

论独立型生育保障制度的建构

叶静漪 石小巍*

[摘要] 现有生育保障制度虽多年来不断得到完善，但仍未能有效缓解“母职惩罚”现象。核心问题并不在于保护力度不足，而在于生育保障制度长期与劳动法高度捆绑所导致的责任错配。由此，生育相关的公共成本被转化为用人单位的用工成本，使得用人单位在招聘、晋升及岗位安排中，往往将育龄女性视为潜在风险因素。与此同时，劳动法在承载公共政策目标时被赋予了超出其自身能力的功能，导致职场健康保护与反就业歧视规则被压缩，制度边界日趋模糊，劳动者救济路径也随之不清。因此，有必要推动生育保障制度的独立建构，并与劳动法适度“松绑”。其关键在于以“责任能力”为界限，重新分配两类制度各自应当承担的任务：生育保障制度应以个体身份为入口，由公共财政、社会保险及普惠性服务共同承担健康恢复、收入维持、育儿照护等公共给付责任，避免将保障资格与是否具有劳动关系挂钩；劳动法则应回归职场治理本位，聚焦用人单位可预见、可控制的工作场所风险，强化岗位保留、合理便利措施、平等对待原则以及有效的救济机制。为确保“松绑”措施真正取得成效，可构建一套指导性原则框架：从规范目的入手，确保立法目的与制度手段一致，防止跨领域适用导致新的功能失衡；以弱势生成机制为标准，区分身体性需求与结构性不利，并据此配置相应的保护制度；运用反刻板印象原则，清理那些将女性生理差异自动转化为固定社会角色预设的制度设计。

[关键词] 劳动关系 法律激励 性别歧视 产假 生育保障制度

引言

近年来，因人口自然增长率的持续低迷，^① 国家以促进个体生育为目标，围绕补贴支持、公共服务供给、休假制度安排与托育体系建设等方面不断充实和完善生育保障制

* 叶静漪，北京大学法学院教授、博士生导师，北京大学劳动法与社会保障法研究所名誉所长；石小巍，北京大学法学院博士研究生。本文系2023年度国家社会科学基金重大项目“中国生育支持政策体系的系统构建研究”（23&ZD184）的阶段性研究成果。本文撰写过程中，获益于北京大学法学院戴昕老师、阎天老师，北京论坛（2024）“创新时代下的性别平等”分论坛与会专家的宝贵意见，谨致谢忱，文责自负。

^① 参见王萍萍：《人口总量降幅收窄 人口素质持续提升》，国家统计局：https://www.stats.gov.cn/xxgk/jd/sjjd2020/202501/20250117_1958337.html，最后访问时间：2026年2月3日。

度。本文所称生育保障制度，是指为应对生育与育儿过程中可能发生的健康风险、收入中断、成本负担、性别歧视与照护压力等问题，通过立法与政策所构建的保护、支持与分担机制。其具体包括三类：一是社会保障与公共服务体系中的生育医疗、生育保险与普惠托育等制度；二是家庭政策中的生育/育儿补贴、税收优惠等制度；三是职场生育保护制度，如生育假期、劳动保护与反性别歧视等。然而，这些制度带来的并不都是积极效应。^②在生育保障不断强化的同时，女性因生育而遭遇的母职惩罚并未同步减弱。^③这迫使我们反思，生育保障制度是否“用力过猛”？既有研究多将此种负面效应归因于用人单位用工自主权与女职工劳动权益的失衡，^④而未察觉另一种可能的原因，即生育保障制度的安置出现了错配。这种错配具体表现为：生育保障制度在相当程度上被融入劳动法的相关规定中，生育保障责任被简化为劳动法律体系内部若干劳动基准和劳动福利。相关规则大多被分散放置于劳动法与社会保障法，形成对劳动关系的依附。在制度架构上，生育保障制度尚未构建起以自身为主体、层次分明且可检验的独立规范体系。这导致本应由公共保障体系承担的生育成本被转嫁至用人单位，进而加剧对女性就业的不利影响，^⑤同时使男性、社会和国家的责任趋于模糊。

就上述生育保障的三类制度而言，前两类总体上趋于独立运行，但社会保障体系中的生育保险与第三类职场生育保护制度却远未实现独立。其适用条件、权利享有、义务履行以及救济途径等更多地体现为劳动法中的具体条款，因而导致生育成本更容易被转嫁给用人单位。从我国各省级行政区的人口与计划生育条例以及地方生育政策来看，通过财政、税收、社会保障和公共服务等方面来提供生育支持的相关规定并不少见。然而，这些宣示条款大多仅停留在原则性和目的性层面，表述多为“应当支持”“推动建立”等，较少明确责任主体、给付条件以及持续供给机制。而少量已有的可直接执行的条款则主要聚焦于用人单位的义务以及劳动者的待遇安排。此种生育保障依附于劳动法的现象并非我国所独有。比如，日本的育儿休业给付虽可由雇佣保险支付，但休业安排、替岗与岗位保留等成本仍主要由用人单位承担；美国联邦层面的生育休假制度以无薪框架为主，带薪支持在较大程度上依赖于州法项目及用人单位福利。

本文以独立建构生育保障制度为导向，从适度松绑的立场，重新界定生育保障制度与劳动法的制度边界、功能定位与责任承接。生育保障制度与劳动法确有不可避免的融合性，二者长期互动是制度演进的常态，强行彻底分离既不现实，亦无必要。“适度松绑”旨在重构生育保障的责任结构，将具有高度公共性的生育成本从劳动法中逐步剥离，使劳动法主要聚焦于劳动者身份下的职场保护与反就业歧视功能，生育保障不再以

^② 参见陈友华、孙永健：《生育政策及其配套支持措施：认知偏误与政策偏差》，载《广州大学学报（社会科学版）》2022年第4期，第75页。

^③ 参见赵梦晗、廖凯頔：《经济体制改革背景下的“母职惩罚”效应——基于动态视角的分析》，载《人口学刊》2024年第4期，第34页。

^④ 参见杨菊华：《〈中华人民共和国妇女权益保障法〉与女性生育保护》，载《中华女子学院学报》2023年第6期，第40—46页；曹薇薇：《人口政策转型期生育歧视法律防治的美国镜鉴及中国进路》，载《法学》2024年第12期，第176—191页。

^⑤ 参见杨天宇、黄崇乐：《人口生育率下降的财富分配效应研究——基于计划生育政策的准自然实验》，载《应用经济学评论》2025年第3期，第78—110页。

劳动关系作为准入门槛。当前学界围绕单身女性生育权与辅助生殖的讨论虽存在观点分歧,但一致认为生育保障制度需向社会政策与基本权利的方向延伸。^⑥ 劳动法与其他制度长期深度捆绑的现实弊端,^⑦ 进一步凸显了适度松绑的必要性。基于此,下文将遵循两种制度为何会产生规范融合、如何对两者进行适度松绑的路径,依次剖析生育保障制度与劳动法的融合现状及其结构性表征,论证推动两者适度松绑的规范依据与现实必要性,提出规范目的识别、弱势生成机制、反刻板印象等一般原则,用以检验适度松绑的成效,并以产假制度为例,检视该原则的可行性及其适用边界。

一、融合型生育保障制度反思

(一) 生育保障制度融合劳动法的现状

《宪法》《人口与计划生育法》《母婴保健法》《母婴保健法实施办法》等法律规范是生育保障的直接法律渊源,但相当一部分生育保障仍需由劳动法落实,^⑧ 体现了生育保障制度与劳动法的融合特征。

就制度落实条件而言,部分生育保障的获得需以劳动关系为前提。《劳动法》《劳动合同法》《女职工劳动保护特别规定》(以下简称《特别规定》)通过孕期、产期、哺乳期的特殊保护,赋予女职工生育权益;《妇女权益保障法》《就业促进法》则通过规定平等就业权利与反歧视义务,禁止用人单位因结婚、怀孕、产假、哺乳而降低工资福利、限制晋升或解除劳动合同(聘用)合同,以此发挥补强与兜底作用。在“费某诉南京某人力资源公司劳动争议案”^⑨ 中,裁判要旨指出,享受社会保险待遇需以具有劳动者身份为前提。由此可见,现行制度下相关生育保障主要以劳动保障的形态呈现,并以女职工身份及劳动关系的建立与存续为实现条件。

就义务配置方式而言,现行规范倾向于将生育保障的核心要求直接转化为用人单位的法定义务。除《妇女权益保障法》《就业促进法》对用人单位设置的禁止性义务外,《劳动法》《劳动合同法》通过限制解除劳动合同等规定,将国家对生育期女职工的保障转化为用人单位必须履行的责任。在落实生育保障上,《人口与计划生育法》规定了用人单位配置母婴设施的义务,《特别规定》更是在哺乳时间安排、哺乳设施配置、加班与夜班限制、孕妇休息等方面对用人单位提出了具体要求。在成本承担机制上,《社

^⑥ 参见于晶:《单身女性生育权问题探讨》,载《中国政法大学学报》2021年第1期,第25—35页;曹薇薇:《单身女性辅助生育的法律限度与规则设计》,载《求索》2024年第6期,第169—179页;石佳友、刘欢:《人类辅助生殖技术立法的反思与完善》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2025年第3期,第125—135页;刘皓阳:《辅助生育权:保障生育平等的关系性权利》,载《法制与社会发展》2025年第4期,第86—105页。

^⑦ 最典型的如劳动法与社会保险法的高度绑定。参见娄宇:《平台经济从业者社会保险法律制度的构建》,载《法学研究》2020年第2期,第191—207页。

^⑧ 这并不意味着非典型就业或不处于劳动关系的个体被完全排除在生育保障之外。实践中,灵活就业人员、居民医保参保人群、未就业配偶等亦可通过其他制度安排获得一定程度的生育医疗费用报销或补助,但其保障范围与强度通常较为有限,且存在地区差异。这从侧面说明,生育保障的稳定性在很大程度上仍依托于职工参保与用工体系。

^⑨ 参见人民法院案例库 2024-07-2-490-003。

会保险法》规定生育保险费用由用人单位缴纳，并以用人单位参保缴费作为待遇取得与给付运行的重要前提。《特别规定》进一步规定了“参保由生育保险基金支付、未参保由用人单位按工资标准承担”的分流规则。由此可见，在缴费来源、待遇取得等关键环节，生育保障成本被持续性地与用人单位及其工资体系捆绑在一起，生育给付看似由社会统一支付，实则是企业用工成本的重要组成部分，具有显著的用工成本属性。^⑩

就救济路径而言，由于生育保障责任多由用人单位承担，生育保障相关纠纷往往以劳动争议形式呈现。即便是涉及生育权的典型案例，一旦与劳动保护有关，仍大多采取劳动争议解决的路径处理。例如，在“靖某霞诉太原富某房地产开发有限公司生育保险待遇纠纷案”^⑪中，裁判要旨明确强调，女职工在法定产假期间，应视为已提供正常劳动，用人单位须依法支付工资。由此可见，现行救济逻辑倾向于将部分生育保障争议转换为劳动权益受损问题，这进一步固化了生育保障对劳动法救济路径的依赖。

（二）生育保障制度融合劳动法的原因

生育保障制度与劳动法的融合往往由多重因素导致，主要原因有如下四种：其一，多数个体的生育保障需求发生在劳动关系存续阶段，时间上的重合为二者融合提供了重要条件。“劳动是人类生活得以实现的永恒的自然必然性。”^⑫劳动并不仅仅是一项活动，还是一种持续性的时间结构。其以相对稳定的工作节奏、报酬依赖与组织管理，长期占据个体生命周期中可支配时间的主要部分。大部分适龄个体的生育行为发生于劳动关系存续期间，其时间安排难免与劳动关系交叠，劳动法由此成为承接生育保障的不二之选。劳动法将生育保障转化为权利义务配置，通过强制性劳动基准与争议解决机制来提高生育保障的可执行性和可救济性，为生育保障制度提供相对简易且稳定的载体。例如，劳动者身份便于生育对象识别，用人单位身份便于生育责任集中，工资与社保机制便于生育待遇衔接等。于是，生育保障被落实为孕期、产期、哺乳期的劳动保护与反歧视要求，生育所引发的个体健康减损、收入连续性风险等均能在劳动法内获得回应。

其二，制度运行的惯性与立法选择的路径依赖持续深化着二者的融合。在计划经济时期，单位福利制兼具生产组织与生活保障功能，生育保障多由用人单位直接供给。^⑬在这种结构下，用人单位成为国家管理的中间层次、国家权力的中介环节，^⑭生育成本与生育保障被纳入用人单位的管理与分配体系中，久而久之形成以用人单位为中心的制度供给惯性。而在市场经济阶段，社会保险制度逐步替代单位福利。生育保障立法虽在理念上转向社会化供给，但其组织方式却并未同步转变，仍在很大程度上延续了以劳动关系为中心的旧有制度设计。

其三，劳动法兼具公私双重属性，能够以私法关系为载体实现公共福利政策，实现

^⑩ 参见黄桂霞：《生育支持对女性职业中断的缓冲作用——以第三期中国妇女社会地位调查为基础》，载《妇女研究论丛》2014年第4期，第29—32页。

^⑪ 参见人民法院案例库 2025-07-2-187-001。

^⑫ [德] 马克思：《资本论》（第1卷），中共中央马克思著作编译局编译，人民出版社2018年版，第56页。

^⑬ 参见贾俊玲：《劳动法与社会保障法学》，中国劳动社会保障出版社2012年版，第7页。

^⑭ 参见董保华：《社会保障的法理学》，北京大学出版社2005年版，第1页。

公共责任的私法化承担,^⑮ 这成为二者融合的深层原因。生育保障本质上指向公共利益与社会福利, 若完全由国家直接供给并逐一落实, 国家将面临较高的信息、执行与救济成本。而劳动法的优势恰恰在于能够通过强制性规范为用人单位设定底线义务, 使国家无须直接面对每一个生育家庭, 而是借助用人单位这一私法主体, 在劳动领域内代行部分生育公共职能。尽管生育属于人的再生产, 所涉权益具有鲜明的人格属性和身份属性, 但通过劳动法的立法转换, 此种非商品化的身份诉求被纳入以劳动力交换为核心的契约关系中。生育保护、性别平等的目标由此成为用人单位的法定义务, 而劳动者则相应获得休假、岗位保留与待遇衔接等具体劳动权。这样来看, 生育保障在劳动法中同时经历了法律化(成为强制规则)与私人化(成为用人单位和劳动者之间的权利义务)的双重改造。这种改造既显著降低了生育公共政策落地的治理成本, 也在结构上强化了生育保障制度对劳动法的依赖。^⑯

其四, 与国际标准接轨的立法要求以及“中央定型、地方复制”的立法模式, 共同加深了二者融合。一方面, 以国际劳工组织《生育保护公约》为代表的国际规范, 在制度表达上总体采取将生育保障纳入劳动关系的模式, 其规范中心仍围绕产假、待遇与就业保护等劳动保护议题而展开。我国立法在长期对标该公约的过程中, 相应借鉴和强化了该模式。^⑰ 此种对标并非纯粹为了与国际接轨或移植便利, 亦承载着对外声誉与多边参与的政治含义。^⑱ 另一方面, 从中央与地方的生育立法来看, 其显现出“中央定型、地方复制”的特征。例如, 2015年前后“全面两孩”政策启动与2021年后“优化生育政策”再调整, 均以中央层面生育立法和政策先行定型为起点, 带动各地人口与计划生育条例的集中修订。^⑲ 中央立法确立了在劳动法框架内落实生育保障的模式, 地方立法大多会加以效仿。这种同质化并非单纯的路径依赖, 在很大程度上也与地方行政合规和风险规避相关, 因为地方若尝试立法突破, 往往需要承担跨部门协调、资金安排与监管衔接等治理成本和更大的试错风险。^⑳ 地方立法即使存在差异化安排, 也主要体现在假期天数、补贴标准等。二者融合在央地立法中被反复实践, 最终形成立法模式固化。

(三) 生育保障制度融合劳动法的负面效应

1. 个体层面的负面效应

个体层面的生育价值本应指向个体福利、血缘纽带与情感联结, 但在融合结构中, 生育价值更容易被纳入以生产效率与用工秩序为中心的评价体系。现实中, 用人单位往

^⑮ 参见吴文芳、刘洁:《新技术变革时代“人”的变迁与社会法回应》,载《学术月刊》2021年第8期,第107页。

^⑯ 参见阎天:《知向谁边——法律与政策之间的劳动关系》,中国民主法制出版社2022年版,第12—13、136—145页。

^⑰ 参见《人力资源社会保障部对政协十三届全国委员会第三次会议第3411号(社会管理类293号)提案的答复》,人力资源和社会保障部:https://www.mohrss.gov.cn/xgk2020/fdzdgknr/zhgl/jytabl/tadf/202101/t20210106_407232.html,最后访问时间:2026年2月3日。

^⑱ Rachel Brewster, “Unpacking the State’s Reputation”, 50 *Harvard International Law Journal* 231 (2009), pp. 234–238.

^⑲ 参见《人口与计划生育法》(2015年修正)、《人口与计划生育法》(2021年修正)、《关于实施全面两孩政策改革完善计划生育服务管理的决定》、《中共中央、国务院关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定》。

^⑳ 参见曹正汉:《中国上下分治的治理体制及其稳定机制》,载《社会学研究》2011年第1期,第37—38页。

往抱有对理想劳动者的期待，假定所有劳动者都能持续、稳定地投入劳动。这使得生育行为被认定为对标准劳动关系的偏离。生育由此被标记为生产过程中的例外和扰动，进而使女性的生理特性与工作场所的效率逻辑产生持续摩擦。^①

最典型的表现是性别平等的失衡与性别分工格局的固化。劳动法将产假、哺乳假等生育假期界定为对女职工的特殊保护，目的在于缓解女职工的生育压力、矫正职场风险。然而，此种保护性措施往往会导致结构性悖论。自工业化以来，尽管女性已广泛进入劳动力市场，但家庭照料责任并未随之实现同等程度的社会化分担或性别再分配。^②劳动法对女职工提供的倾斜保护，容易被用人单位视为额外的用工成本。在家庭责任分配未同步调整的情况下，劳动法对女职工的倾斜保护可能会强化女性（而非男性）作为子女主要照料者的身份。其结果是，用人单位对育龄女性会承担更多照料责任形成错误预期，在招聘、晋升与岗位配置中产生隐性歧视。

近年来，无论实务界还是学界，均开始尝试在父母之间更均衡地配置生育权利与生育责任。然而，这种努力面临多重阻力。具体来说，传统“男主外、女主内”的观念对男性参与形成了隐性约束，^③ 社会对男性请假育儿的接受度不高，^④ 一些男性甚至出现“请假羞耻”。^⑤ 男性生育假期制度仍不完善，司法实践存在分歧，^⑥ 导致父职权利难以实现。更深层的问题在于，劳动法虽能贯彻生育保障的公共目标，但其仍主要在劳动领域适用，难以直接触及家庭内部照料责任的分配问题。在私域与公域边界尚未被实质改造的情况下，父职休假更容易被理解作为一种福利或恩惠，而非与母职相当的、具有强制性的责任。由于制度承接缺位，家庭内部的分工协商机制与家务劳动的公平分配长期游离于调整之外，历史遗存的性别分工更易于被默认并固化，进而使生育个体在生育与劳动的双重周期中持续承受不成比例的结构压力。

2. 用人单位层面的负面效应

二者融合对用人单位最直接的负面效应在于，主要的生育保障责任经由劳动法被不合理地附加于用人单位。用人单位需承担休假期间的岗位替代、用工连续性维护与人员调度成本。^⑦ 这些成本往往不是一次性和可直接结算的，其发生时间、持续周期以及岗位影响等均难以预估。用人单位为了维持用工效率，通常会将这些潜在风险纳入招聘、

^① Lucinda M. Finley, “Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and the Workplace Debate”, 86 *Columbia Law Review* 1118 (1986), p. 1121.

^② 参见王向贤、司艺旋：《如何推动父亲参与育儿？——日韩经验及其对中国的启示》，载《中国人口科学》2023年第6期，第4页。

^③ 参见李志云、杨华磊：《谁更支持带薪父母育儿假？——基于CGSS假期政策公众态度的实证研究》，载《兰州学刊》2024年第5期，第66页。

^④ 参见《陪产假有了，“奶爸”们休上了吗？》，澎湃新闻网：https://m.thepaper.cn/baijiahao_17793277，最后访问时间：2026年2月3日。

^⑤ 《爸爸们的陪产假，休上了吗？》，性别研究视界微信公众号：<https://mp.weixin.qq.com/s/ugq2eOWEk5rRqLyfyGluuQ>，最后访问时间：2026年2月3日。

^⑥ 参见湖北省武汉市中级人民法院（2023）鄂01民终10477号民事判决书、上海市第二中级人民法院（2023）沪02民终535号民事判决书。

^⑦ 参见杨慧：《三孩政策下企业生育成本负担及对策研究——基于延长产假的分析》，载《人口与经济》2022年第6期，第23—27页。

晋职等决策考量。²⁸ 根据劳动法, 用人单位应当承担与生育相关的职业安全、特殊保护与反歧视等底线义务。但除此之外的生育保障责任具有较明显的公共属性, 理应由社会分担。融合结构却使用用人单位在底线义务之外被动承接该部分公共性成本, 造成“政府请客、企业买单”的局面, 致使劳动保护功能异化。²⁹ 此种责任转嫁的问题在于, 国家义务被转化为用人单位的负担, 模糊了公共责任与用工责任的边界。换言之, 生育在带来劳动力补充、社会延续等公共收益的同时, 其成本却未被社会整体承担, 而是以用人单位不可预期的支出形式转化为用工风险, 进而削弱了用人单位经营的可预见性。

从系统论的角度来看, 这种不平衡长期得以固化的深层原因在于, 本应由生育保障制度承担的法律、政治与经济系统的运作逻辑, 被持续锁定在劳动法框架结构之内。政治系统以人口调控与生育支持为目标, 通过政策指令对法律系统施加影响。法律系统为维持自身运作与可裁判性, 不得不在劳动法框架内发展相应的规范技术(如设置生育假期等), 并以合法/非法的二元编码对行为作出评价。³⁰ 当这些规范技术传导至经济系统时, 其含义会被自动转化为成本、风险与经营不确定性, 由用人单位以支付能力与成本控制逻辑加以吸收与管理。其结果是, 原本旨在调整劳动关系的劳动法不得不承担人口再生产的公共任务。虽然法律规则在形式上保持其规范形态, 但其生成与适用持续受政治目标与经济计算的牵制,³¹ 反过来又强化了以用人单位义务承接公共目标的路径依赖。

3. 宏观层面的负面效应

首先, 生育政策目标的短周期波动容易削弱劳动法的规范稳定性与可预期性。如前所述, 我国生育保障制度的立法逻辑是典型的“被人口结构牵引”的模式, 其对人口指标、人口结构与宏观形势具有敏感性, 制度随之会阶段性改变、动态微调乃至目标切换。“在以政策手段促进生育的过程中, 生育问题开始逐渐从婚姻家庭的私法领域问题转变为国家视域下的人口监测问题。”³² 然而, 将生育政策目标落实为劳动法中的制度安排, 会使劳动法被迫承担政策传导与快速调节的功能。劳动法的规则体系不得不随人口目标而频繁调整, 解释口径亦不得不随政策信号而变化, 从相对自治的规范系统逐步转向政策执行工具。这种后果绝不会仅仅停留在条文的表面修改, 而是会削弱用人单位与劳动者对法律规则稳定性的预期, 进而损害劳动法的权威性和可信性。³³

其次, 以劳动法作为生育保障的核心承载路径, 容易引发政策目标与劳动力市场行为之间的结构性错位, 形成保障强化与防御强化之间的冲突。政策意在通过延长假期、完善待遇与加强用人单位义务来释放支持生育的信号, 但在公共补偿与社会化分担不足的情况下, 同一信号在用人单位端往往被转化为成本上升与不确定性风险, 从而触发防

²⁸ 参见宋健、周宇香:《全面两孩政策执行中生育成本的分担——基于国家、家庭和用人单位三方视角》, 载《中国人民大学学报》2016年第6期, 第112页。

²⁹ 参见李桂杰:《产假延长如何落地? 学者建言生育成本共担》, 载《中国青年报》2025年3月19日, 第8版。

³⁰ Niklas Luhmann, Translated by Klaus A. Ziegert, *Law as a Social System*, Oxford University Press, 2004, pp. 9-18.

³¹ 参见[德]卢曼:《社会的法律》, 郑伊倩译, 人民出版社2009年版, 第224—226页。

³² 邵六益:《没有家庭的生育? ——单身女性生育权的法理反思》, 载《探索与争鸣》2023年第9期, 第136页。

³³ 参见陶旭:《心理表征理论视域下的法律概念不确定性研究》, 载《东岳论丛》2025年第10期, 第114页; 孙笑侠:《论法律的外在权威与内在权威》, 载《学习与探索》1996年第4期, 第87页。

御性用工策略。同时,此种防御以更隐蔽的方式回传给劳动者,其在感知到职场生育不友好后,可能会推迟或压缩生育计划。由此形成的悖论是,生育目标越被稀释,就越强化保障、生育意愿越会缩减、生育率越会持续走低,从而形成恶性循环。^④

最后,此种融合结构会加剧生育保障覆盖的分层及劳动力市场的不平等现象。现行制度倾向于将生育保障理解为一种依附于劳动关系的劳动者福利,而非基于公民身份的社会权利。因此,劳动关系内部的生育保障更具确定性,而劳动关系之外的非标准就业、灵活就业群体则更容易落入制度覆盖盲区,只能依赖行业标准或地方差异性安排。随着新就业形态群体的扩大,此种内外差异会造成生育保障分层,从而固化劳动力市场的二元结构,^⑤亦会在机会结构与社会流动层面放大阶层不平等,^⑥影响宏观的分配正义。

二、独立型生育保障制度的理论证成

(一) 生育保障制度与劳动法存在显著差异

生育保障制度与劳动法的差异,具体体现在制度功能、主体身份与责任来源三个维度。首先,从制度功能来看,劳动法对应物质资料生产,生育保障制度对应人口再生产。^⑦劳动法立足劳动生产关系中的契约秩序与经济效益,其功能在于规范“劳动法主体之间以劳动为纽带形成的权利义务关系”。^⑧生育保障制度则以种族绵续为基础,^⑨以代际更替为规范对象,围绕生育风险分担、性别平等、人口结构优化、公共福利供给而展开。此种功能差异意味着,劳动法并不具备完全承接所有生育保障的能力。以劳动法框架来实施生育保障,可能使得具有公共性和普惠性的生育保障受制于劳动关系的成立与否。就生育议题而言,生育保障制度和劳动法的功能分别指向基础与附加两个维度,前者作为基础维度,面向所有生育个体与家庭提供兜底性、普遍性保障,生育保障的取得不以劳动关系确立为前提;劳动法作为附加维度,在劳动场域内围绕生育个体的劳动保护提供差异化、补充性的规则与支持。^⑩然而,现有实践却将劳动法作为基础维度,生育保障制度则降为劳动法的附属,实质弱化了关于生育的国家和社会义务。

其次,从身份维度来看,劳动法围绕劳动者身份构建权利义务,而生育保障制度以个体生命全周期为逻辑主线,围绕家庭成员身份与性别身份构建制度体系,涵盖夫妻、父母、子女等身份维度。因此,生育保障原则上不应以劳动者身份为准入前提,而应面

^④ 参加吴帆:《生育意愿研究:理论与实证》,载《社会学研究》2020年第4期,第233—235页。

^⑤ 参见郭凯明、余靖雯、龚六堂:《人口政策、劳动力结构与经济增长》,载《世界经济》2013年第11期,第89—90页。

^⑥ 参见肖严华:《劳动力市场、社会保障制度的多重分割与中国的人口流动》,载《学术月刊》2016年第11期,第104—106页。

^⑦ 参见[德]恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,中共中央著作编译局译,人民出版社1976年版,第25—28页。

^⑧ 《劳动与社会保障法学》编写组:《劳动与社会保障法学》,高等教育出版社2018年版,第27页。

^⑨ 参见费孝通:《乡土中国 生育制度 乡土重建》,商务印书馆2011年版,第145、156—159页。

^⑩ 陈友华、孙永健认为“用人单位由于通过薪酬给付与税费的方式大部分偿还了生育外溢的收益,因此国家不应该通过公权力强行把生育成本转嫁给用人单位,以至于雇佣市场存在各种不规范现象”。同注②,第81页。

向全体生育主体, 以体现普惠性与可及性。现实中个体多重身份的冲突不可避免, 但生育保障制度与劳动法的融合往往会形成“女职工、生育者、照料者”的身份混淆叙事,^④ 例如, 以劳动者身份当然推导出用人单位的生育成本承担责任, 或是以母职身份预设女职工劳动能力减损。

最后, 从责任来源来看, 劳动法中的用人单位责任主要源于劳动合同的契约性义务、附随义务和平等对待义务,^⑤ 国家则主要负责规则制定、行政监管与必要兜底。生育保障制度的核心责任主体是国家和社会。国家既需要尊重个体的生育自由, 不作不当干预,^⑥ 也需要通过社会保险、财政投入与公共服务供给, 提供稳定的生育医疗、收入支持与照护保障, 以性别平等为导向完善相关制度与救济。^⑦ 但在现实中, 生育保障制度与劳动法的融合, 容易将本应由公共体系承担的部分责任和成本转嫁给用人单位, 致使公共保障义务与用人单位义务深度交织, 责任配置不清。

(二) 生育权属性决定生育保障制度应具有独立性

从个体层面看, 生育保障制度的权利起点是面向一般主体的生育权而非劳动权, 故生育保障制度应保持相对独立。此种独立性体现在生育权与劳动权之间的差异上。就劳动权而言, 其正当性基础来自劳动者在组织控制下所处的结构性弱势。^⑧ 因此, 劳动法需要在劳动关系内部通过限制私法自治来保护劳动权, 将生育可能引发的职场不利控制在可纠正范围, 避免演变为对生育劳动者的结构性排除。与此不同, “生育作为一项权利具有不言自明的合道德性, 生育作为人类社会得以存续的一项基本活动, 无论是从人类渴望子嗣繁衍的生物性而言, 还是从为人父母的社会必要性而言, 都是一种现实且正当的利益需求”。^⑨ 这表明, 生育保障不宜被压缩为劳动关系内部的雇佣福利或契约对价, 而应在宪法的基本权利与社会权的框架下, 作为关涉人格尊严与生育自由的生育权。^⑩ 这种权利起点的差异决定了生育保障制度独立建构的必要性。

在国家层面, 生育权的社会权属性决定了生育保障的首要责任主体应是国家而非用人单位。这一责任结构差异, 要求生育保障制度与劳动法适度松绑, 保持相对独立。具体而言, “从政府维护人口健康发展实现正常世代更替的角度, 生育权具备社会权的性质, 政府应在资源分配中予以特别介入”。^⑪ 生育并非纯粹的私人事件, 其风险与成本

^④ “一旦女性的母亲身份变得突出, 则无论是因为她怀孕、休产假, 还是采用灵活的工作安排, 她都可能开始被视为低能力的照护者, 而非高能力的职业女性。” Joan C. Williams, Nancy Segal, “Beyond the Maternal Wall: Relief for Family Caregivers Who are Discriminated Against on the Job”, 26 *Harvard Women's Law Journal* 77 (2003), p. 91.

^⑤ [德] 曼弗雷德·魏斯、马琳·施米特:《德国劳动法与劳资关系》, 倪斐译, 商务印书馆2012年版, 第97—101页。

^⑥ 在中国人的价值观中, 生育从来不仅仅是人口问题。从人口监测的角度简单地将生育理解为人口的来源, 消解了附着在生育上的伦理、社会意义。同注^④, 第134页。

^⑦ 参见叶静漪、石小巍:《生育国家义务的理论证成与适用展开》, 载《人口与发展》2025年第5期, 第52—54页。

^⑧ 参见[德] 雷蒙德·瓦尔特曼:《德国劳动法》, 沈建峰译, 法律出版社2014年版, 第26页。

^⑨ 吴梓源:《生育力保存立法的理论证成与规范建构》, 载《环球法律评论》2025年第2期, 第137页

^⑩ 参见谭一之、杨遂全:《生育权的宪法变迁、规范依据与保护范围》, 载《中华女子学院学报》2023年第4期, 第15页。

^⑪ 马平:《宪法上生育权的双重性质及其规则化路径》, 载《中华女子学院学报》2024年第6期, 第39页。

具有明显的外部性和公共性，国家有义务予以保护。^④此种国家生育义务可区分为消极义务、积极义务与保护义务三个方面：^⑤消极义务要求国家不得侵害个体生育自由；积极义务要求国家通过社会保险、财政给付与公共服务供给，对孕产过程中的健康风险、收入中断风险与照护压力提供稳定支持；保护义务要求国家通过立法、执法、司法与救济等机制，防止生育风险在制度运行中转化为对生育主体的结构性不利。^⑥

在社会层面，生育权要求生育保障的普遍覆盖与持续供给，这一目标的实现依赖国家、社会与家庭等多元主体的分担与协同，而不应被单一的劳动关系结构所约束。因此，生育保障制度在运行结构上应相对于劳动法保持相对独立，以避免其实现路径被劳动关系成立与否所左右。然而，生育保障制度在社会层面的建构难点在于，如何将资源分配、风险分担落实为可操作的制度安排。适度松绑需超越抽象社会共担理念，通过“将各类主体按照各自的社会特性纳入法律视野中，在自由契约关系的表象背后，识别出经济上的实力对比关系”，^⑦进而确立可操作的分置尺度。与劳动过程控制直接相关的在用人单位可预见、可控且仅限于工作场所的事项，应继续由劳动法予以规制。^⑧以人口再生产的公共支持与激励为目的、超出用人单位控制范围且具有明显外部性的相关成本与服务，需普遍覆盖和持续供给方能发挥作用，应主要由社会主体协同承接。^⑨由此，在生育领域应构建分工明确且协同运作的社会主体结构：用人单位，主要承担劳动场域内的劳动保障责任；医疗机构，负责生育医疗服务供给；社保经办机构，负责资格认定与待遇支付；托育与照护公共服务体系，提供照料支持；工会、行业组织与社区网络，则在信息协同、权益支持与补充性服务方面发挥辅助作用。

（三）生育保障制度与劳动法适度松绑具有重要意义

需要承认，“系统内部诸运作而生的融合，是运作封闭的一种表现”，^⑩是法律系统的常态。在现代社会的高频互动中，“法律关系正在从近代法的单一纯粹结构向现代法复合多元结构的历史性转变”，^⑪任何单一主体都难以仅存于一种法律关系中。生育保障制度与劳动法均蕴含着“经由倾斜保护的立法手段而达致一种实质公正的平衡状

^④ 秦奥蕾从宪法视角出发，主张将生育权确认为国家基本权利，完成从控制型计划生育向保障型自由生育的宪法转型，明确国家在劳动制度之外的普遍支持义务。参见秦奥蕾：《生育权、“计划生育”的宪法规定与合宪性转型》，载《政法论坛》2016年第5期，第37—45页。

^⑤ 参见张翔：《基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》，载《中国法学》2006年第1期，第21—36页。

^⑥ 同注④；石小巍：《无障碍环境利益是否为权利？——基于实证与概念证成标准的分析》，载《残疾人研究》2024年第5期，第30页。

^⑦ [日]桥本文雄：《市民法与社会法》，田思路译，商务印书馆2023年版，第239页。

^⑧ 参见史探径：《社会法学》，中国劳动社会保障出版社2007年版，第26页。

^⑨ 参见王志章、刘天元：《生育“二孩”基本成本测算及社会分摊机制研究》，载《人口学刊》2017年第4期，第26—28页。

^⑩ 鲁楠：《结构融合：一种法律关系论的新视角》，载《荆楚法学》2022年第3期，第90页。

^⑪ 刘光华：《法律关系的元形式及其内部结构——基于复合经济法律关系的思考》，载李昌麒、岳彩申主编：《经济法论坛（第7卷）》，群众出版社2010年版，第47页。

态”⁵⁷的保护逻辑,“以实现社会实质公平为目的、以公私法融合为特征”。⁵⁸因此,二者之间的融合不可避免,且会持续存在。问题解决的关键不在于强行切割边界,而在于识别并矫正过度融合所引发的负面效应。基于此,本文提出“适度松绑”的规范构想:使劳动法回归劳动关系内部的规制与底线保护,使生育保障制度聚焦于由公共支持体系承接的社会分配和普惠覆盖功能。

生育保障制度与劳动法的适度松绑具有重要的现实意义,对应前述个体、用人单位和宏观层面的负面效应,其具体表现可分为以下三个层面:首先,从个体层面来看,适度松绑有助于推动性别平等从对女性的补偿性保护走向男女共担的照料结构。性别平等的实质目标在于实现女性就业机会、职业发展与照料责任的均衡分配。长期以来,生育保障制度与劳动法往往将生育和照料的责任预设为女性专属,在加强女性保护的同时,弱化了男性作为共同照料者的制度激励与角色定位。适度松绑并非意味着削弱对女性的保护,而是通过功能分配来实现更精准的性别平等保障,使劳动法聚焦于平等就业、反性别歧视的劳动保护,使生育保障制度更聚焦于家庭责任分工,⁵⁹在制度结构上减少对女性的不利,为父职参与家庭内部责任分配提供稳定的制度支持。⁶⁰

其次,从用人单位层面来看,适度松绑有助于优化责任结构,避免生育保障制度过度依赖劳动关系而导致的用人单位责任过度集中,使生育保障制度回归到更具公共性的运行方式。适度松绑并非否认用人单位应尽的劳动保护义务,而是通过区分生育保障制度与劳动法所保护法益的私人性和公共性,在社会化分担框架下实现责任的合理再分配,使公共性的生育保障责任回归国家与社会等更为适当的主体,用人单位的责任则限于与劳动过程直接相关的范围内。由此,既可避免劳动保护被异化为额外的用工成本和风险,也有利于激励用人单位实质性履行平等就业与职场生育保护义务。

最后,从制度功能层面来看,适度松绑有助于将政策性、公共性更强的生育保障安置于公共支持体系,使之承担弹性调节与普遍覆盖功能,有助于生育保障制度在自身体系内形成相对清晰的目标指向,进而减少劳动法对政策波动的被动响应,从而维持其规范的稳定性与可预期性。同时,通过独立的社会保险与公共供给扩大保障对象覆盖范围,将非正规就业者、灵活就业者等群体纳入稳定的保障框架之中,也有助于缓解劳动力市场分层固化的趋势。与之对应,适度松绑可以使劳动法更集中地发挥其在劳动场域内的底线规制作用,“围绕劳动的社会秩序,以保护部分劳动力市场弱势群体为目标”,⁶¹以避免其因被动承接人口政策的短期调节任务而不断改变自身的调整范围。

⁵⁷ 冯彦君:《中国特色社会主义社会法学理论研究》,载《当代法学》2013年第3期,第21页。

⁵⁸ 余少祥:《论社会法的本质属性》,载《中国社会科学》2024年第11期,第96页。

⁵⁹ Samuel Issacharoff, Elyse Rosenblum, “Women and the Workplace: Accommodating the Demands of Pregnancy”, 94 *Columbia Law Review* 2154 (1994), pp. 2156 - 2157.

⁶⁰ 参见陆海娜:《论妇女工作权视野下的照料劳动》,载《法学》2025年第5期,第164—178页。

⁶¹ [西班牙]米格尔·罗德利贵-皮尼罗·罗约:《当我们讨论劳动法,我们在讨论什么》,载叶静漪主编:《比较劳动法学》,北京大学出版社2018年版,第44、46页。

三、独立型生育保障制度的构建路径

(一) 独立型生育保障制度构建的一般原则

为独立构建生育保障制度，将其有效融入现有生育保障制度立法体系的完善进程中，本文尝试提出独立型生育保障制度构建的一般原则，提供一套可操作的平衡方法，通过识别目的、识别弱势生成机制并排除刻板印象，厘清两类制度的适用情境并据此配置责任与工具，从而避免公共责任被转化为劳动场域内的用工成本，亦避免劳动场域内的不利因素被公共福利安排所遮蔽。

1. 规范目的识别原则：基于人口结构调控目的的生育保障制度

合乎目的的立法检验，能够在最大限度上提升规范适用的确定性与可预测性。^② 所谓规范目的识别原则，是指清楚辨明一项制度的主要立法目的，再据此约束制度工具与责任结构的选择，以避免制度运行偏离原定目标。在独立型生育保障制度的构建中，规范目的识别原则的直接功能是为适度松绑提供可操作的界定标准。通过判断一项规则究竟是服务于公共性的生育保障目的，还是服务于劳动场域的规制目的，来确定其应适用生育保障制度还是劳动法。以规范文本、体系定位与运行机制为主要依据，以目的手段相称和责任能力匹配为约束条件，纠正因路径依赖造成的功能错位，确保制度路径、责任结构与立法目的协调一致。

在方法上，规范目的识别主要包括三项内容：一是目的识别，即从立法制度的目的条款、适用范围与权利义务结构等文本线索出发，结合其在生育保障制度与劳动法体系中的功能定位，以判断其主导目的。一般而言，照护支持、卫生健康与人口结构等目标具有公共性，需要普遍覆盖与连续供给，原则上应由生育保障制度承接；劳动保护、工作机会平等目标具有明显的劳动属性，原则上应由劳动法承接。二是目的手段一致性检验，即检验获取条件、给付方式、实施路径是否与目的相协调，尤其要警惕公共目的的实现被附加于劳动者身份，以及劳动规制目的被置换为本应由公共体系承担的福利给付或长期支持。三是责任能力匹配，即审查责任主体的选择与责任强度是否与目的相称，例如，承担责任的主体是否具备实现该目的所需的控制能力与资源基础，并据此调整国家、社会与用人单位之间的生育责任分配。这一环节的核心任务在于，将公共性生育支持的主要责任从用人单位侧移回公共体系，同时将劳动场域内可控制的不利后果留在劳动法框架内规制。需要指出，许多制度并非只服务于单一目的。对此，规范目的识别不应简单二选一，而应采取目的分类、承接分层的方式，先对多重目的进行可证成的区分，再依据不同目的分别配置相应的制度承接结构责任主体。

2. 弱势生成机制原则：基于身体弱势的生育保障制度

生育保障制度与劳动法均需回应女职工所处的弱势状态，但两者所对应的弱势生成

^② 参见舒国滢、王夏昊、雷磊：《法学方法论前沿问题研究》，中国政法大学出版社2020年版，第362页。

机制并不完全相同,这是制度分工的关键。不同弱势状态生成机制对应着不同的规范对象与制度承接。因而,弱势生成机制原则的核心在于识别生育主体所遭遇的不利处境究竟由何种机制引发。为此,需要首先判断不利处境是由生育过程本身带来的身体性需求与健康风险所致,还是由劳动场域的组织控制、评价处分与权力结构所致,再据此划定适用范围并配置责任。具体来说,弱势状态根据其成因,可分为以下两类:

一是身体性弱势,指生育对个体身体健康与劳动能力造成的阶段性波动。妊娠、分娩与产后恢复会对女性的健康状态、体能与注意力等产生阶段性影响,导致劳动能力暂时下降;生育与育儿过程中持续的照护投入亦可能压缩个体的时间、精力与活动空间,增加其心理与生理负担。^③ 这类弱势本质上是劳动力再生产过程中不可避免的生理性成本。但关键在于,此类成本不应被解读为劳动力市场中的劳动价值折损或机会减损,而应根据身体性弱势出现的场景作出区分。在劳动者身份语境中,与岗位强度、工时安排、工作环境等劳动过程高度相关,并可通过劳动场域内的制度安排予以缓释的不利,应主要由劳动法承接。因为劳动法以保护劳动者健康与人格、维持劳动能力的最低保障为要旨,当生育造成身体性波动时,劳动风险易被放大,从而需要劳动法保护规则加以调节。^④ 对于表现为医疗、休养、康复等基本支持需求的不利,则不以劳动关系存续为前提,也不应当因劳动关系缺失或中断而缺位。对此,应由生育保障制度及其联结的公共服务体系提供普遍性、连续性的制度保障,对生育过程中的健康损耗实现稳定兜底。

二是结构性弱势,指生育差异在社会与组织评价中被负面化、制度化,进而转化为不利评价与机会限制。结构性弱势的根源之一在于劳动关系中的结构性不对等。处于强势地位的用人单位基于用工管理与组织控制,能够单方面将生育差异纳入岗位配置、绩效考核、晋升路径等制度化评价体系,使劳动者落入可比较、可筛选、可处分的规则结构之中,进而导致调岗调薪、晋升阻断、边缘化配置等不利后果。此类不利并非生育个体能力不足的自然结果,而是组织评价逻辑在从属性结构中的异化。此种异化涉及用人单位管理权边界的问题。用人单位的用工管理权和组织经营权具有正当性,但其评价和处分不应以与劳动能力缺乏必要关联的生育差异为依据。因此,劳动法的制度建构应以此种强弱地位的差异为基础。^⑤ 当不利后果主要由管理权行使与评价处分机制引发时,应将其纳入劳动法的规制范围,由劳动法来发挥行为矫正与底线保护的功能。

3. 反刻板印象原则:基于去性别化的生育保障制度

上述结构性弱势,亦可能源于社会层面对生育主体的消极评价,最典型的是与性别平等相关的角色预设与刻板印象。反刻板印象原则(Anti-stereotyping Doctrine),是美国性别平等保护法中的重要原则之一,旨在揭露并禁止“强化性别分隔传统、将男性排除于家庭领域之外、限制女性参与公共领域,延续长期性别不平等的法律和社会惯例”,^⑥

^③ 参见石智雷、覃作敏、彭锐城等:《低生育率背景下生育力保护研究》,载《人口学刊》2025年第4期,第63页。

^④ 同注^③,第125—126页。

^⑤ 参见谢增毅:《我国劳动关系法律调整模式的转变》,载《中国社会科学》2017年第2期,第132页。

^⑥ Cary Franklin, "The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law", 85 *New York University Law Review* 83 (2010), pp. 125 - 126.

保护所有人免受传统男女角色观念的法律与习俗的影响。^⑥ 在独立型生育保障制度建构过程中贯彻反刻板印象原则，主要是为了消除社会及职场中对育龄劳动者的不合理偏见。此种偏见往往基于“女性天然应承担更多生育和家庭责任”“育龄女性会影响工作效率与稳定性”等固化认知，可能导致用人单位在招聘、晋升、培训等环节对育龄女性产生歧视，从而不仅限制女性的职业发展空间，也加剧女性在劳动力市场中的脆弱性，进而可能使女性对生育产生顾虑，这与生育保障的制度目标相悖。即便是在社会福利非常高的瑞士，女性也会在职场遭遇基于母职的歧视，其重要原因在于瑞士社会整体上仍固守传统性别的刻板印象。^⑧ 国际劳工组织所作的“对工作权利基本公约的全面调查”指出，虽然许多国家在制定全面的性别平等政策和行动计划方面已取得实质性进展，但将这些政策和计划落实为就业和职业中的实质性平等方面仍明显不足，无论是在法律规范还是在实际执行中，基于刻板假设的对女性从事某些工作的限制依然存在。^⑨ 反刻板印象原则的适用能够在一定程度上打破这些不合理的限制，营造更加公平包容的职场环境，使生育女性能在平等的条件下参与就业竞争、实现职业价值。

反刻板印象原则并非一般性的平等宣示，而是服务于“适度松绑”的边界规则。其要求制度设计不得以传统性别角色预设为前提，也不得将本应由国家、社会与家庭共同分担的生育与照护成本主要由女性承担。由此，劳动场域内因招聘、晋升、考核、调岗等管理行为所产生的歧视性不利，应主要由劳动法以反歧视与机会平等规则加以规制；为实现生育与照护的普遍支持而设置的给付与服务，则应主要由生育保障制度以去性别化方式提供，避免固化“母职责任”，并确保覆盖劳动关系之外的生育主体。

在此基础上，反刻板印象原则还可主动识别并排除基于社会性别角色预设所形成的制度性偏见，防止因性别期待而导致规范功能错位与权责配置失衡。^⑩ 其核心在于，通过制度上的去性别化设计，使规则依据功能逻辑而非性别逻辑运作，在立法设计、制度运行与法律适用三个方面建立结构性纠偏机制。在立法设计方面，应破除以生理性别直接划分社会角色的预设路径，^⑪ 仅在性别分类有助于显著减轻特定性别群体不成比例的负担时，才予以保留，^⑫ 避免以性别作为其他特征的替代性指标来实现制度目标。^⑬ 在制度运行方面，应考虑建立反性别刻板印象的效能评估机制，清除执行机制中的补偿性歧视与保护性排斥，^⑭ 审查政策、法规或行为是否真正促进平等就业机会，其手段是否

^⑥ *Craig v. Boren*, 429 U. S. 190 (1976).

^⑧ Sorry Mom, “Swiss Laws Implicitly Encourage Motherhood-Based Employment Discrimination”, 56 *George Washington International Law Review* 35 (2025), pp. 37–38.

^⑨ Giving Globalization a Human Face, *General Survey on the Eight Fundamental ILO Conventions Concerning Rights at Work*, International Labour Organization; https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40relconf/documents/meetingdocument/wcms_174846.pdf, 最后访问时间：2026年2月3日。

^⑩ Lucinda M. Finley, “Transcending Equality Theory: A Way out of The Maternity and The Workplace Debate”, 86 *Columbia Law Review* 1118 (1986), p. 1121.

^⑪ 《消除对妇女一切形式歧视公约》第5条明确要求，各国摒弃基于性别任务定型的法律与文化行为模式，避免将性别角色定型化。

^⑫ *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*, 458 U. S. 718 (1982).

^⑬ *Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co.*, 446 U. S. 142 (1980).

^⑭ *Frontiero v. Richardson*, 411 U. S. 677 (1973).

包含或固化了性别刻板印象,^⑤推动从性别单位向家庭单位的责任承担模式转型。^⑥在制度适用方面,应避免司法与政策解释过程中的性别角色泛化与功能简化,防止“看似合理的生理差异”转化为“实质不公的制度差异”。对潜在的性别角色假设进行实质性审查,需要确认其是否因仅与性别相关的个体差异而限制了劳动力的平等参与。^⑦

(二) 生育保障制度中广义产假的独立型制度构建

近年来,全国两会及各地立法围绕产假及延长假的建议提案持续增多,表明产假制度具有较高的关注度。^⑧广义产假在生育保障制度中最为核心、最具代表性,^⑨既关系到妊娠、分娩与产后恢复所需的医疗与休养支持,以及育儿等照护支持,也直接影响劳动关系中的请假安排、岗位保留与待遇支付等。因其同时牵涉公共支持与用人单位支持,较易出现责任边界不清、公共成本被转化为用工成本等问题,具有分析上的典型性,因而下文将以广义产假为分析对象,探讨如何将独立型生育保障制度的一般原则贯彻到具体制度构建中,并厘清哪些应由生育保障制度承接,哪些仍应由劳动法予以保护。

1. 以规范保护目的辨别不同产假的立法目标

从生育保障制度的规范保护目的出发,广义产假内部至少包含两种具有不同保护目的的假期类型。一种是以健康恢复与职场保护为核心的法定产假(即狭义产假),另一种是以人口政策激励为核心的奖励假。^⑩二者均以产假形态出现,但立法目的、制度逻辑与责任归属并不相同。现行实践往往将两类假期的实现成本一并施加给用人单位,导致目的、手段、责任错位。

狭义产假的法律渊源主要为《劳动法》第七章以及《特别规定》,《特别规定》第1条表明,产假制度旨在消解女职工因生理特点产生的劳动困境,《最低工资规定》亦将劳动者依法享受生育(产)假视为正常劳动。由此可见,狭义产假集中体现为对孕产期健康风险与劳动过程风险的制度回应,其立法目的在于避免由妊娠、分娩与产后恢复所引发的阶段性身体损耗被工作场域的节奏与评价机制放大为职业不利,从而保障劳动能力恢复与职业连续性。实际上,产假属于法定休假安排,故劳动者可以在产

^⑤ Nancy E. Dowd, “Maternity Leave: Taking Sex Differences into Account”, 54 *Fordham Law Review* 699 (1986), p. 764.

^⑥ 欧洲议会报告认为应当向劳动力市场传递明确信号,男性在生育子女时同样需要暂时离开工作岗位,经济活动的组织方式必须为人类繁衍预留空间。生育既是男女平等享有的权利与责任,更是至高的社会价值。European Parliament, Report A6-0267/2009 on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Amending Council Directive 92/85/EEC (COM (2008) 0637 - C6-0340 - 2008/0193 (COD)), at 14.

^⑦ Stephanie M. Wildman, “The Legitimation of Sex Discrimination: A Critical Response to Supreme Court Jurisprudence”, 63 *Oregon Law Review* 265 (1984), pp. 267-268, 305-306.

^⑧ 截至2025年12月,据公开信息不完全统计,围绕产假的全国人大代表提案与全国政协委员建议数量已高达约50件,反映出该问题呈现出较高的议题热度与制度化关切。

^⑨ 此处广义产假包括《劳动法》《特别规定》所规定的狭义产假,以及各类生育延长假、奖励假、福利假等。

^⑩ 这一构想在比较法视野中亦可得到充分印证。例如,国际劳工组织报告《全球范围内的产假与陪产假:法律与实践》指出,为怀孕和哺乳期劳动者提供的工作场所健康保护,应当严格限定在保障生育所必需的范围内,以符合就业和职业机会与待遇平等的原则。*Maternity and Paternity at Work Law and Practice Across the World*, International Labour Organization; https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_242615.pdf, 最后访问时间:2026年2月3日。

假期间依法暂时停止履行劳动给付义务。^①劳动法的任务在于确保这一中断期不会被纳入组织评价体系而导致差异化对待,生育保障制度的任务则是为收入中断提供稳定的替代方案。因此,从最能符合法律调整目的的解释角度来看,^②狭义产假的核心并非一般福利给付,而是以劳动者健康为指向的休息休假权、劳动安全卫生权与场域保护机制。其调整的并非社会再生产领域中的身份关系,而是劳动者因生育导致的劳动能力的变化,^③要求用人单位在组织控制能力范围内承担给付假期、岗位保留、复工衔接、必要便利等义务。但与此同时,狭义产假的实现还伴随着因收入中断而产生的替代需求。该部分旨在稳定生计安全而非调节劳动过程,若完全由用人单位吸收,容易将公共风险再次单位化,并诱发对育龄女性的排斥。基于生育保障制度的目的设定,应当将劳动权实现的场域义务与收入替代的公共给付进行分离。前者由劳动法在用人单位一端落实,后者则应当由生育保障制度承担,以实现风险的社会化分担。

与狭义产假不同,奖励假被明确置于人口政策激励与社会支持的规范结构,其功能重点不在健康恢复,而在通过制度激励引导生育选择、服务人口长期均衡发展。《人口与计划生育法》的立法目的条款表明,奖励假的核心在于国家人口治理维度的工具属性以及动态调整机制的特征,^④该法第25条将延长生育假明确规定为对生育子女的夫妻的奖励。由此,奖励假的规范性质更接近于面向人口再生产的法律激励,是作为公共治理主体的国家所实施的引导生育行为的工具,本质上应属于生育保障制度调整的范畴。换言之,奖励假的运行逻辑在于通过后果设定机制来影响行为主体的决策。立法者借助法律规范预设特定行为与法律后果之间的因果关系,辅以心理暗示与结果导向,使生育主体在价值权衡时将法律激励纳入决策框架。^⑤《人口与计划生育法》第25条在符合法律法规规定的生育行为与延长生育假(奖励假)之间建立了明确的规范关联,以正向激励来促使生育主体的生育选择与国家人口治理目标趋同,^⑥最终将合乎公共利益的行为内化为社会成员的主动意愿。^⑦其借助正外部性效应,将原本属于私人领域的生育选择转化为公共福利产出,使人口再生产的社会价值得以显性化并被社会广泛认可。^⑧因此,奖励假的成本应由国家与社会承担,用人单位在奖励假上承担的责任应限于程序性配合与岗位保护等最低限度义务,而假期待遇、补贴与相关支持则应主要由公共财政、社会保险或专项基金等机制统筹供给。

① 参见[日]中洼裕也、野田进:《劳动法的世界》,田思路、龚敏、邹庭云译,商务印书馆2022年版,第300页。

② 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第418页。

③ 同注②,第763—764页。

④ 参见李友根:《法律奖励论》,载《法学研究》1995年第4期,第9页;王全兴:《经济法律奖励原理初探》,载《中南政法学院学报》1988年第3期,第50页。《人口与计划生育法》第1条和第2条使用的表述为“人口长期均衡发展”,应被理解为人口数量的科学动态平衡与人口结构的合理化。这也说明据此设定的相应工具以及政策应当随着政策目标、资源条件及社会预期的变化而动态调整。

⑤ 参见戴昕:《心理学对法律研究的介入》,载苏力主编:《法律和社会科学》(第2卷),法律出版社2007年版,第37页。

⑥ 参见杨万明:《论奖励性法律规范》,载《法学研究》1985年第4期,第4—5页。

⑦ 参见尹亚明:《奖励问题的法学思考》,载《政法论坛》1997年第4期,第67、69页。

⑧ 参见冉富强、曹振:《论政府奖励制度运行的法治逻辑》,载《河南社会科学》2021年第10期,第66—68页。

2. 以弱势状态生成机制区分不同产假的功能设定

实践中, 产假常被误以为是一种理所当然的照顾安排, 似乎天然归于劳动法保护。然而, 这种直觉性定位遮蔽了一个更为关键的事实, 即产假所要回应的弱势状态并不具有单一性。生育所造成的不利影响, 一方面来自妊娠、分娩、产后恢复所引发的健康损耗及其伴随的生计安全风险, 另一方面则来自劳动过程与组织评价结构对“差异”的吸纳与放大。因而, 有必要以弱势状态生成机制作为分析入口, 辨明产假所承载的不同功能, 包括休假权本身、围绕休假的岗位与评价保护, 以及休假期间的待遇给付, 并据此厘清这些功能应分别由生育保障制度还是劳动法予以承接。

一方面, 从身体性弱势看, 产假的基础功能在于回应妊娠、分娩与产后恢复带来的阶段性健康损耗, 为生育主体提供必要的休养时间与恢复条件。与健康恢复相伴随的医疗、休养、康复以及休养期间的收入替代等支持需求, 不应以劳动关系的存续为前提; 若其主要依附于劳动关系的内部安排, 支持供给便会在就业形态差异与劳动关系有无中呈现出分配不均或断裂。⁸⁹ 就风险归责而言, 这类损耗与替代支出具有典型的社会再生产成本属性, 其对应的是人口再生产所必需的健康恢复与生活维持, 而非劳动力交换中可由用人单位购买的劳动投入, 因而不宜被纳入劳动力买卖的契约对价。因此, 就此种基础支持功能而言, 应由生育保障制度及其配套的公共服务体系以普遍性、连续性的方式来稳定供给, 以确保生育过程中的健康损耗与生计风险获得支持。

然而, 身体性弱势并不止于休养和生计需求。健康损耗往往伴随劳动能力的阶段性波动, 而此种波动之所以容易转化为不利因素, 并非因其是天然劣势, 而在于其进入劳动场域后会被纳入既定的劳动过程结构。对生育女性而言, 持续出勤与高工作强度存在健康隐患, 替代机制与绩效考核压缩恢复空间, 工时节律与岗位暴露增加健康损害风险, 生育个体的阶段性损耗可能导致更高的事故概率、更强的累积性负荷乃至更长期的身体透支。基于劳动力与劳动者人身不可分割性, 劳动者在让渡劳动力使用权的同时仍保有劳动力所有权, 立法据此要求用人单位履行保障劳动力再生产的义务。⁹⁰ 由此, 围绕劳动能力波动的风险缓释属于典型的劳动领域问题, 应由劳动法承接。产假在此体现为一种时间性保护机制, 为个体恢复提供制度化缓冲, 降低劳动过程中的暴露风险, 避免健康波动被工作节奏进一步放大。

另一方面, 从结构性弱势看, 生育差异不仅仅指向劳动能力短期减损, 更易在用人单位的评价体系与用工配置中被列为不利因素。在绩效考核以即时产出与出勤稳定为中心尺度、晋升路径以可持续投入为隐含标准的背景下, 生育相关的阶段性缺勤与照护现实便可能被用人单位认定为不利因素。⁹¹ 此种弱势是在从属性结构下组织控制与评价权力持续生产并固化的结果, 组织评价体系将标准劳动者模型作为参照, 默认劳动者无持续照护负担、可全时全勤。此种劳动领域的评价机制应当由劳动法予以规制, 产假在此层面的功能应被理解为对用人单位评价体系的矫正。此外, 应通过职位保留、复工保

⁸⁹ 参见庄渝霞、冯志昕:《产假政策对中国城镇母亲健康的长期影响》,载《人口学刊》2020年第5期,第5—14页。

⁹⁰ 参见王全兴:《劳动法》,法律出版社2017年版,第77—78页。

⁹¹ 参见方长春、陈友华:《生育率的阶层差异将形塑M型社会》,载《探索与争鸣》2016年第1期,第60页。

障、考核中立与有效救济等强制性规则，压缩用工管理权的处分空间，为生育差异划定不可被侵犯的底线边界。同时，劳动领域内的负面评价并不会止步于用人单位内部，其可能与社会层面的性别角色预设、照护责任分配与生育价值贬低相互叠加，逐步外溢为更广泛的社会评价与地位结构问题，进而影响生育风险的分担、生育利益的分配以及生育友好型文化的形成。此类外溢性后果已超出劳动领域，因而需要与生育保障制度及公共治理机制相衔接，以形成对结构性弱勢的系统性治理。

3. 以反刻板印象原则构建产假的双轨构造

在反刻板印象原则视角下，产假同时指向两种不同性质的保护功能。一种指向分娩与产后恢复等身体性需求，属于生物学范畴；另一种指向育儿照护与家庭责任安排，更多关涉社会性别分工及其可再分配性，属于社会建构范畴。^② 现行制度适用的风险在于将两种功能混同处理，^③ 容易陷入以生理差异来合理化社会期待的误区。制度安排表面上为女性恢复健康提供了正当性基础，实则忽视个体差异与女性自主选择权，^④ 将父权分工固化为制度常态。照护支持往往以产假之名被默认配置给女性，以生理差异为由固化对社会角色的期待，^⑤ 使“女性为主要照护者”的预设被反向纳入用工评价。此种以群体特征的笼统预设来限制假期配置的处理方式，构成了典型的性别不公。^⑥

基于反刻板印象原则，结合权利保障与政策激励的分野，有必要构建“强制性产假+共享性奖励假”的双轨制度，依据上述功能逻辑差异分别按需实施。前者以女性身体健康保护为中心，作为不可让渡的最低保护标准；后者以家庭为单位，以夫妻共享机制来促进父职参与和责任共担。这一构想具有现实基础。《劳动法》《特别规定》明确产假的权利主体为女职工，而《人口与计划生育法》第25条将奖励假的权利主体界定为夫妻，强调家庭共担育儿责任和性别平等的意涵。北京市《人口与计划生育条例》允许夫妻协商调整假期分配，亦体现了这一理念的本土化实践。这一制度构想也有可供借鉴的域外立法经验。例如，丹麦《产假法》严格限定产后两周为女性专属强制休假，保障生理恢复不受侵扰；韩国《男女雇佣平等与工作·家庭平衡支持法》第18条允许夫妻根据家庭需求分割使用假期，育儿假采取“基础配额+可转让份额”的弹性模式。

在产假的双轨构造框架下，第一轨制应体现产假的不可让渡性与劳动保护属性，用人单位、社会和国家应当予以必要支持。如前所述，产假作为女性健康保护的劳动权利，不得由用人单位削减，亦不得由女性“自愿”放弃或缩短。考虑到我国狭义产假时长略低于全球平均水平14.59周，^⑦ 结合国际劳工组织《生育保护公约》《2000年保

^② Kenneth L. Karst, “The Pursuit of Manhood and the Desegregation of the Armed Forces”, 38 *UCLA Law Review* 499 (1991), p. 503.

^③ 例如，各地政府网站、本地宝等，在解答公民就产假时长提出的问题时，会直接回复“产假+奖励假”的总和时长。

^④ Julie C. Suk, “From Antidiscrimination to Equality: Stereotypes and the Life Cycle in the United States and Europe”, 60 *American Journal of Comparative Law* 75 (2012), pp. 77-78. 同注^⑥，第160—161页。

^⑤ 同注^④，第763—764页。

^⑥ Courtney Megan Cahill, “The New Maternity”, 133 *Harvard Law Review* 2221 (2020), pp. 2301-2302.

^⑦ 各国产假时长数据统计来源：*Gender Data Portal*, World Bank Group: <https://genderdata.worldbank.org/en/home>, 最后访问时间：2026年2月3日。囿于时长差异过于明显，在计算平均数时，本文将“保加利亚58.6周产假时长”视为离群值并剔除。基于对151个国家的统计数据表明，全球产假时长的平均值为14.59周（约102天），众数为12周（84天）。

护生育建议书》及国内实证研究,⁹⁸立法可将狭义产假延长至126天,以更好地满足女性的康复需求并稳固劳动保护底线。第二轨制应彰显奖励假的公共政策引导性以及男女共担育儿责任的意涵。奖励假的实施需要突破传统性别角色分工,通过家庭内部的再分配和协商来促进性别平等。奖励假的奖励性质不同于劳动权利的刚性,这意味着女性可以视具体情况继续使用,亦可以有所放弃。同时,应当通过严格的假期分配规则,设立男性强制性休假制度,使男性承担育儿责任,并予以监督。基于此,各地人口与计划生育条例可在狭义产假的基础上,基于政策的灵活性,根据人口结构的变化对奖励假时长进行动态调整,以实现生育支持政策与人口结构增减的同步调整,但其制度指向应始终以性别平等为核心,实现家庭照护的责任分配,而非针对女性作特殊化安排。

结语

制度的界限并非天然铸就,而是在历史演进脉络与利益的博弈分配中被持续形塑而成的。将生育责任制度性地嵌入劳动法,是国家治理在资源配置与责任转嫁之间作出的一种妥协性选择。此种路径虽在特定历史阶段具有现实合理性,却难以回应当代社会对制度正义与性别平等的更高期待。唯有识别并松绑那些因制度融合而失去功能纯粹性的结构安排,方能揭示权利与义务的真实制度载体。生育保障制度与劳动法的适度松绑,是一种对治理逻辑与法理结构的再平衡尝试。这一思路旨在为未来的制度重构提供理论支点,至于具体应当如何开展、如何在立法与政策中细化落实,仍有待进一步研究与论证。当下,立法不应再以契约关系包裹公共责任,权利保障与激励安排须避免以新增负担为代价,防止以角色预设作为制度前提。真正具有前瞻性的制度,应能够在保障个体选择的同时,承认并修正制度性的结构偏差。但是,“即便所有父母都参与育儿,一个高效稳定的社会依然需要优质的托育服务、弹性工作制以及可负担的医疗保险。国家、市场和家庭都在强化母职意识形态,需要在这些领域同步改革才能使家庭运转更高效、内部更平等”。⁹⁹因此,生育保障制度与劳动法的松绑,不应被视为终点,而应被视为制度协同的起点。唯有在法律制度、社会政策与文化观念三重维度上实现协调演进,方能在尊重个体差异的基础上,构建一个兼容生育权保障、劳动权实现与性别平等的现代社会治理体系。

⁹⁸ 实证研究表明,综合考虑我国现实情况以及女性身体健康、用人单位成本等各项因素,适度产假天数应设定在123天至130天之间。参见孙文凯、张政、张海燕:《产假延长对女性收入的长期影响——基于断点回归设计的分析》,载《世界经济文汇》2023年第1期,第12—13页;童玉芬、杜旭:《激励还是惩罚:延长产假对中国生育水平的影响研究》,载《人口学刊》2024年第6期,第6—17页。

⁹⁹ Naomi Mezey, Cornelia T. L. Pillard, “Against the New Maternalism”, 18 *Michigan Journal of Gender & Law* 229 (2012), p. 285.

The Construction of an Independent Maternity Security System

Ye Jingyi Shi Xiaowei

[Abstract] Despite continuous improvements over the years, the existing maternity protection system cannot effectively alleviate the “motherhood penalty”. The core issue was not insufficient protection, but the long-standing, highly intertwined nature of maternity benefits with labor laws, resulting in a misalignment of responsibilities. Consequently, public costs associated with childbearing are improperly shifted onto employers as labor costs, leading employers to often view women of childbearing age as potential risk factors in hiring, promotion, and job assignments. Simultaneously, labor law has been burdened with public policy objectives beyond its inherent capacity, compressing workplace health protections and anti-discrimination rules. This has blurred institutional boundaries and obscured workers’ avenues for redress. Consequently, it is imperative to promote the independent development of maternity protection systems and appropriately disconnect them from labor law. The key lies in reallocating responsibilities between the two systems based on the threshold of “capacity for responsibility”. Labor law, meanwhile, should return to its core function of workplace governance, focusing on foreseeable and controllable workplace risks for employers. This entails strengthening job retention, reasonable accommodation measures, the principle of equal treatment, and effective redress mechanisms. To ensure the effective deregulation, a guiding framework can be established. In other words, the regulatory objectives should ensure legislative purposes align with institutional means and prevent cross-domain application from creating new functional imbalances. It is desirable to use vulnerability generation mechanisms as a standard to distinguish between physical needs and structural disadvantages, thereby allocating corresponding protection systems. It is also desirable to apply anti-stereotyping principles to eliminate institutional designs that automatically translate women’s physiological differences into fixed social role assumptions.

[Key words] employment relationship, legal incentives, gender discrimination, maternity leave, maternity protection system

责任编辑：徐菁菁