurance System

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 我国生育保障法律制度存在问题

就立法而言，我国从宪法到各省市地方性法规都对女性的劳动权益保护进行了规范。2022年10月最新修订通过的《中华人民共和国妇女权益保障法》第五章“劳动和社会保障权益”集合了曾散见于其他法律法规的妇女劳动和社会保障权益规定，为妇女参与劳动提供了全过程、全方位的支持，是目前女性劳动权益保护覆盖最广的法律依据。然而，我国生育保障立法尚有不足之处。本章将重点剖析我国生育保障立法主要存在的三大问题，找出症结所在，方能对症下药完善我国生育保障立法体系。

(一) 生育保障立法缺乏性别意识

我国的生育保障立法体系目前侧重于女性生育的生理健康，其关注对象主要是女性。女性被预设为必然成为母亲，生育保障制度也更注重如何让女性生育后恢复身体以便重返职场。例如，各省市都对产假作出了具体规定，各地生育假较国家规定都有明显延长，最低产假天数为158天(如北京、四川等)，最高可达一年(如西藏)。有的省市为了鼓励生育，还推出了阶梯型产假政策。但是，产假的调整直接导致了用人单位聘用女性员工的成本直接翻倍，用人单位基于这样的规定会预设女性员工未来会有上百天的时间处于产假中，因此，追求利润最大化的企业会尽量避免雇用女性员工。这势必会加重女性劳动者受到的性别歧视。不仅如此，性别歧视的范围也会扩大。在“三孩”政策下，不仅未生育的女性会遭受性别歧视，已经生育一至两个孩子的女性也难以摆脱就业中的性别歧视。如此一来，女性在就业上的压力越来越大，而男性作为所谓“养家者”的压力也会越来越大。

(二) 生育保障立法重“生”轻“育”

目前，生育保障立法对于生产的关注远大于对儿童养育的关注。基于女性为弱势群体，因生育的生理特征而需要对其进行特殊保护。通过法定的产假、哺乳假期、生育津贴等显然有利于为女性顺利生育

提供相应保障，但是过多的强调导致女性承担了因特殊保护带来的歧视代价。这些措施确实对保护女性身体健康起到了一定的作用，但从长远来看，这些措施却对女性就业产生了反作用。同时，我国生育保障立法仍然呈现过于强调生育数量、生育质量的管控，而欠缺对儿童养育的制度支持。尽管诸多地方陆续开展家庭教育的立法活动，以完善家庭养育的质量，但始终无法弥补国家责任在儿童抚育领域的缺陷。针对婴幼儿的普惠托育机构也寥寥无几，托育服务和学前教育的公共投入较少[1]，降低儿童养育家庭成本相关措施往往散见于地方政策文件中，缺乏一定的标准和体系。许多地区没有设置母婴室等妇幼基础设施，也缺乏对妈妈和婴幼儿的人性化关怀。这些都会成为降低育儿成本的阻碍，也会对提高生育率起到反作用[2]。

(三) 生育保障立法法律责任不明

我国法律对于女性劳动权益受到侵害后的救济的相关规定在《妇女权益保障法》第五十二条、第五十三条，以及《女职工劳动保护特别规定》第十四条。这些条款仅仅笼统地表示女职工可以在合法权益被侵害后可以依法投诉、举报、仲裁等，但并没有通过具体的惩罚性条款来制约企业的行为，这也是女性职工在实践中合法权益屡遭侵害的一个重要原因。首先，无论是财力还是知识储备方面，劳动者个人的力量都难以和企业相抗衡。即使用人单位针对女性采取更为严苛的录取条件，还是故意针对近期有生育或结婚意愿的女性，但由于法律没有明确有力的就业歧视保障制度，因而在面对种种性别歧视行为时，女性从业者也难以得到救济，女性在职场的生存空间就被进一步挤压。

由此可见，对于女性遭受就业歧视的认定标准和歧视方的法律责任方面的立法都亟需完善。如果缺乏统一明确的认定标准，仅有笼统的原则化规定，在司法实践中就难以裁定用人单位是否侵犯了女性的平等就业权，那么劳动者的合法权益就无法得到保障。但仅有认定标准也是不够的，如果缺乏责任条款，用人单位和企业便不会重视相关的法律规定，被侵权女性亦不能依据法律获得救济，就业歧视问题便难以得到解决。

2. 域外生育保障立法及对我国的完善启示

发达国家的老龄化现象出现较早，这些国家已经建立起较为完善的生育保障性立法体系。通过对这些国家的生育保障性立法现状进行比较分析，可以从中选取比较典型且较为完善的生育保障性立法作为参考对象，结合我国本土情况，为我国“三孩”政策下生育保障性立法的完善提供宝贵经验。

(一) 日本——加大生育福利力度

日本自 2008 年以来，人口一直在下降。作为一个一直被认为生育率极低的国家，其总和生育率从 2015 年起的 1.45 一路下降至 2021 年的 1.3。2021 年 2 月 28 日，《日本时报》称，根据日本厚生劳动省公布的最新人口数据，2022 年日本的人口出生总数下降到 799728 人，较上年减少 4.3 万人。这是自 1899 年有统计数据以来，出生率最低的一年，并连续七年降至历史最低点。

出生率不断下降的背后，是诸多原因共同作用的结果。为了提高生育率，日本政府也作出了不少努力。日本生育保障性立法的中心思想是，要为生育和养育孩子提供一个安稳的环境¹，从日本采取的一系列措施都能体现出这一中心思想。从 90 年代开始，日本采取鼓励生育措施，每年拨出一大笔预算用于解决日本的少子化问题，但效果不佳，出生率一直走低。2003 年还专设少子化问题担当大臣制定了促进生育相关的多部法律，例如《少子化社会对策基本法》，明确了应对少子化的基本政策方针在于完善就业环境、充实保育服务、加强社区育儿援助、强化母子保健医疗体制、改善生活环境、减轻经济负担等方面。该法还设置了“少子化社会对策会议”的特别机构，用以推动少子化对策措施的实施。然而这些措施都收效甚微。2004 年 2 月将女性育儿产假期间免除缴纳养老保险的时间延长至 3 年。2004 年 4 月对《儿

¹日本 1990 年成立的内部委员会的宗旨：为生育和养育儿童创造一个安稳的环境。

童补贴法》进行修改,规定第一胎也可享受补贴待遇,同时补贴期限扩大至小学三年级毕业前;向设立保育措施的企业进行表彰并每年补贴不低于 3690 万日元。

(二) 德国——社会保险型独立生育保险模式

德国作为一个经济发达的国家,是世界上最早设立生育保险制度的国家,其创新之举在于将生育保险从家庭保险中独立出来,设置成了一个独立的险种。德国生育保障制度规定,参保人参加医疗保险,缴纳的医疗保险费,其中涵盖了生育保险费用。德国医疗保险包括法定医疗保险和私人医疗保险。年收入低于法定标准的人必须参加法定医疗保险,这一群体约占德国人口的 88%,其余人可以选择参加私人医疗保险,也可选择参加法定医疗保险[3]。德国生育保障待遇也包含在医疗保险待遇之内,德国法定医疗保险待遇包括两个部分:医疗服务和补贴。德国生育医疗部分包含在医疗服务范围内,生育津贴待遇包含在补贴范围内。

在生育保障方面,德国自颁布《疾病社会保险法》时就将其作为社会福利实施为国民服务。德国生育保障一直维持较好水平,政府通过鼓励生育来刺激经济增长,并且出台了一系列鼓励生育的政策。例如,2005 年至 2016 年,德国通过了一项全国性扩大儿童看护服务体系的法案,将为 3 岁以下孩子的父母提供托育服务,最后将享受入托权利的年龄提前至一周岁,同时每个月向在家照顾一周岁以上的婴幼儿父母发放 100 欧元的补助;2015 年将现行的 12 个月有薪育儿假延长至 24 个月[4],德国的产假、育儿假水平也比较高,且对妇女的保护也比较全面。除了 14 周的法定产假外,德国的产假补贴完全按照国际标准执行²。这些政策的出台实施都对德国生育率产生了积极的影响。

(三) 新加坡——强制储蓄型生育保险

新加坡的社会保障制度包括两大部分,一是中央公积金制度,二是社会福利制度。中央公积金制是一种独特的社会保险制度,通过采取国家强制性立法,由中央公积金局将所有雇主、雇员依法按工资收入比例所缴纳的公积金及每月利息,记入到每个公积金会员的账户之中,专户专存;会员所享受的待遇,只在其账户储存期间积累的公积金额度内支付。新加坡的公积金制度内容广泛,其中包括养老、医疗、工伤、住房等制度。到目前为止,新加坡已建立起覆盖全民的公积金体系。新加坡的生育保险制度是作为医疗保险制度内容之一而建立起来的,包括生育医疗费用和产假工资。其中由医疗保健(公积金制)提供生育医疗待遇,医疗保健(公积金制)由雇主和雇员共同缴费,根据不同年龄段,所缴纳的费用有所差别,2015 年缴费约为年收入的 8%~10.5%之间。新加坡还规定了产假时间,女性为 16 周,产前可提前休假 4 周,男性的时间为一周,产假工资的资金由雇主和政府支付,除此之外,为了鼓励生育,新加坡还增设了儿童补贴和教育补助等福利制度。

3. 我国生育保险立法的完善建议

(一) 建立以家庭为单位的生育保障框架

在抚养、教育后代等生育保障内容中,家庭这一单位发挥着不可或缺的作用。早期儿童照顾理论认为,孩子的成长是一个漫长的过程,儿童成长过程中父母双方的照顾缺一不可,父亲也扮演着不可或缺的角色,而 0-3 岁的儿童尤其需要父母双方的配合和正确引导。因此,我国生育保障性立法就必须以家庭为单位,而不能将父亲这个角色排除在外。若能以家庭为单位落实生育保障制度,可以在政策落实时将福利提供给所有家庭成员,这也有助于消除“生育主要由女性承担责任”的刻板印象。

反映在立法上,应当合理规定针对男性的生育保障措施,促进家庭内部责任承担的性别平等。最重要的一点就是完善男性陪产假制度,这是当前经济形势、社会生产的需要[5]。由于生育保险和医疗保险已经合并,自由职业者可以通过缴纳相应比例的生育保险自己承担生育假期制度的成本。只有由政府、

²第 183 号公约规定产假津贴的数额不得低于该妇女原先收入或是为计算津贴而加以考虑的收入 的 2/3。

企业、个人三者共同承担，才能促使陪产假法律制度更好落地。

陪产假制度落实难的问题还需要监督和惩罚来解决。没有监督与惩罚，再完善的法律制度也是一纸空文。首先，应当在生育假期制度建立的同时赋予劳动监察部门更多的执法权限和相应措施。其次，应当增加处罚方式并且加强处罚力度。例如，陕西省《人口与计划生育条例》规定，如果用人单位违反规定未能实现婚嫁、产假和陪产假优待的，由县级以上人力资源和社会保障部门责令改正，处以一千元以上五千元以下罚款。但就我国目前的发展现状来看，该规定违法成本略显过低，如果能够加大力度在税收、企业贷款等方面给予处罚，相信企业会加倍重视，认真落实陪产假制度。

(二) 制定“生”“育”并重的生育支持保障制度

首先，税收减免是支持生育的重要积极举措，应建立以家庭人口为基数的税收制度^[6]。当前我国对于有子女家庭的夫妻双方所实行的专项扣除内容为：对于已满3岁的已进入学前学习阶段的儿童，将其考虑为专项应扣除范围之内，对其父母予以1000元的减免。此办法自2018年底开始试行。然而，对于拥有学龄前0到3岁儿童的家庭，尚未有有关内容对其父母应纳税额进行减免。因此，可以考虑从以下两个方面改革税收制度：一是改革纳税单位，建立以家庭申报为主、个人申报为辅的申报方式。二是调整优惠范围，为了能够有效推行二孩政策，在将拥有0岁到3岁的孩子的家庭纳入到扣除范围之外，可以将减免规模控制在与3岁之后的减免规模一致，即为1000元。而如果一个家庭拥有超出一个子女的情况，那么可以根据其多出的子女个数来设置额外的专项扣除内容。由于父母将孩子送到托管机构或聘请保姆照顾子女的现象也比较普遍，因而增设子女看护费用支出税收抵免也是比较可行的，这在一定程度上减轻了育儿的经济负担。此外，为了鼓励用人单位提供面对职工的福利性托育服务，政府应当有更加切实的优惠性政策，如减免水电费、减免税费等，以减轻用人单位的服务成本。

其次，国家应当增加财政给付，逐步将更多儿童保护与服务内容纳入政府购买政府指导性目录，加大政府购买服务力度。一是应当优化妇幼保健医疗公共服务体系，确保基层医疗经费落实到位；二是应以基层社区为重点，建立以政府为主导，企事业单位和社区多元主体参与的社区基本公共托育服务体系，将学前教育和托育服务相结合，有效调动和优化各种社会资源，为群众提供更加全面有效的托育服务和中小学基础教育，减轻家庭负担。例如，湖北咸宁就利用社区党群服务中心等空间资源建立婴幼儿照护中心，推进社区适儿化改造。这些措施能够减轻家庭负担，从而提升家庭的生育意愿。妇幼设施的建设完善也十分重要。全面贴心的公共妇幼设施有助于营造一个适宜生育的社会环境，从而提升个体的生育意愿。在立法层面，应当进行总括性、普适性的限制，要求各地根据公共场所的规模大小，配备足够数量的母婴室，并附有完善的配套设施，还要安排专人定期检查和清洁，为妈妈们保持一个干净舒适的哺乳环境。特别是在职场中，企业也应当为女性职工配备私密性足够高的母婴室，对处于哺乳期的女职工适当放宽上下班时间，使法律规定的哺乳假真正有效地落实到位。此外，职场还应当根据育龄女性群体的规模大小，增大区域空间和配套设施数量，从而为在职场拼搏的妈妈们提供一个舒适便利的职场环境。哺乳相关设施的健全完善不仅需要发挥政府的监管作用，还要充分发挥工会、妇联等组织的监督作用。对于建设完善了符合国家规定标准的妇幼设施的，给予一定财政补贴或奖励也是十分必要的。

最后，房价和生活成本也是息息相关的。难以负担的房价和地区之间教育资源分配不平衡的现状也使得一些家庭一再推迟生育时间，此现象在一线城市发生率更高。为了提高生育意愿，特别是生育二胎、三胎的意愿，必须要对其购房过程给予关注和适当的补贴。由于夫妻购房成功所带来的二胎、三胎意愿的提升能够增加社会对房产的需求，这种良性循环能够使得房价保持在合理的区间范围之内。

(三) 明确就业歧视的标准和歧视方法律责任

合法合理的女性就业歧视判定标准是保障女性享有平等就业权的基础，如果对女性就业歧视的认定没有确切的标准，那么对女性平等就业权的保护也就无从谈起。然而我国现行法律中对于女性就业歧视

并没有明确的判定标准。在“三孩”政策背景下，为了维护妇女的就业权和生育权，必须从概念上对女性就业歧视进行明确具体的界定。我们应当吸取域外优秀立法精华，根据我国国情，对女性就业歧视的标准做出合理界定。

一方面，我们应当以法律条文的形式对女性就业歧视的认定标准进行确定。目前，我国法律多以禁止性规定的形式来体现对女性就业平等权的保障，但并未直接以“女性就业歧视”这一法律术语正面阐述，导致在司法实践中难以直接运用现行法律来认定女性就业歧视。必须通过立法确定女性就业歧视的歧视方、歧视行为等，才能更好地在司法实践中认定企业是否构成对女性就业的歧视。另一方面，对女性就业歧视的类型进行区分也是很有必要的。例如美国就将其区分为“直接歧视”和“间接歧视”，并针对不同类型的性别歧视规定了不同的认定标准。不同类型的歧视行为表现行为不同、判断难度不同，造成的危害结果也不相同[7]。

在解决了女性就业歧视的判定标准的问题之后，歧视主体应当承担何种法律责任，也是急需解答的一个问题[8]。虽然企业的主要目的是盈利，但也应当承担起相应的社会责任。企业有保护劳动者权利的社会责任。从长远来看，生育行为是社会发展的需要，生育行为促进了人类社会的繁衍和进步，是社会再生产、创造劳动力的过程，企业也可从中获益，故而他们应该承担起相应的责任。但企业的逐利性促使其选择能创造更多利益的途径，所以应当制定相应的惩罚性措施，明确企业的法律责任[9]，国家通过立法，明确如果不保障劳动者享有足够天数的生育假期应当承担何种法律责任，促进生育假期制度落实到实处，避免企业为谋求利益而规避责任的情况出现。

如果用人单位因其实施的歧视行为，给未入职的育龄期女性劳动者或在岗女职工造成了不同程度的损害，则必须要承担一定的民事赔偿责任。首先，用人单位因实施就业性别歧视行为，给劳动者造成财产损失的，应当按照实际损失给予劳动者赔偿，承担补偿性赔偿责任；造成劳动者精神损失的，应当对劳动者赔礼道歉，并给予精神损害赔偿[10]。其次，歧视行为对劳动者就业机会的损害也应当纳入赔偿范围。就业机会的损害属于劳动合同缔约前的损害，劳动者的损失缺少可以衡量与计算的基础，对此可以参考德国的法定赔偿制度。德国《一般平等待遇法》规定对非财产损害的金钱赔偿金额不得超过3个月工资。此外，也可以引入缔约过失责任，当劳动者已经付出了相应的缔约成本，如交通费、拒绝其他用人单位所导致的经济损失等，而用人单位出于歧视拒绝签订劳动合同时，用人单位应承担缔约过失责任，此时可以要求用人单位采取消除影响和重新安排工作等措施。

参考文献

- [1] 宋健敏. 日本社会保障制度[M]. 上海: 上海人民出版社, 2012.
- [2] 李芬. 多孩政策下年轻母亲的工作与家庭[M]. 武汉: 华中科技大学出版社, 2022.
- [3] 和春雷, 等. 当代德国社会保障制度[M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [4] 刘伯红, (德)贝安娜, 主编. 国家社会家庭 生育保障制度与女性的全面发展 第二届中德性别平等与发展研讨会论文集[M]. 北京: 中国法制出版社, 2021.
- [5] 潘旦. 社会工作提升育龄家庭三孩生育意愿的策略和路径研究[J]. 华东理工大学学报(社会科学版), 2023, 38(1): 18-27.
- [6] 马春华. 中国儿童托幼服务公共化: 整体框架和地方实践[J]. 妇女研究论丛, 2023(4): 19-43.
- [7] 林艳琴, 林祺雨. 我国家庭婴幼儿照护支持制度的反思与完善[J]. 社会政策研究, 2023(2): 60-82.
- [8] 李芬. 工作母亲的职业新困境及其化解——以单独二孩政策为背景[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2015, 17(4): 12-20+146.
- [9] 郑春荣. 德国鼓励生育的家庭政策措施[J]. 人民论坛, 2022(6): 104-107.
- [10] 余秀兰. 女性就业: 政策保护与现实歧视的困境及出路[J]. 山东社会科学, 2014(3): 48-53+128.