

从“性别差异”到“性别中立”再到“性别再造”： 育儿假立法的域外经验及其启示

王 健

内容提要：从域外育儿假的发展脉络中可以大致整理出三种立法模式，即性别差异模式——优先配给母亲的育儿假、性别中立模式——父母双方共享的育儿假、性别再造模式——设置父亲专属的育儿假。近年来，为实现更友好、更合理的性别规范秩序，性别再造模式逐渐成为域外发达国家育儿假立法的一个普遍趋势。实践表明，通过为父亲提供不可转让、有较高薪资待遇、用工成本充分社会化、休假方式灵活且有解雇保护的育儿假，可以在更大程度上提高父亲利用育儿假的比例，进而打破“男主外、女主内”“生产归男性、家务归女性”的传统性别规范。对域外育儿假立法的基本规律进行提炼、分析和反思，可以为完善我国相关措施提供有益的启示。我国应提升育儿假的立法层级，更新育儿假的立法理念，除保障母亲的权益外，应明确设置由父亲个人享有的不可转让的育儿假，并采取综合措施激励父亲休育儿假，逐渐延长休育儿假的时间，缩小不同家庭类型之间以及不同身份劳动者之间的不平等。

关键词：育儿假 性别平等 父亲配额 育儿津贴

王健，中南大学法学院讲师。

众所周知，家庭中的性别不平等往往会加剧工作场所的性别不平等。究其原因，主要在于无薪资报酬的家务工作，如养育婴幼儿、照料老人等，不成比例地落在女性身上。据统计，我国女性无偿家务和照顾付出的时间是男性的 2.6 倍；^[1] 全球平均而言，疫情期间女性无偿家务和照顾付出的时间是男性的 3 倍。^[2] 这种不平等的家务负担所导致的主要后果是女性在劳动力市场中从事有酬工作的时间普遍少于男性，从而使得女性被用人

[1] 参见陆海娜：《工作权国际标准的女性主义反思》，《法律科学》2021 年第 6 期，第 31 - 42 页。

[2] See United Nations, Policy Brief: The Impact of COVID-19 on Women, 2020, p. 9, <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2020/Policy-brief-The-impact-of-COVID-19-on-women-en.pdf>, 最近访问时间[2022-09-11]。

单位打上“不合格劳动者”的标签。研究表明,女性生育后,与男性的工资差距会急剧扩大,并且这种差距会随着出生孩子数量的增加而扩大。^[3] 因此,如何平衡男性和女性之间的育儿责任以减少工作场所的性别不平等,成为当今各国普遍关心的重要议题。对这一议题的一个主要发现是,育儿假的法律规则设计是影响家庭照顾性别化的关键因素。2021 年 8 月 20 日,全国人大常委会会议表决通过了《关于修改人口与机会生育法的决定》,修订后的《人口与计划生育法》明确提出“国家支持有条件的地方设立父母育儿假”。由此,我国开启了育儿假立法的热潮,各地相继启动人口与计划生育条例修改工作,并紧锣密鼓地出台了一系列父母育儿假措施。然而,我国育儿假立法尚在起步阶段,父母为新生儿请育儿假的概念在我国相对较新,如何通过育儿假促进工作场所中的性别平等、如何合理分担休育儿假的用工成本、育儿假能否真正降低就业性别歧视、育儿假的实施还可能导致哪些其他的不平等、如何避免育儿假成为纸上的权利等一些核心问题仍然处于探讨之中。本文将说明域外育儿假立法逐渐制度化体系化、国际趋同化下的诸多保障措施中的性别平等样态,在这一视角下提炼、分析和反思域外育儿假立法的三种模式,^[4]即性别差异模式——优先配给母亲的育儿假、性别中立模式——父母共享的育儿假、性别再造模式——设置专属于男性的育儿假,以期为我国相关立法提供可资借鉴的经验。

一 域外育儿假立法的性别差异模式及其反思

(一) 性别差异模式的生成逻辑

育儿假立法的性别差异模式是指,立法者基于母性照顾是自然的、母职是女性天职、婴儿需要母亲全天候的密集照顾等因素的考量,将育儿假仅仅配给或者优先配给母亲,父亲无法或难以享有育儿假的模式。从历史上来看,育儿假源自于对产假的延伸与补充。1919 年国际劳工组织第一届大会出台的《生育保护公约》(*Maternity Protection Convention*)首次在国际层面明确了女性可以带薪休产假:在公共或私营部门工作的女性不得在分娩后的六周内工作;如果出示医疗证明,说明其分娩可能在六周内进行,则有权离开工作;在根据前两种情况而缺席工作的期间,应获得足以全面及健康地供养该女性本人及其子女的利益,该利益须由国家财政或社会保险制度提供。应当说,产假的最初目的是保护女性的身体健康和生命安全,允许她们在分娩前后休息。然而从医学的角度来看,产后 6-8 周的休息时间足以使女性从一般分娩中恢复过来,超过这一时间的产假与保护女性的健康与生命安全关系较弱,相反,越来越的人支持女性享有更多休息时间的理由在于其对新生儿的护理与照料。^[5] 基于此,一些发达国家在产假的基础上颁布了补充假,即育儿假,

[3] See Joy Guo, What is the Best Paid Parental Leave Arrangement to Promote Gender-Balanced Caregiving in the Home, and Gender Equality in the Workplace in New Zealand, 1 *New Zealand Women's Law Journal* 65, 66 (2017).

[4] 需要说明的是,对域外育儿假立法三种模式的提炼是在性别规范而非时间顺序视角下进行的,由于部分国家的育儿假立法理念相对滞后,使得这三种模式可能会在同一个时间段中并存。

[5] See Memmi Matero, Breadwinners and Primary Caregivers? A Feminist Critique of Gender Equality in the EU Law Parental Leave Framework, 24 *Trinity College Law Review* 69, 78 (2021).

以供女性在产假后继续使用。与产假一样,育儿假的设置也通常将母亲与新生儿的关系置于父亲与新生儿的关系之上。

母亲之所以优先于父亲而与育儿责任有关,主要是因为“子体得到生命后,它们的生活还得靠母体来维持,母体对子体还得负担一个时期生活的责任。不能独立生活的子体得从母体得到他所需的营养和保护”^{〔6〕}。对此,美国法学教授威廉姆斯(Wendy Williams)将这一现象称之为“平等之谜”^{〔7〕}。女性一般可以怀孕、分娩和母乳喂养,男性一般不会,这些生理差异伴随着显著的社会差异,即尽管新生儿护理的许多方面可以由男性完成,但在大多数社会中,女性对婴儿和幼儿负有主要责任。因此从生理层面上说,育儿是从单系开始的。加之女性的平均收入低于其配偶,因此从经济动机上来说,女性离开有薪工作全职从事家庭照料、男性全职从事有薪工作对维持家庭开支来说是更理性的选择。鉴于这些生物性和社会性因素的结合,育儿假的早期提倡者认为,提供专门针对母亲的育儿假不仅可以实现性别平等,同时也可以保护女性和婴儿的健康。在这样的理念下,域外育儿假立法一开始在设置具体条款时往往会优先考虑母亲的休假。

(二) 性别差异模式的立法与实践

在育儿假产生的早期阶段,域外国家较多采取性别差异模式,认为此一单一性别化的做法较为符合社会之普遍现实,因而可以更好地保障女性的利益。以日本为例,其育儿假最早可追溯至1972年的《劳动妇女福利法》(*Working Women's Welfare Law*),该法要求雇主为女性劳动者提供育儿假,并与向女性提供职业培训的政府机构一起建设育儿设施。^{〔8〕}为确保并维持国立学校与卫生社福利体系中教师、护士、教保服务人员等女性劳动者人数,兼顾保护女性劳动者的母性照顾角色,并为鼓励女性不因育儿照顾需求而必须放弃职业工作以致使前述三类职业劳动力不足的背景下,1975年的《育儿休业法》(*Child Care Leave Act*)规定,雇主应努力为这些女性劳动者提供弹性工作时间,或允许其申请一定时间留职停薪,以促使具有教职、护理、幼保等工作专长的职业女性能在完成育儿工作后回归职场。^{〔9〕}英国于1999年开始实行无薪育儿假,根据规定,虽然父亲们每年有机会休4周的假来照顾5岁以下的孩子,但父亲的休假只能在母亲返回工作岗位后开始。^{〔10〕}在母亲将休育儿假的权利转让给父亲后,准备休育儿假的父亲必须至少提前8周向其雇主发出休假意向通知,并应附有其配偶或伴侣同意将育儿假转让给父亲使用的声明。这意味着,父亲只享有“衍生性”的育儿假请求权。

欧盟法院审理的司法案例也清楚表明,性别差异模式的育儿假立法对男性存在较严

〔6〕 费孝通著:《生育制度》,商务印书馆2008年版,第50页。

〔7〕 See Wendy Williams, Equality's Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment - Special Treatment Debate, 13 *New York University Review of Law and Social Change* 325, 344-345 (1984).

〔8〕 See Talia Saypoff, Breeding Incentives: Parental Leave in Japan and the United States, 23 *Hastings Women's Law Journal* 275, 277 (2012).

〔9〕 参见林倬如:《谈日本育儿长照休业给付金制度及其法制动向》,我国台湾地区《万国法律》第222期,2018年12月,第105-106页。

〔10〕 See Samantha Odyneic, We Are Family - Examining Parental Leave and Non-Normative Parents in the United States, 4 *DePaul Journal of Women, Gender and the Law* 34, 37 (2015).

重的隔离。在 1984 年的一起案件中,^[11]原告为了照顾其刚出生 8 周的孩子,使孩子的母亲可以回到工作岗位教书,向雇主提出(无薪)育儿假申请,并向保险公司请求给付育儿假津贴。这一请求遭到拒绝,理由是法律规定只有母亲可以请休育儿假。德国政府表示这一规定是德国母性保护政策的一环,考虑到大多数女性在生产 8 周后的生理状态仍然需要保护而给予母亲在产后得请休育儿假之权利。这一规定的主要目的是为了避免母亲承受母职与工作的双重压力,以使母亲可以在没有工作负担的情况下全力照顾小孩。欧盟法院同意德国政府,认为女性产后应当以照顾小孩为优先,当工作与家庭有冲突时,应使母亲免于工作的束缚以更好地照顾小孩,父母共同分担照顾小孩与工作压力的规则可以不予考量。在 2015 年的一起案件中,^[12]一名男性法官被希腊当局拒绝休育儿假。根据希腊 1996 年制定的育儿假相关法律,女性公务员可以直接请休带薪育儿假,而男性公务则有诸多限制,即如果其妻子没有就业或没有从事其他专业工作,其只能在妻子重病或重伤无法照顾小孩时申请育儿假。由于原告的妻子没有工作,也没有出现无法照顾小孩的客观情况,原告育儿假的申请被驳回。与早期的判决不同,欧盟法院认为希腊法律所规定的育儿假构成了对男性的直接歧视,因为作为父母的事实就足以使其有资格享有育儿假。

(三) 性别差异模式的反思

基于男性与女性在怀孕、生育和哺乳等生理上的差异,域外早期的育儿假立法主要将女性作为权利主体,相反男性并不享有权利主体地位。假设母亲天然应当是育儿责任的承担者表明:无论其个人追求为何,母亲都应当将母职工作视为首要责任,父亲、其他家庭成员等其他主体,都不能替代母亲首要照顾者的地位。^[13]显然,这是一种天然的性别偏见,直接接受了传统的性别规范。这不仅直接强化了传统的性别角色,即母亲是最佳照顾者、父亲是次级照顾者的传统观念,也进一步固化了以男性规范为中心的生活模式,即重视男性的养家行为,贬低女性的无偿家务行为。

事实上,鼓励母亲休育儿假对女性劳动者职业的负面影响是众所周知的,并有充分的记录。研究表明,对于女性劳动者来说,选择休育儿假常常意味着放弃获得更赚钱的职业或收入流。^[14]尽管留在家里的母亲通常都会非常珍惜全职照顾孩子的机会,但一个现实而残酷的问题是,离开工作岗位往往不仅意味失去工资报酬,以及在回到原工作岗位后很长一段时期内职业机会的限制,还意味着未来养老保险待遇水平的大大减少。因此,鼓励母亲专享育儿假最严重的问题可能在于:“它会将女性带出公共领域,带回私人领域,它使女性无法外出工作。即使她最终回到了工作岗位,也可能使她在工作中的机会受到限制。”^[15]

[11] See Hofmann v. Barmer Ersatzkasse [1984] ECR 3047.

[12] See Konstantinos Maistrellis v. Ypourgos Dikaiosynsis [2015] IRLR 944.

[13] 参见金舒衡:《社会福利和母职赋权——基于 OECD 国家的福利模式分类研究》,《社会保障评论》2018 年第 3 期,第 101 页。

[14] 参见[美]乔治·马格纳斯著:《人口老龄化时代:人口正如何改变全球经济和我们的世界》,余方译,经济科学出版社 2012 年版,第 15 页。

[15] [英]塔比·杰克逊·吉、弗雷亚·罗斯著:《女性主义有什么用?》,吴庆宏译,译林出版社 2021 年版,第 118 页。

二 域外育儿假立法的性别中立模式及其反思

(一) 性别中立模式的生成逻辑

随着 20 世纪 70 年代女权主义的兴起以及第三产业的发展,越来越多女性加入了劳动力市场。在这样的背景下,人们逐渐清楚地认识到,为母亲提供“特殊待遇”的育儿假将使女性主要负责照顾孩子的期望具体化,并更加普遍地刺激雇主对女性劳动者的就业歧视。因此,重新平衡男性与女性之间的育儿责任对于减少工作场所中的性别不平等至关重要。越来越多的国家逐渐意识到在育儿假中延续母性主导的立法理念不仅会产生“母职惩罚”效应,^[16]而且不利于促进儿童发展。除了母乳喂养只能由母亲完成外,父亲同样有能力照顾孩子。父母和孩子之间的密切接触最符合孩子的利益,特别是在孩子的婴儿期和早期,这种接触可以促进社会性育儿责任的分担,并可以从小培养孩子的意识,即不仅只有母亲在承担家庭照顾任务,父亲也同样在做这些事情。相反,如果在孩子早期只有母亲一方与其亲密接触,不利于保障儿童的福祉。因此,育儿责任不能由母亲单独负担,“有了个母亲还得有个父亲”。^[17] 为父母设置平等的育儿假的权利,对于婴儿的出生和成长健康有着积极的影响。在这样的认识基础上,域外各国开始改变预设的性别规范,在立法中设置了父母均可平等享有的育儿假,即共享育儿假(shared parental leave)。由此,享有育儿假的权利主体逐渐从女性扩展到了男性。

(二) 性别中立模式的立法与实践

瑞典是全球第一个为父母双方提供平等的带薪育儿假的国家。1972 年,瑞典成立了男女平等咨询委员会,其目标就是:改变女性的照顾状况,为女性提供更多的有酬就业机会,并让男性承担更多的照顾责任。1974 年,瑞典议会以育儿假计划取代了产假福利,明确允许父亲在孩子出生或领养后享受带薪假期。这是历史上首次立法明确男性可以休带薪育儿假,即承认职业男性也是孩子的主要照顾者。^[18]

1992 年,日本制定《儿童和家庭照顾休假法》(*The Child Care and Family Care Leave Law*),其立法目的在于扭转出生率下降的趋势,创造一个男女都能继续工作,同时照顾孩子和家庭成员的社会。根据这一法律,劳动者(无论男女)均可休育儿假,直到孩子年满 12 个月。在特殊情况下,如果没有儿童保育中心,或者出现父母一方受伤、生病、死亡等情况,可以休 18 个月。^[19]

1993 年美国国会通过了《家庭医疗休假法》(*Family Medical Leave Act*),该法要求员

[16] See Catherine G. Meier, Protecting Parental Leave: A Fundamental Rights Model, 33 *Willamette Law Review* 177, 198 (1997).

[17] 费孝通著:《生育制度》,商务印书馆 2008 年版,第 68 页。

[18] See Malory Campbell, Family Leave: Comparing the United States' Family and Medical Leave Act with Sweden's Parental Leave Policy, 9 *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* 116, 135 (2019).

[19] See Kristina T. Geraghty, Taming the Paper Tiger: A Comparative Approach to Reforming Japanese Gender Equality Laws, 41 *Cornell International Law Journal* 503, 514 (2008).

工超过 50 人的公司均应允许 12 周的无薪育儿假,并且在员工返回后,公司必须为其提供相同或同等的工作及同等的就业福利和工资。^[20] 照顾新生儿不限于婚生子女,新生儿父母是否结婚、该子女是否亲生等均不是重点,而是以有无事实照顾关系为关键。美国育儿假立法作为典型的性别中立模式,不仅在权利主体上不限定性别,而且近年来在美国最高法院 *United States v. Windsor* 案宣告《婚姻法案》(*Marriage Act*) 第三节违宪后,开始启动修正同性恋劳动者育儿假的相关规范,以有利于同性恋劳动者请领育婴假。

为促进父母双方兼顾工作和家庭生活以及男女平等就业,2010 年欧盟出台了《育儿假指令》(*Parental Leave Directive*),其中规定了育儿假的最低标准:父母双方都享有休 4 个月育儿假的权利,孩子出生即可行使此项权利,直到孩子年满 8 岁。^[21] 2014 年英国制定的《儿童和家庭法》(*The Children and Families Act*) 在 117 条引入了共享育儿假的权利,相关权利的详细行使规则被规定在同年出台的《儿童和家庭条例》(*The Shared Parental Leave Regulations*) 中。^[22] 依据英国的法律规定,共享育儿假的一个关键目标是让有工作的父母合理分担照顾子女的责任。

(三) 性别中立模式的反思

从以上立法实践来看,大多数国家在这一阶段是将育儿假作为家庭共享权利提供的,而不是作为不可转让的个人权利提供的:父母双方都有权休育儿假,假期的分配主要由他们自行决定,以在法律上允许通过自行选择家庭照料来促进父母之间的性别平等。然而,与将育儿假单独配给母亲的性别差异模式相比,共享育儿假的实质是,在育儿假条款中贴上性别中立的标签,象征性地承认了父亲的照顾角色。这一简单的性别中立的做法,容易掩盖男性与女性之间的结构性社会差异,因为它仍然是以男性规范作为男女平等的参照点:共享育儿假比较了女性与男性的相同之处,鼓励女性从私人领域走向公共领域,通过积极参加工作来适应劳动力市场,而不是比较男性与女性的相同之处,鼓励男性从公共领域走向私人领域。质言之,共享育儿假通过促进女性参与劳动力市场来让女性更像男性,而不是通过鼓励男性参与无报酬的家庭照顾来让男性更像女性。^[23]

事实上,当男性和女性在社会上形成根深蒂固的差异性行为模式时,性别中立的解决方案可能会产生性别扭曲的结果。尽管形式上的性别平等消除了父亲休育儿假的直接障碍,但它不会改变社会文化规范,而社会文化规范的作用是再现性别分工。为人父母仍然是一个高度性别化的概念,共享育儿假并未挑战和改变社会文化对母亲与父亲的不同期待。因此,实践表明即使男性同样平等地享有休育儿假的权利,也不会显著增加男性对育儿假的利用率。社会上仍然主要是母亲在休育儿假,父亲休育儿假的比率非常低。据统

[20] See Talia Saypoff, *Breeding Incentives: Parental Leave in Japan and the United States*, 23 *Hastings Women's Law Journal* 275, 283 (2012).

[21] See Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 Implementing the Revised Framework Agreement on Parental Leave Concluded by Business Europe, UEAPME, CEEP and ETUC and Repealing Directive 96/34/EC.

[22] See Gemma Mitchell, *Encouraging Fathers to Care: The Children and Families Act 2014 and Shared Parental Leave*, 44 *Industrial Law Journal* 123, 123 (2015).

[23] See Memmi Matero, *Breadwinners and Primary Caregivers? A Feminist Critique of Gender Equality in the EU Law Parental Leave Framework*, 24 *Trinity College Law Review* 69, 74-75 (2021).

计,1999-2005年间,德国18-45岁、家中有三岁以下子女的父亲,申请育儿假者不到1%,母亲则有36-41%申请育儿假,平均使用时间是父亲的75倍。^[24] 根据2018年的一项数据显示,欧盟国家平均而言只有10%的父亲使用了育儿假。^[25] 这些数据基本上等于宣布,不分性别、父母共享的育儿假对于平衡母亲承担的不相称的无薪资报酬工作负担几乎没有什么作用,共享育儿假原本预设的目的难以得到真正实现。

三 域外育儿假立法的性别再造模式及其反思

(一) 性别再造模式的生成逻辑

在推行父母共享的育儿假阶段,人们逐渐发现:当代的社会虽然开始接受女性的养家者身份,男性角色也开始纳入照顾的元素,但如同就业职场中对女性的升迁存在玻璃天花板现象一样,在育儿领域中,男性的参与也有个无形的玻璃天花板,即使可以接受男女各自纳入不同的角色期待,但最初的角色规范仍存在,女性的工作薪资仍多被视为补充性质,就如同男性照顾被视为一种备选方案。^[26] 如果说女性受到性别刻板印象的困扰,不得不待在家里,那么男性也会受到刻板印象的影响,不得被办公室所束缚。^[27] 为打破男性育儿的玻璃天花板,实质地改变传统的性别规范,域外开始采取“性别再造”的立法模式,即在立法中为男性设置专属的、不可转让的育儿假,并综合采取多种措施激励男性休育儿假,以此塑造将儿童照顾视为男性的一项优先职责的社会理念。

近年来,为父亲提供不可转让的育儿假一直是域外国家和地区育儿假立法的一个突出特点。实践表明,引入父亲个人不可转让的、有较高薪资待遇的、休假方式灵活的、有解雇保护的育儿假将极大增加父亲利用育儿假的比例,从而有效地颠覆传统的性别秩序、打破男性育儿的玻璃天花板。详言之,域外国家大力推行父亲育儿假措施的动力与逻辑在于:一是鼓励父亲长期参与家务照料和育儿事务,挑战男性养家者的刻板印象,为父亲提供主要照顾者的角色。二是鼓励男性更多分担育儿责任,使女性能够摆脱主要照顾者的角色,进入或回到有报酬的工作岗位,从而更好地平衡家庭和职业生活。瑞典相关数据显示当父亲休育儿假时,女性每个月的收入增加了7%。^[28] 三是提升女性就业率的同时促进生育率。在积极推行性别再造模式的国家中,丹麦、瑞典和芬兰15-64岁母亲的就业率分别为82%、77.5%、73.6%,远高于经合组织(OECD)的平均水平。并且与常识相反,经合组织国家女性的就业率和生育率之间呈正相关的关系:女性就业率高的国家如斯堪

[24] 参见陈宜倩:《迈向一个积极对男性倡议的女性主义取径?以台湾“性别工作平等法”育婴假之理论与实务为例》,我国台湾地区《女学学志:妇女与性别研究》第36期,2015年6月,第29页。

[25] See Memmi Matero, Breadwinners and Primary Caregivers? A Feminist Critique of Gender Equality in the EU Law Parental Leave Framework, 24 *Trinity College Law Review* 69, 83 (2021).

[26] 参见李庭欣、王舒芸:《“善爸”甘休?“育爸”不能?与照顾若即若离的育婴假爸爸》,我国台湾地区《台大社会学刊》第28期,2013年12月,第121页。

[27] 参见[英]塔比·杰克逊·吉·弗雷亚·罗斯著:《女性主义有什么用?》,吴庆宏译,译林出版社2021年版,第121页。

[28] See Joy Guo, What is the Best Paid Parental Leave Arrangement to Promote Gender-Balanced Caregiving in the Home, and Gender Equality in the Workplace in New Zealand, 1 *New Zealand Women's Law Journal* 65, 75 (2017).

的纳维亚诸国,生育率也越高;女性就业率越低的国家如意大利,生育率也越低。^[29] 四是鼓励男性更早参与育儿活动,如洗澡、喂食、换衣服和孩子们娱乐,这有利于孩子的健康成长,促进孩子的安全感和依赖感。

(二) 性别再造模式的立法与实践

在性别再造模式下,父亲休假的权利不能在家庭内转让:如果父亲不使用育儿假,它将被没收。例如,2007 年德国修订了与育儿假相关的法律规范,要求如果符合条件的父亲不利用两个月的育儿假,他们将失去这一权利。这项政策在德国实施 6 年后,德国父亲休育儿假的比例呈现显著增长,从 3.3% 增至 27.8%。^[30] 冰岛政府在这一方面走得更远,为父母提供总共 9 个月的育儿假,这 9 个月的育儿假被划分为三段:父母各自享有 3 个月,剩下的 3 个月根据父母的意愿自行分配。引入不可转让的个人育儿假权利对冰岛父亲的休假产生了深远的影响,2009 年冰岛 96% 的父亲平均休了 99 天育儿假,这比育儿假的总时间还多了 9 天。^[31] 一份国际调查报告总结认为:如果休育儿假只是一项父母共享的权利,那么父亲对这个假期的使用率非常低(如捷克共和国、芬兰、波兰和奥地利);如果育儿假既是个人专享的不可转让的权利,又有相对优厚的报酬,那么父亲的使用率则会较高(如北欧国家)。^[32] 2019 年 6 月 13 日,欧洲会议和理事会通过了《父母和看护者工作与生活的平衡指令》(*Work-life Balance for Parents and Carers Directive*),要求欧盟所有成员国鼓励男性申请育儿假的设计,规定至少两个月不可转让的育儿假;劳动者在小孩 8 岁以前应有要求弹性工作安排的权力,例如远距离工作、弹性工作时间、减少工时等调整工作时间的机制以符合照顾需求。^[33]

尽管个人专属权利是影响父亲使用育儿假的关键因素,但较高的薪资待遇、财源筹措、方式的灵活性和解雇保护等因素也同样至关重要。因此,域外育儿假立法的性别再造模式除了专门为父亲设置育儿假外,还特别注重从其他因素来激励男性休育儿假,逐渐形成了一套较为完整的规范体系。

第一,在休假期间的工资替代方面,要鼓励父亲休育儿假,带薪假期尤其重要,因为这使得男性能够在不大幅度牺牲自己工资待遇的情况下休假。由于劳动力市场上普遍存在的性别工资差距,如果不为父亲休育儿假提供一定的替代薪资以保障休假者的经济安全,这将成为父亲休育儿假的巨大障碍。例如在西班牙,由于休育儿假基本上是无薪的,使得只有不到 1% 的父亲使用这一权利;相反丹麦、瑞典和冰岛等北欧国家则有超过 90% 以上的父亲行使了育儿假权利,因为这些国家育儿假的工资替代率均超过了 80%。在荷兰,

[29] 参见金舒衡:《社会福利和母职赋权——基于 OECD 国家的福利模式分类研究》,《社会保障评论》2018 年第 3 期,第 108 - 109 页。

[30] See Emma O'Shea, Paid Parental Leave: Comparisons from Canada, Germany, and Sweden, 28 *Policy Perspectives* 1, 7 (2021).

[31] See Katharine Booth, Paternity and Parental Leave: Towards a New International Labour Standard, 32 *Hastings Women's Law Journal* 1, 22 (2021).

[32] See Isabella Buber-Ennsner, Childrearing in Austria: Work and Family Roles, 5 *Journal of Research in Gender Studies* 121, 137 (2015).

[33] See Art. 5 Para. 2, Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and Council of 20 June 2019 on Work-Life Balance for Parents and Carers and Repealing Council Directive 2010/18/EU.

公共部门中父亲育儿假的使用率几乎是私营部门的两倍,这是因为,公共部门育儿假休假期间的薪资替代率为之前收入的75%,而在私营部门仅为25%。^[34] 在美国,尽管1993年颁布的《家庭医疗休假法》规定的是无薪休育儿假,但截止到2021年3月,已有加利福尼亚州、科罗拉多州和马萨诸塞州等九个州颁布了立法,允许父母在全薪或部分薪资替代的情况下休育儿假。^[35] 以纽约州为例,相关立法从2020年1月1日开始正式实施,员工可以获得10周的育儿假,并在休假期间享有平均周工资60%的替代薪资。^[36]

第二,在财源筹措方面,如果休育儿假期间较高水平的替代薪资给付全部由雇主承担,会导致雇主的成本过高,使其对育儿假持消极态度,从而在劳动者申请育儿假时人为地设置种种障碍。从世界范围来看,大多数国家至少部分通过社会保障体系支付育儿假福利。2007年德国对育儿假法律制度进行修订,明确规定了育儿假期间的育儿津贴由联邦政府支出,而非雇主。^[37] 为避免雇主承受过重的财务压力,日本将休育儿假期间劳动者的工资减损视为失业风险,因而通过社会保险机制筹措财源,使父母在生育发生时享有失业保险给付。自1995年开始,日本在《雇佣保险法》(*Employment Insurance Law*)中规定了育儿休业给付。^[38] 同时为顾及制度公平,对于没有劳动关系的劳动者,社会保险也将其纳入保障对象,这类人的保费由政府通过财政予以补贴。

第三,在育儿假的灵活性方面,确保劳动者以灵活的方式休假可以有效鼓励男性休育儿假。这可以消除人们对休育儿假的担忧,即他们会因为休育儿假而与工作脱节,以及雇主对自己休此类假产生负面态度。一般而言,灵活的育儿假有四种形式:其一,父母选择在子女达到一定年龄之前休全部或部分育儿假的可能性;其二,在一段或几段较短时间内休假的可能性;其三,提供全日制和非全日制休假,即育儿假不一定是全假,可以是以半天上班、半天休假的方式进行;其四,休假时间越短福利待遇越高或休假时间越长福利待遇越低的可能性,例如挪威提供44周的育儿假,休假期间发放100%的津贴,或者提供56周的育儿假,休假期间发放80%的津贴;在塞尔维亚,父母可以在前26周领取100%的工资,在第27至30周内领取60%的工资,在第40至52周内领取30%的工资。^[39]

第四,在受解雇保护方面,最重要的是设置反报复条款。尽管父亲带薪休育儿假有诸多激励,但大量证据表明,由于雇主可能对休假者持负面态度,不少父亲不敢休育儿假。即使在可以以灵活方式休育儿假的情况下,雇主仍然会认为休育儿假者不如不休育儿假

[34] 数据显示,各国在育儿假的薪资替代率上差别非常大,例如在66个提供育儿假的国家中,有30个提供的是无薪育儿假,36个提供有薪资待遇的育儿假中,有18个国家提供的薪资待遇至少相当于员工先前收入的三分之二,而剩下的国家所提供的薪资待遇水平相对较低,如加拿大为先前收入的55%,俄罗斯为40%。See Katharine Booth, *Paternity and Parental Leave: Towards a New International Labour Standard*, 32 *Hastings Women's Law Journal* 1, 19 (2021).

[35] See Deborah A. Widiss, *Equalizing Parental Leave*, 105 *Minnesota Law Review* 2175, 2203 (2021).

[36] See Taylor Bleistein, *The United States' "Most Inclusive" Paid Parental Leave Policy Pales in Comparison to Foreign Countries Policies*, 41 *Women's Rights Law Reporter* 52, 61 (2019).

[37] 参见陈宜倩:《迈向一个积极对男性倡议的女性主义取径?以台湾“性别工作平等法”育婴假之理论与实务为例》,我国台湾地区《女学学志:妇女与性别研究》第36期,2015年6月,第30页。

[38] 参见[日]菊池馨实著:《社会保障法制的将来构想》,韩君玲译,商务印书馆,出版2018年版,第155页。

[39] See Katharine Booth, *Paternity and Parental Leave: Towards a New International Labour Standard*, 32 *Hastings Women's Law Journal* 1, 23 (2021).

者敬业。毕竟,流行的职场文化常常将休假等同于缺乏工作热情和忠诚。美国《家庭医疗休假法》在反雇主报复问题上有详细的规定:禁止雇主干涉、限制或拒绝行使法案规定的休假权利;禁止雇主因雇员或潜在雇员行使或试图行使休假权利而对其进行歧视或报复;禁止雇主解雇或以任何其他方式歧视反对、投诉或起诉法案下的非法行为,或为调查或诉讼提供信息的人。雇主存在这些行为的,将承担约谈和行政处罚等法律责任。^[40]

(三)性别再造模式的反思

在不平等问题的判断上,如何保证制度的公正性与有效性历来是一个难题。^[41]近年来学界对育儿假的研究辩论,在充分肯定性别再造模式对性别平等具有重要影响的基础上,逐渐揭示了两个被忽视的重要问题,即非典型家庭与非典型劳动者育儿的问题。

其一,性别再造模式在实现两性平等方面每向前迈进一步,都会在一定程度上扩大非典型家庭(如单亲家庭、祖父母家庭、同性家庭等)与典型双亲家庭的育儿差距。换言之,性别规范视角下的育儿假立法旨在解决典型双亲家庭内部的性别不平等,鼓励男性与女性分担家庭育儿责任,然而这一目的却会对单亲家庭产生不利影响。^[42]如果一名女性在分娩时已婚,那么孩子基本上就有两个照顾者,他们通常会分担照顾责任;相反,如果一名女性在分娩时未婚或者离异,那么孩子基本上就只有一个照顾者。性别再造模式下的育儿假更多注重激励男性休假,这意味着双亲家庭将有资格获得比单亲家庭多一倍的假期和福利。尽管负有照顾义务的最大群体可能仍然属于双亲家庭,但不可否认,单亲家庭等非典型家庭的数量正在逐渐增加。因此,在促进性别平等的同时,如何保障非典型家庭对育儿假的可及性成为越来越重要的议题。

其二,性别再造模式中一项重要的激励措施是在休假期间提供较高的薪资待遇,然而为了减轻雇主的用工成本,许多国家的育儿假津贴的供给途径是社会保险,强调事先缴费与待遇给付的平衡,因而工时、工资、年资等条件经常会纳入给付条件中。这种以标准、全时且持续的典型就业形态为前提假设的社会保险财源模式,显然会排斥大量从事非典型工作的劳动者,如兼职劳动者、自营业者、临时工等。加拿大就业保险所提供的育儿给付,其领取资格是过去 52 周必须积累 600 小时的被保险工作时数。^[43]这也就意味着,在获得带薪育儿假方面的最大受益者是具有稳定劳动关系的典型劳动者。相关数据显示,在美国 2012 年至 2019 年间,典型劳动者获得带薪育儿假的机会增加了 11%,而非典型劳动者只增加了 1%。^[44]当前各国普遍采取的性别再造模式,虽然旨在促进更多女性在职场上受到保障以及更多男性分担家庭照顾责任,但如果在制度设计上长期排斥非典型家庭

[40] See Natalie Bucciarelli Pedersen, *Is More Parental Leave Always Better: An Analysis of Potential Employee Protection for Leave Offered outside the FMLA*, 66 *Cleveland State Law Review* 341, 352-353 (2018).

[41] 参见丁晓东:《社会法概念反思:社会法的实用主义界定与核心命题》,《环球法律评论》2021 年第 3 期,第 93 页。

[42] See Chao-Ju Chen, *Equality for Whom? Nonmarital Inequality and the Paradox of Parental Leave*, <https://equality.jotwell.com/equality-for-whom-nonmarital-inequality-and-the-paradox-of-parental-leave/>, 最近访问时间 [2022-09-20]。

[43] See Emma O'Shea, *Paid Parental Leave: Comparisons from Canada, Germany, and Sweden*, 28 *Policy Perspectives* 1, 8 (2021).

[44] See Kate Miceli, *Life, Liberty, and the Pursuit of Paid Parental Leave: How the United States Has Disadvantaged Working Families*, 53 *University of Richmond Law Review* 33, 37-38 (2019).

和非典型劳动者，很可能会进一步加剧当前劳动力市场中已有的各种不平等。

四 域外育儿假立法的规律总结及其对我国的启示

（一）域外育儿假立法的规律总结

自育儿假产生以来，相关研究就一直围绕在最具争议的性别议题上，逐渐凸显的社会共识是法律制度的设计是影响家庭照顾性别化的重要因素。从域外育儿假立法的发展脉络中可以大致整理出三种性别规范的模式：第一种是性别差异模式，其由于将育儿假专门配给女性、排除男性育儿假的权利而复制、强化了传统的性别角色；第二种是性别中立模式，其虽然在形式上为男性提供了休育儿假的可能性，从而使得男性和女性均有平等的机会申请育儿假，但在实质上却没有激励男性使用，仍然没有翻转传统的性别秩序；第三种是性别再造模式，其突出特点在于设置了专属专用的“父亲配额”（father quota），即父亲专属的不可转让的育儿假。该模式在直面“母职惩罚”现象的基础上，充分发挥了法律的规范作用，即“法律在家庭意识的形塑与转型中扮演催生、协力、修正、对抗的角色，特别是透过种种法律的性别角色的规制，来规范特定性别角色的扮演；同时，也可以通过法律的改革力量来颠覆反转歧视性别角色与母职”。^[45] 从上文提及的域外国家的实践效果来看，性别差异模式和性别中立模式并未在实质上反转传统的性别角色，只有性别再造模式大幅提升了男性休育儿假的比例，并显著增加了女性的就业率。换言之，只有性别再造模式才能真正改变家庭内和劳动力市场上的观念障碍，实现更友好、更合理的性别规范秩序。

就第三种模式而言，可以用五个标准来衡量、检视育儿假措施能否达成实质性别平等之意旨：一是，权利主体是否专属于特定的生理性别。从育儿假立法的历史进程来看，其一开始是排除男性休育儿假的，随后逐渐出现了至少在形式上可以由父母双亲共享的育儿假。晚近以来，较为进步的设计是设置专属于父亲个人的不可转让的权利，例如“父亲月”；甚至为激励父亲休育儿假，出台诸多配套的立法措施。二是，薪资替代水准是否较为充分。有些育儿津贴给付低于贫穷线，有贬低照顾价值、强化对养家者财务依赖（男性养家模式）或福利依赖（单亲）的效果，因此丹麦、瑞典及芬兰等国家大幅提高所得替代率，目的即在于使照顾者能通过育儿津贴享有某种程度的财务独立性。三是，较为充分的薪资替代给付是否被合理分担。为避免企业因用工成本过高而招致反对，较为可行的是全部或部分由政府补贴，或者通过将育儿比照为失业而通过社会保险予以社会化。四是，休育儿假的时间和方式是否灵活。如果缺乏较为灵活的休假时间和方式，父亲休育儿假的可能性也大打折扣。五是，工作场所对父亲休育儿假的态度是否正向。如果父亲由于担心失业以及工作文化对休育儿假者不友善甚至敌意的态度，就会使其难以向雇主开口申请育儿假。

总而言之，域外家庭照顾责任分配由保护女性开始，到促进（形式）性别平等，提倡保

[45] 陈昭如：《“重组”家庭——从父系家庭到中性的新伙伴关系？》，载苏永钦主编《部门宪法》，我国台湾地区元照出版公司2006年版，第815页。

护母性与儿童的最佳利益,允许父母同时申请育儿假照顾儿童,随后以再造性别规范为考量,设置了提供较高经济诱因的专属于父亲配额的育儿假,鼓励父亲积极参见养儿育女与家务分工,这一强调实质性别平等的立法模式之演进趋势,值得我们仔细观察研究。与此同时,在推进性别平等的过程中,域外育儿假立法普遍采取的性别再造模式所忽视的非典型家庭问题与非典型劳动者问题也值得我们深思。

(二)域外经验对我国育儿假立法的启示意义

从域外经验来看,发达国家顺应社会发展趋势适时对生育假立法进行了改革创新,逐渐形成了相对成熟的制度体系并取得了一定的成效。长期以来,我国实际上并没有从儿童本位、父亲参与理念出发的育儿假,法律主要从女职工的保护出发,对生育孩子的女性给予带薪产假。^[46]为解决幼儿照顾和女性就业之间的冲突,延长产假和增设哺乳假成为我国不少地方的立法选择。^[47]目前,全国各地规定的女性产假范围是128-190天,大部分省市是158天,已远远超出了国家法定产假(98天)的时长。^[48]这种将育儿责任完全交由母亲的做法固化了传统性别秩序,加剧了工作场所中的“母职惩罚”。数据显示,近三年来我国生育高峰期(25-39岁)女性劳动参与率逐步提升(见表1)。然而,我国生育高峰期女性因料理家务而未能工作的比率远高于男性(见表2)。要想改变这一传统性别秩序,关键的一项举措是通过育儿假的制度设计来强调养儿育女不仅是女性的事情,也是男性的事情、国家的大事。

表1 2018-2020年我国生育高峰期女性的劳动参与率^[49]

年份/年龄段	25-29	30-34	35-39
2018	73.4%	67.8%	62.9%
2019	75.2%	69.0%	63.8%
2020	85.4%	80.2%	77.7%

表2 2019年我国城镇按年龄、性别分因料理家务未工作的比率构成^[50]

性别/年龄段	25-29	30-34	35-39
女	31.6%	45.3%	44.2%
男	1.6%	3.5%	3.6%

[46] 参见徐安琪、张亮:《父亲育儿假:国际经验的启示和借鉴》,《当代青年研究》2009年第3期,第13页。

[47] 参见周宝妹著:《女性劳动者权益法律保护:生理性别差异的承认与社会性别歧视的消除》,北京大学出版社2021年版,第173页。

[48] 在三孩政策背景下,如果我国女性一生中生育三个孩子,那么她们在最适合工作的年龄阶段需要休三次产假。如果每次产假的时长以158天计算,那么每个女性劳动者因生育三孩而减少的工作时间为474天,这往往会导导致她们在适龄工作期间所能提供的劳动给付大打折扣。

[49] 参见国家统计局人口和就业统计司、人力资源和社会保障部规划财务司编:《中国劳动统计年鉴-2018》,中国统计出版社2019年版,第67页;《中国劳动统计年鉴-2019》,中国统计出版社2019年版,第67页;《中国劳动统计年鉴-2020》,中国统计出版社2020年版,第67页。

[50] 参见《中国劳动统计年鉴-2019》,第107页。需要说明的是,《中国劳动统计年鉴-2020》并未统计相关数据,因此我国城镇按年龄、性别分因料理家务未工作比率的最新数据统计截至2019年。

虽然自 2021 年下半年以来,我国各地开始密集出台育儿假措施,但从各地的政策设计来看,育儿假的相关条文规定较为简单,主要侧重于权利主体、子女年龄及休假时间三个因素,并未明显形成规范性别秩序、促进性别平等的价值理念,具体的规则体系亦不够成熟完整。在今后较长的一个时期,我国将面临低生育水平徘徊不前和老龄化加速相互交织、相互影响的复杂局面,以性别平等促进育儿假在提高生育水平方面的效果尤为重要。^[51]为此,我国的决策者应当注意域外育儿假立法的性别再造模式的优势及相关前沿问题,以纠正我国育儿假措施的问题并克服其局限性。具体而言,域外的做法可以为我国育儿假立法之完善提供如下参考。

第一,提升育儿假的立法层级。2021 年 8 月 20 日修订后的《人口与计划生育法》明确提出“国家支持有条件的地方设立父母育儿假”,从而将育儿假的立法权授予地方人大或地方政府,因此目前育儿假的规定还只出现在地方立法中,尚未形成全国性的法定假期。这主要是因为育儿假问题在我国尚缺乏一致性的社会共识,授权给地方可以达到因地制宜的效果,可以较好地反应地方性和区域性需要,并能为将来全国性立法的制定提供一定参考。然而,这也会导致区域性的育儿假的不平等现象。从域外经验来看,大多数发达国家都在一开始便制定了范围更广泛和内容更全面的育儿假立法,并对全国性育儿假问题制定了统一的规则和标准。尽管并非立法层级越高,法律的实效就一定越好,但育儿假毕竟是社会立法中极其重要的事项,内容复杂,波及甚广。良法是善治之前提,提高立法层次不仅对于完善育儿假制度非常重要,而且对于促进性别平等和儿童权利保障,都甚有裨益。因此,有必要由国务院适时出台相关的法律规范,在全国范围内统一育儿假的适用主体、假期天数和待遇标准,为各地制定育儿假规定最低标准。

第二,更新育儿假的立法理念。立法理念的缺失,会直接影响立法的统一性、科学性和合理性,“头痛医头”、疲于应付的问题将会屡见不鲜。^[52]因此,在育儿假制度的建构中,应当密切关注法律规范所追求的价值目标。对比前述域外育儿假的理念及其演进,我国各地方育儿假的立法目的与立法理念,似乎更多的是为了配套支持三孩政策的实施,以至于有“催生剂”的嫌疑,并未形成足以改变“女性持家、男性养家”这一传统性别秩序的价值理念。我国有必要明确,育儿假的立法理念主要在于以集体的力量,通过制度化的措施协助一般家庭因应生儿育女带来的经济风险,不仅让母亲获得适当休养的机会,让父亲也能享受亲子情谊,并促进女性劳动者在工作职场中受到公平合理的对待,更使新生儿得到适当的生活照护。^[53]

第三,明确设置由父亲个人享有的不可转让的育儿假。“做得好不如嫁得好”“男做女工,一世无功”“男主外、女主内”等传统性别观念牢牢地附着在我国的社会结构和社会文化观念中,使得男性休育儿假必然会面临诸多阻力。即使是在瑞典这个性别相对平等

[51] 参见刘一中:《OECD 国家的家庭政策借鉴与我国的本土化考量》,《学术论坛》2021 年第 1 期,第 82 页。

[52] 参见张守文著:《分配危机与经济法规制》,北京大学出版社 2015 年版,第 251 页。

[53] 参见郝凤鸣:《从社会保障观点论育儿假相关法制之改革》,我国台湾地区《台湾本土法学杂志》第 89 期,2006 年 12 月,第 3 页。

的国家,父亲一开始休育儿假时也会被坊间讽刺为“天鹅绒爹爹”(Velvet Dads)。^[54]域外的经验表明,如果没有设置专属于父亲的育儿假,那么育儿责任仍然会不成比例地落在母亲身上,这不仅会严重损害儿童得到父母双亲照顾的权利,还会进一步强化就业性别歧视。从目前我国各地出台的育儿假政策来看,其更多是从形式性别平等层面规定父母均有权享有相同数量的育儿假,并未明确规定休育儿假也属于男性个人的不可转让的权利,因而采取的主要是性别中立模式。在这一立法模式中,虽然父亲在形式上享有休育儿假的权利,但实践表明父亲休育儿假的比例往往非常低。因此,我国宜尽早从性别中立模式转向性别再造模式,在育儿假中设置专属专用的“父亲配额”,如此不仅可以增加男性个人申请育儿假的意识,更重要的是可以形成男性休育儿假的社会共识。

第四,采取综合措施激励父亲休育儿假。为鼓励更多的父亲休育儿假,改变以男性规范为中心的社会性别秩序,成熟有效的育儿假立法还应当具有鲜明的经济报酬性、成本社会性、灵活性和解雇保护性的特征。目前,从各地的育儿假措施来看,相关的待遇标准基本上都是由用人单位按照休假者正常出勤应得的工资发给。例如,《上海市人口与计划生育假条例》第 31 条规定:“符合法律法规规定生育的夫妻,在其子女年满三周岁之前,双方每年可以享受育儿假各五天。育儿假期间的工资,按照本人正常出勤应得的工资发给。”可见,我国劳动者在育儿期间的替代薪资给付水准虽然较高,但基本上都是由用人单位承担,并未建立相应的社会化机制。为使父亲休育儿假在我国形成坚实的社会共识,应从如下方面完善机关制度。首先,相关法律政策应规定较为优厚的薪资替代水平。其次,可以借鉴日本的经验,将因育儿而中断就业的行为视为失业,进而通过社会保险制度将用人单位的用工成本社会化。再次,重视休育儿假的灵活性。虽然我国各地的育儿假立法均以“天/年”为单位规定育儿假时长,从而在一定程度上给予了劳动者休假的灵活性,但却并未明确劳动者对休育儿假的时长和方式享有自由决定之弹性。因此,应在立法上明确给予劳动者与雇主充分的协商空间,让有育儿假需求的国民可以根据自身实际情况进行协调。最后,为防止劳动者因休育儿假而受到不利待遇,有必要在立法上设置反用人单位报复条款。为此,可以参考美国的经验,在规定用人单位不可为行为的基础上,明确劳动者休完育儿假返回工作后,可以要求恢复到相同或同等岗位,并享有同等的工资和福利待遇。与此同时,应完善用人单位的法律责任,对于违反相关条款的用人单位,情节轻微的对其单位负责人约谈,情节严重的可以给予单位负责人和直接责任人行政处分。

第五,逐渐延长育儿假的时间。当前,我国各地的育儿假时间较短。以浙江省为例,2021 年 11 月 25 日浙江省出台的《人口与计划生育条例》第 22 条规定,女方在享受国家规定产假的基础上,生育一孩延长产假 60 天,总计 158 天;在女性休产假时,男性可以休 15 天的陪产假;在子女三周岁内,夫妻双方每年各享受十天育儿假。同时,浙江省《人口与计划生育条例》规定,在子女三周岁内,夫妻双方每年各享受十天育儿假。以此计算,浙江省劳动者因生育一孩而享受的休假时长的最大数值也未超过 7 个月(193 天,产假 +

[54] 天鹅绒乃当时男女皆宜的一种服装面料,“天鹅绒爹爹”喻意对缺乏“男人味”的男性的鄙视。参见胡玉坤:《从“天鹅绒爹爹”到“拿铁奶爸”:瑞典带薪陪产假的制度与观念变迁》,《社会科学论坛》2019 年第 5 期,第 191 页。

陪产假+父母育儿假),且其中男性的休假时间仅为25天,不足1个月。而从域外经验来看,美国的育儿假时间为10周,欧盟为8个月,冰岛为9个月,日本一般为12个月(特殊情况下为18个月),瑞典为16个月(480天)。此外,相关研究也表明,只有男性参与照顾子女达90天或更长的时间,才能有效改变子女照顾中的传统性别分工。^[55]因此,理想的育儿假时间应为6个月至12个月,且应当保证至少有3个月的假期专属于父亲。未来,我国应当适时逐渐延长父母的育儿假时长,尤其是父亲休育儿假的时间。

第六,除了男性与女性之间的性别不平等外,不同家庭类型之间的不平等以及不同身份劳动者之间的不平等前沿问题也应得到我国立法者的关注。鉴于我国育儿假立法尚在起步阶段,对这些问题的考量宜从长计议,在建构起核心规则的基础上逐渐调整请领育儿假的资格要件。在缩小不同家庭类型之间的不平等问题上,一种可能的思路是,在一定程度上增加非典型家庭休育儿假的时间和福利。在不同劳动者身份之间的不平等问题上,一种可能的思路是,允许自营业者、兼职劳动者和临时工等非典型劳动者获得一定的福利覆盖,通过国家财政补贴的方式激励这类群体加入相应的社会保险机制,以使得最弱勢的劳动者也能获得保障。

五、结语

长期来看,平衡家庭和工作的冲突将是我国女性面临的一项严峻挑战。如果这一问题未能得到实质解决,不仅会固化甚至加剧传统的性别规范,也会严重抑制处于生育高峰期的女性的生育意愿。显然,我国在育儿假政策方面还有很长的路要走。我国当前的育儿假政策仍然有诸多缺陷,并未顾及女性所面临的实质问题。尽管为父亲设置专属的育儿假、并通过各种措施激励其休假的模式得到了越来越多国家的大力支持,然而在我国如何确定育儿假的制度形态及如何执行等问题仍然需要学界的合力研究。理想的育儿假应当建立在实质性性别平等的意识之上,并能较好地保障非典型家庭和非典型劳动者等低收入人群的可及性。就近期而言,为避免育儿假规则形同虚设,有必要突破我国传统性别规范的限制,设置专属于父亲的育儿假,并采取综合措施有效激励父亲休育儿假,以使得父亲与母亲平等地参与整个育儿过程,如此才能在家庭内部树立更为平等的性别观念,才能以父亲专属的育儿假为杠杆,撬动和实现全社会更大范围的性别平等。就长期而言,应参考域外经验将育儿假期间的薪资报酬通过社会保险机制予以社会化,扩大请领育儿假的资格条件,通过适当增加政府财政补贴缩小育儿假中的各种不平等问题,同时彰显政府对每个照顾者生养照顾的劳动价值的重视与肯认。

[本文为作者主持的2021年度湖南省社会科学成果评审委员会课题自筹项目“性别与年龄交叉歧视的法律问题研究”(XSP22YBC025)的研究成果。]

[55] 参见王向贤:《社会政策如何构建父职?——对瑞典、美国和中国的比较》,《妇女研究论丛》2014年第2期,第51页。

[**Abstract**] Since the birth of parental leave, relevant researches in the international community have been focused on the most controversial gender issue, and the consensus that the design of the legal system is the key factor affecting the sexualization of family care has gradually emerged. From the development context of parental leave systems in other countries, we can roughly sort out three legislative models: (1) the gender difference model, which replicates and strengthens the traditional gender role by allocating parental leave only to women and excluding male parental leave right; (2) the gender neutrality model, which formally provides men with the possibility to take parental leave, so that men and women have equal opportunities to apply for parental leave, but in essence provides no incentive or pressure for men to use it, and therefore does not reverse the traditional gender order; (3) the gender reconstruction model, which is characterized by the establishment of an exclusive “father quota”, that is, the father’s exclusive non-transferable parental leave. In recent years, in order to achieve a more friendly and reasonable gender normative order, developed countries have gradually adopted the gender reconstruction mode of parental leave legislation. This mode uses five criteria to assess whether parental leave measures can achieve the purpose of substantive gender equality: first, whether the subjects of right are limited to a specific physiological gender; second, whether the salary substitution level is sufficient; third, whether the relatively sufficient salary replacement payment is reasonably shared; fourth, whether the time and method of taking parental leave are flexible; and fifth, whether the attitude of the workplace towards fathers taking parental leave is positive. Practice has shown that providing fathers with non-transferable parental leave with higher salary, flexible leave methods and dismissal protection and with the labor costs borne by society instead of the employer can increase the proportion of fathers using parental leave to a greater extent, and break the traditional gender norm of “men working outside home and women working at home”. Although local governments in various parts of China have begun to intensively introduce parental leave measures since the second half of 2021, the regulations on parental leave they have adopted are relatively simple, mainly focusing on three factors, namely rights subjects, children’s age and leave time, without clearly establishing the value concepts of regulating gender order and promoting gender equality. By refining, analyzing and reflecting on the basic laws of overseas parental leave legislation, China may adopt the following measures to improve its own parental leave legislation: enhancing the legislative level of the provisions on parental leave; upgrading the legislative concept of parental leave; clearly establishing the non-transferable parental leave enjoyed by the father; adopting comprehensive measures to encourage fathers to take parental leave; gradually extending the time of parental leave; and considering frontier issues such as inequalities between different family types and between workers with different identities.

(责任编辑:余佳楠)