

## 律师解读《北京市人口与计划生育条例》热点问题

# 企业和职工如何应对“全面二胎”新政?

□本报记者 屈斌

3月24日,北京市人大常委会作出《关于修改〈北京市人口与计划生育条例〉的决定》。这标志着国家全面开放二胎政策后,北京的相关细则在各方的关注下终于出炉。针对广大职工和用人单位广泛关注的生育假、婚假等待遇的变更,以及计划生育政策调整为全面二胎后相关规定的变化,我们邀请北京市安杰律师事务所律师刘正赫,就新的《北京市人口与计划生育条例》(简称“《条例》”)及关联法规进行详细解读。

### 1

根据本市的规定,女职工的生育假应该休几天?

**刘正赫:**女职工生育假包括产假、生育奖励假和可增加假期三部分。1、产假。《女职工劳动保护特别规定》关于产假的的规定为“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”,“女职工怀孕未满4个月流产的,享受15天产假;怀孕满4个月流产的,享受42天产假”。2、生育奖励假。按照《北京市人口与计划生育条例》的规定生育奖励假为30天,需要注意的是生育奖励假的享受条件发生变化,修正前的《条例》规定只有晚育女职工(24周岁以后生育)可享受奖励假;修正后的《条例》删除了此限制。3、可增加假期。《条例》第18条第2款规定,“女职工经所在机关、企业事业单位、社会团体和其他组织同意,可以再增加假期一至三个月”。从该条款表述看,我们认为可增加假期并非法律强制性要求,用人单位可根据实际情况决定是否同意休假。

综上所述,女职工正常生育的情况下,生育假为128天;如用人单位同意,可增加假期一至三个月。

附:已修改计生条例15省市生育假期一览表

省市	产假	陪产假/护理假	婚假
北京	128天-7个月	15天	10天
天津	128天	7天	3天
山东	158天	7天	3天
上海	128天	10天	10天
浙江	128天	15天	3天
安徽	158天	10天(异地20天)	3天
江西	158天	15天	3天
福建	158-180天	15天	15天
广东	128天	15天	3天
广西	148天	25天	3天
湖北	128天	15天	3天
山西	158天	15天	30天
宁夏	158天	25天	3天
四川	158天	20天	3天
辽宁	158天	15天	10天

局《关于调整本市职工生育保险政策有关问题的通知》第3条规定,“生育津贴按照职工所在用人单位缴费平均工资除以30天再乘以产假天数计发”。另外,按照《北京市企业生育保险规定》第15条的规定,“生育津贴低于本人工资标准的,差额部分由企业补足”。

对于《北京市人口与计划生

育条例》规定的经用人单位同意可增加的一至三个月,女职工享受何种待遇并无明确政策规定。我们理解,该假期并非法律强制性要求,生育保险基金应当不会支付生育津贴;用人单位可根据实际情况决定是否同意女职工休假,因此也可以与女职工协商确定休假期间的薪酬待遇。

假、生育奖励假期间存在以上情形,则不适用于《劳动合同法》第四十二条关于劳动合同解除保护的条款,我们认为用人单位有权单方解除劳动合同。

2、对于可增加的一至三个月假期,《北京市人口与计划生育条例》在第18条中单列一款进行规定,并未将其列为强制性产假,也未明确此假期期间用人单位是否可以解除劳动合同。我们倾向认为,女职工在此假期内不适用于《劳动合同法》第四十二条关于劳动合同解除保护条款的规定。

### 4

对于女职工配偶的陪产假天数及相关待遇,本市是如何规定的?

**刘正赫:**修正前的《条例》无配偶陪产假的的规定,陪产假不属于法定休假,用人单位可通过规章制度自行确定;修正后的《条例》规定配偶享有15天的陪产假。修改前的《条例》规定,如女职工不休30天奖励假,女职工配偶可休该奖励假。修正后的《条例》规定了女职工配偶的陪产假,因此以上规定被删除,并不再适用。对于女职工配偶陪产假的休假时间,《条例》并未明确规定。我们认

为,陪产假休假一般应在女职工产假期间,用人单位应当在规章制度中合理规定。

对于陪产假期间的工资支付,《条例》第18条第1款规定,用人单位“不得降低其工资、予以辞退、与其解除劳动或者聘用合同”。我们认为,陪产假工资并未列入生育保险基金支付的范围,用人单位应当按照职工正常出勤时的工资标准全额支付。在职工无过失的情况下用人单位不能单方解除劳动合同,但如职工出现前述《劳动合同法》第39条规定的情形,用人单位有权单方解除劳动合同。

### 5

对于婚假的天数,本市是如何规定的?

**刘正赫:**《条例》第16条规定:“依法办理结婚登记的夫妻,除享受国家规定的婚假外,增加假期七天。”依此规定,婚假总天数保持十天标准不变,但需要注意的是:修正后的《条例》删除了需晚婚(男年满25周岁、女年满23周岁初婚的)方能享受增加的七天婚假的规定,只要依法办理结婚登记的夫妻,均可享受十天婚假。根

据上述规定,非初婚职工也可以享受十天婚假。

对婚假的休假时间,法律未明确规定,我们建议用人单位应当在规章制度中合理规定婚假的休假时间,如可规定在办理婚姻登记之日起一年之内。对于婚假是否包括休息日及法定节假日,法律并未明确规定。我们认为,对于不含休息日及法定节假日的休假,法律一般应予以明确规定;法律无明确规定的情况下,婚假应当包含休息日及法定节假日。

### 6

对于落实全面二胎的政策,本市是如何规定的?

**刘正赫:**《北京市人口与计划生育条例》第17条第1款规定,“提倡一对夫妻生育两个子女。生育两个以内子女的,按照国家有关规定实行生育登记服务制度”。针对修订“二胎”外再生育的法定条件,《条例》第17条第2款规定,“符合下列情形之一的,夫妻双方可以要求再生育一个子女:(一)再婚夫妻婚前仅生育一个子女,婚后已生育一个子女的;(二)再婚

夫妻婚前生育两个以上子女,婚后未共同生育子女的;(三)夫妻共同生育两个子女,其中一个经指定医疗机构鉴定为非遗传性病残,不能成长为正常劳动力的”;第3款规定,“再婚夫妻按照本条第二款第(二)项规定共同生育的子女,经指定医疗机构鉴定为非遗传性病残,不能成长为正常劳动力的,可以要求再生育一个子女”。此外,修正后的《条例》删除了修正前《条例》中“允许生育第二个子女的,生育间隔不少于四年,或者女方年龄不低于二十八周岁”的规定,女职工可以自主安排生育时间。

### 7

针对违反计划生育规定的法律责任,新规是如何调整的?

**刘正赫:**修正后的《北京市人口与计划生育条例》删除了两条规定,即修正前《条例》第41条“育龄夫妻一方或者双方为外省市户口,违反规定生育的,夫妻本人及其子女的户口不予批准进京”;“对没有完成计划生育目标管理责任的机关、社会团体、企业事业单位,当年不得评为先进(文明)单位,并按照目标管理责任制的规定处理”。修正后的《条例》保留了以下规定,“机关、企业事业单位、社会团体、其他组织的职工违反本条例规定生育的,由其所在单位给予行政处分或者纪律处分;分娩的住院费和医药费自理,

产假期间停止其工资福利待遇;三年内不得被评为先进个人、不得提职,并取消一次调级”。从整体看,修正后的《条例》减轻了用人单位及职工个人计划生育方面的法律责任。

实务中,部分用人单位在规章制度中将职工违反生育政策列为职工严重违纪的情形之一,规定用人单位有权依此单方解除劳动合同。在司法实践中,因此发生解除劳动合同争议时,如用人单位的规章制度有明确规定,且制定程序合法并已向职工公示或者告知,劳动仲裁、人民法院一般会裁判用人单位解除合法。然而我们认为,鉴于法律对违反计划生育政策法律责任的导向已发生变化,因此用人单位应当对此类制度的合理性以及产生争议时的法律效力重新进行谨慎评估。

### 2

女职工休生育假应享受哪些法定待遇?

**刘正赫:**按照《北京市企业生育保险规定》的规定,对于参加生育保险的女职工,产假及生育奖励假期间,由生育保险基金支付生育津贴。现行生育津贴支付标准的政策依据为北京市人社

### 3

女职工休生育假期间,劳动关系应受到哪些保护?

**刘正赫:**按照《北京市人口与计划生育条例》第18条第1款规定,女职工休产假及生育奖励假期间,用人单位“不得降低其工资、予以辞退、与其解除劳动或者聘用合同”。

其中需特别注意的是:1、按照《劳动合同法》第三十九条的规定,劳动者有下列情形之一的,

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。如女职工在产