



北京市高等教育精品教材立项项目

人文素质教育系列教材

Gender and law

社会性别与法律

刘明辉 主 编

刘小楠 张荣丽 副主编

 高等教育出版社



北京市高等教育精品工程

人文素质教育系列教材

Gender and law

社会性别与法律

Shehui Xingbie yu Falü

刘明辉 主 编

刘小楠 张荣丽 副主编



高等教育出版社·北京
HIGHER EDUCATION PRESS BEIJING

主编、副主编简介

刘明辉,女,北京师范大学文学学士、中国政法大学法学硕士、瑞典斯德哥尔摩法学院研修生。现任中华女子学院法学院教授、兼任中国法学会劳动法学研究会、社会法学研究会理事,北京市劳动和社会保障法学会常务理事,北京市道融律师事务所兼职律师。中华女子学院法学学科带头人,开设经济法原理、劳动与社会保障法等课程。曾参与《就业促进法》等多部立法活动,担任多家电视台和网站论坛嘉宾。主要研究社会性别与法律,主持国家社科基金、省部级课题,参与联合国妇女署等国际研究项目。出版专著《女性劳动和社会保险权利研究》和《法律文书范例及应试技巧》(第五版);发表论文八十余篇,获奖十余次。

刘小楠,女,中国政法大学宪政研究所负责人、副教授,吉林大学法学博士、北京师范大学教育学博士后;曾在美国哥伦比亚大学访问学习,并获耶鲁大学法学硕士学位。曾到过美国、加拿大、德国、瑞士、挪威、芬兰、韩国等国以及我国香港特别行政区和台湾地区考察性别平等及反歧视等方面问题。主要从事理论法学、反歧视及性别等方面研究。曾主持、参与多项国家级、省部级课题及国际研究项目,主编《反就业歧视法专家建议稿及海外经验》、《追问政府的钱袋子——中国公共预算改革的理论与实践》等多部著作,发表学术论文四十余篇。

张荣丽,女,中华女子学院法学院副教授,中国人民大学(分校)经济学学士、中国政法大学法学硕士。长期从事刑事诉讼法、弱势群体权益法律保障等方面教学、科研工作。曾主持和参与《北京市青年发展促进条例》、《家庭暴力防治法》的立法调研、起草部

分内容以及必要性论证等工作。主编和撰写《诊所法律教育教学案例》、《妇女权益保护——案例与评析》等教材,发表《性犯罪案件中被害人的精神损害赔偿研究》、《遏制性骚扰的法律对策研究》等论文二十余篇。

序

“社会性别”是从国外引进的一个概念和认知-表述方法。

1860年后,国门被迫从外部打开,社会结构逐渐发生变化,女权主义的影响也随之进入中国。受其影响,一部分女性的主体意识开始萌生。与此同时,当局者的意识也在改变——拖着辫子的男人设立了“女生留学酌补官费”等制度。究其根源,既有价值理念的变化,也不排除其具有改变占人口数量一半的女性地位并使“执业之人可增一倍,土产物宜亦增一倍,各处税收亦增一倍”的设想。于是一时间,中国的女权主义运动成为世界女权主义运动的组成部分,而争权利、重践行,则成为女权运动的核心。其后,妇女运动成为革命的一部分。1924年,国民党和共产党都认为“革命是妇女的唯一出路”。1931年,国共两党在各自的立宪活动中,同时将男女“在法律上一律平等”写入宪法性文件。在此后的一个较长时期内,中国重又封闭,于计划经济体制之下形成了“无性”的时代,亦即“男女都一样”。再后,随着20世纪70年代至80年代的改革开放,女性的主体意识再度萌生。1987年,在大学和研究机构中出现了颇具势头的、独立的女性研究,随后其关注点与工作渐入农村、劳工等领域;在国家层面,1980年签署《消除对妇女一切形式歧视公约》,1995年第四届世界妇女大会在中国召开,男女平等被确立为基本国策。中国接受了“应使社会性别进入决策主流”的主张,在中国向国际社会提供的一系列国家报告中,可见其发展的脉络,但仍有诸多问题须予以改进。

社会性别这一概念具有丰富的内涵——它在认定平等价值目标的同时,强调了不同性别的体验、感知和所追寻目标及检定标准的多样性。为此,应当认可女性参与经济、社会、文化和政治生活

时具有自主的、多样的选择权利；认可女性参与公共事务、国家事务和国际事务决策实乃法治和善治理念中应有之义——即使假设存在男性绝对公正，绝对替女性着想，仍无法替代女性的参与或者可以代表女性，因为男性不可能有女性的感受和诉愿。社会性别对于人类文明史中与男权社会有关性别的基础认知是具有颠覆性的，它提供了一种解构的方法，否认“客观中立”的存在，从而为我们的认知提供了过去所没有的新视角。

中国虽有历史久远的“约法三章”，至今可见的、完整的、由唐至清的律令文本，以及浩如烟海的相关古籍文献，但现代法律的概念、体系及其基本运作规程，仍是从外部引进的。在百余年前世纪交替之际，先贤志士为修律制宪呼号奔走，筚路蓝缕，跌宕起伏，至20世纪末，方始确立了中国法治国家的发展方向。此前，研究者曾考察和辨析“以规范为基本范畴的法律”和“以权利为基本范畴的法律”之别以及“法制”与“法治”之别；此后，经中国共产党建议，“建设社会主义法治国家”和“保障人权”先后入宪。而由此构建和规制的基本原则应当是：人的基本权利是立法所不能剥夺的；一切法律上的决定均须遵循预设的程序而做出，非经正当过程做出的决定是无效的；一切法律上的纷争最终可获独立的和中立的司法机关的裁判。中国走向法治的道路尚远，一切向往法治的人们仍须努力。

讲到中国，必然要面对一个对不同文明的比较评价和对中国特色（特殊发展道路）的理解问题。其实，历史上的不同文明都有其辉煌的一面，也难免有不光彩处。人们大可不必遇逆境、遭屈辱就怨天怨地怨祖宗，遇发展顺畅、得意之时就续家谱，供奉往圣神像。讲到中国特色，我们应当清醒地认识到中国与其他发达国家和一般发展中国家有所不同：当整体世界形成，中国像一般的后发国家那样被打开国门，开始自己的被现代化进程，而后又一度封闭且在封闭中形成了自己独特的制度文明。一般的发展中国家都没有中国所经历过的计划经济体制和城乡分治时期。因此，当中国

主动开放时，中国的发展不得不面对计划经济体制时期遗产的负面影响——这也就是“十七大”报告中提及的“影响发展的体制机制障碍依然存在，改革攻坚面临深层次矛盾和问题”。

在中国，无论社会性别或现代法律，都是历史发展到晚近时期从外部引进的。作为中国人，我们应当调整心态，提升品性，接续传承，积极面对开放的世界，积极地参与其中。在认知、解释和应对上，我们不应抱守几十年前形成的思维定式和行为规则去看待、去解释、去应对我们在封闭时期不得而知的事实和情景变化中产生的新事物，也不应悬浮半空，采用因至今仍无法深入而产生视差的“外部视角”去看待中国。我们只有脚踏实地面对中国的真问题，做出解释和回应，唯此，中国才有望走向发达，一个一个的中国人的生存质量才有望得到提升，一个一个的中国人基于自主选择 and 参与空间扩大而使满意度和幸福感增长的目标才有望实现。

面对社会性别和法律，我们应当认真地加以思考。男性一统天下的观念和社会规制固然不当，女性的感知和主张就应是“一律”的吗？谈到性别时，我们会不会想到在男性和女性当中都存在着性取向不同的那部分人？反对“家暴”的人，也一般地反对所有的暴力吗？为什么有女性法学家认可婚内强奸的事实而不认为是犯罪？对于《消除对妇女一切形式歧视公约》中的“生育权”，我们应当怎样看待和解释？应当怎样看待法律中的“军婚”保护？被边缘化人群中的女性也有权利保护的问题吗？在生计、就业和物权等方面，中国存在着发达国家和一般发展中国家都没有的问题，如农村女性与土地相关联的权利问题，农村女性外出谋生中的问题，职场中女性（特别是工厂流水线上的女工）的基本权益（如与安全生产、化工物质和重金属污染、噪声污染、强迫劳动及休息等相关的权益）及女性的经期、孕期、产期、哺乳期保护以及相关劳动规制和社会保障的制度安排和执行问题，还有，看似简单却长期得不到解决的男女同龄退休问题。

权利是争取来的，而不是由谁赐予的。女性，作为人，应当成

为法律保护的权利主体而非被保护的客体。社会性别与法律都是人类文明数千年发展至今积淀的精华,是属于全人类的,但不同的人群、区域、国家,又有不同的问题,需要具体的解决问题的办法,需要为解决问题而做出在法治框架和善治理念下的行动。

李 楯

2011年6月17日

前 言

1995年联合国第四次世界妇女大会在京召开以来,社会性别主流化的呼声日渐高涨。

为了培养社会性别主流化急需的人才,2007年,本书主编首开“性别与法律”课程,之后刘小楠等教师相继开设此类课程,意在逐步探索在法学教育领域引入社会性别理论的途径。为满足更多法学院本科生的需求,促进“性别与法律”课程的普及并保证教学质量,我们着手编写《社会性别与法律》课程教材,作为法学和社会学跨学科建设的一个重要科目。

本书的15位作者分别来自国务院妇儿工委、北京大学、中国政法大学、扬州大学、西南政法大学、中华女子学院和中国应用法学研究所等机关、院校和科研机构。其专业背景涉及法学、社会学、教育学、心理学和管理学等学科。得益于此,本书融合跨学科知识,实现了前瞻性、系统化的理论与丰富而典型的实务经验的有机结合。作者摆脱传统教材的窠臼,通过社会性别分析方法,审视传统法学理论、法律制度和司法实务中的性别盲点,引导读者反思传统法律体系和实务中的性别歧视现象并思考和探究解决的办法。

作为国内第一本用于法学院本科生的选修课程教材,我们借鉴国外教科书的结构,设计了引导环节。在每一章开头,简介教学目的和主要内容,选取若干相关的社会热点问题导入课堂教学,设置自测题,激发学习兴趣,引导学生带着问题找答案。之后讲解涉及社会性别与法律领域的主要知识点,包括相关定义、认知误区、学术争议和国内外发展趋势等知识,使学生了解相关理论和知识并在此基础上进行理论联系实际的学习。为方便有兴趣的学生扩

展相关内容的知识面和理论深度,本书提供了延伸阅读、资料摘录及其索引。在每章末尾布置下节课的作业或思考题。

本书共十六章,分总论和分论两大部分。总论提供全书的分析视角、方法和理论框架;分论是对总论中基本理论的应用,用社会性别视角来分析传统的立法、司法、执法、法学研究和法律教育,旨在创建保障和促进性别平等的法律体系。为了醒目,在分论各章的标题中省略了“社会性别分析”,而直接表明该章节的核心内容。具体分工如下(以撰写章节先后为序):

佟新(北京大学社会学系博士生导师、教授):第一章。

唐芳(北京大学法学院在读博士、中华女子学院法学院讲师):第二章。

刘小楠:第三章和第十三章。

张立(国务院妇女儿童工作委员会办公室妇女工作处处长):第四章。

林建军(中华女子学院法学院教授、硕士生导师):第五章。

田瑶(中国政法大学副教授、硕士生导师):第六章。

周应江(中华女子学院法学院教授、硕士生导师):第七章。

陈敏(中国应用法学研究所副研究员):第八章。

张荣丽:第九章。

李秀华(扬州大学法学院教授、硕士生导师):第十章(部分)。

刘明辉:第十章(部分)、第十一章、第十二章(部分)和后记。

郭晓飞(中国政法大学法学院副教授):第十二章(部分)。

刘永廷(中华女子学院法学院讲师):第十四章。

刘春玲(中华女子学院法学院副教授):第十五章。

李雄(西南政法大学副教授):第十六章。

既由众多作者联手打造,我们的核心目的就是引领高校教师在各个部门法教学中渗透社会性别意识。正如亚利桑那州立大学校长迈克·克劳(Michael Crow)所言:“我们的使命就是大量培养

前 言

尽可能跨多学科的学生,使他们在所从事的任何领域内都有竞争力,更广义地说,把他们真正培养成为有批判能力的思考者和快速的学习者。”^①这是社会性别主流化的必由之路。

鉴于科研水平和编写经验有限,本书难免有不足之处,衷心期待读者给予批评、指正。

^① Innovating US higher education: Arizona State University's Michael Crow.

目 录

总 论

第一章 社会性别研究导论	3
第一节 社会性别和社会性别体制.....	4
一、性别的生物属性和社会属性.....	4
二、等级化的社会性别体制.....	5
三、社会性别研究面临的挑战.....	9
第二节 社会性别的分析方法.....	12
一、社会性别分析方法的理论基础.....	12
二、社会性别的研究方法.....	16
三、本土化的社会性别研究.....	19
第二章 社会性别视角下的法律	22
第一节 法律与社会性别的内在联系.....	23
一、法律在社会性别建构中的作用.....	23
二、社会性别视角提供了衡量法律规范公正性的新尺度.....	24
三、法律中性别平等的含义.....	26
第二节 性别平等法律的实现途径.....	27
一、在立法中构建社会性别影响评价制度.....	27
二、国家暂行特别措施.....	31
三、社会性别预算.....	35
第三章 致力于性别平等的女性主义法学	40
第一节 女性主义法学概论.....	41
一、女性主义法学的产生背景.....	41
二、女性主义法学的研究范围和对象.....	43

第二节 女性主义法学的主要流派	44
一、自由主义女性主义法学	44
二、文化女性主义法学	50
三、激进女性主义法学	57
四、后现代女性主义法学	63
第三节 女性主义法学对西方立法、司法的影响	71
一、在平等就业方面	74
二、在女性生育权方面	75
三、在性骚扰方面	76
分 论	
第四章 妇女的参政权	81
第一节 妇女参政概述	82
一、妇女参政的概念	82
二、女性赋权与性别平等参政指标	83
第二节 中外妇女参政状况	85
一、中国妇女参政现状	85
二、全球妇女参政现状	86
第三节 妇女参政的法律保障	91
一、通过宪法或法律来制定并实施“最低比例制”	91
二、通过政党来制定和实施“最低比例制”	92
三、对中外妇女参政比例差距的思考	93
第五章 生育权	99
第一节 生育权的概念、主体及性质	100
一、生育权的概念	100
二、生育权的主体	101
三、生育权的性质	101
第二节 对我国有关生育权法律规定的社会性别分析	104
一、我国有关生育权的现行法律规定	104

二、对我国相关法律规定的社会性别分析	105
第三节 生育权的内容	106
一、生育选择权	106
二、生育信息知情权	107
三、生育安全权	108
第四节 生育权的冲突及法律救济	109
一、生育权的冲突	109
二、生育权冲突的法律救济	110
第六章 夫妻财产权	114
第一节 夫妻财产权的一般理论	115
一、关于夫妻财产权的立法沿革	115
二、夫妻财产权的概念及类型	117
第二节 女方财产权实现中存在的主要问题	118
一、夫妻共同财产被单方赠与他人	118
二、男方在离婚时隐匿财产	120
三、剥夺丧偶妇女的继承权	121
第三节 对夫妻财产制法律规范的完善思考	123
一、对法定夫妻财产权的规范	123
二、对约定夫妻财产权的规范	127
三、对离婚阶段夫妻财产权的规范	128
第七章 农村妇女的土地权益	133
第一节 农村妇女土地权益现状分析	135
一、农村妇女依法可以享有的土地权益	135
二、农村妇女的土地权益需要通过村民自治机制而实现	136
三、农村妇女土地权益的落实状况	137
四、失地妇女的困境	140
第二节 农村妇女土地权益难以得到落实的原因分析	142
一、国家法律实体规范层面上的缺失	142
二、对村规民约等村民自治规范进行调适机制的缺失	147

三、传统习俗和文化对妇女实现土地权益的影响·····	150
第三节 完善保障农村妇女土地权益机制的探索与思考·····	153
一、关于成员身份界定问题·····	153
二、关于承包地调整、分割、补偿等问题·····	154
三、关于对村规民约等的纠错机制问题·····	157
第八章 家庭暴力 ·····	159
第一节 关于家庭暴力的理论·····	160
一、父权制根源·····	160
二、公/私二元划分·····	161
三、排除法则·····	162
四、受虐妇女综合征理论·····	163
第二节 家庭暴力基本知识·····	168
一、家庭暴力的概念·····	170
二、男人为什么殴打妻子·····	172
三、分手暴力是常见现象·····	173
四、加害人的类型和特征·····	174
五、受害人的行为模式·····	176
第三节 对相关法律的社会性别分析·····	180
一、对相关社会法的社会性别分析·····	180
二、对婚姻法及其司法解释的社会性别分析·····	181
三、对刑法相关规定及其适用的社会性别分析·····	185
第四节 关于家庭暴力的法律适用·····	190
一、裁判遵循的逻辑公式·····	190
二、裁判的思路·····	191
第九章 强奸 ·····	196
第一节 强奸罪定义中的“违背妇女意志”·····	197
一、“妇女意志”及其在认定强奸罪中的地位·····	197
二、妇女对个人意志的表达方式·····	201
三、认定“违背妇女意志”的思维模式·····	202

第二节 嫖宿幼女罪的存废问题	204
一、嫖宿幼女罪存在的缺陷	205
二、取消嫖宿幼女罪的建议	210
第三节 奸淫幼女罪与强奸罪的罪名分立问题	212
一、奸淫幼女罪与强奸罪的区别	212
二、奸淫幼女罪独立成罪的必要性	214
第四节 性犯罪被害人的精神损害赔偿问题	217
一、性犯罪被害人遭受损害的特征	217
二、被害人的精神损害赔偿问题	219
第五节 域外防治性侵害犯罪的相关立法简介	220
一、美国防治儿童性侵害的法律	221
二、我国台湾地区“性侵害犯罪防治法”	225
第十章 性骚扰	229
第一节 性骚扰的界定	230
一、性骚扰和职场性骚扰的概念	230
二、性骚扰的构成要件	233
三、对性骚扰的认知误区	234
第二节 性骚扰的分类	238
一、职场性骚扰的分类	238
二、公共场所性骚扰的分类	239
第三节 对性骚扰行为的社会性别分析	242
一、性骚扰行为的属性	243
二、对性骚扰不同定性的根源及后果	245
第四节 我国反性骚扰立法模式的选择	248
一、关于我国反性骚扰立法模式之争	248
二、《劳动法》规制工作场所性骚扰的法理基础	251
三、在侵权法中明确性骚扰的民事赔偿责任	257
第十一章 就业性别歧视	263
第一节 就业性别歧视的概念、分类和构成要件	263

一、就业性别歧视的概念和分类	263
二、就业性别歧视的构成要件	266
第二节 就业性别歧视的现象及其法律根源	270
一、就业性别歧视的现象	270
二、就业性别歧视现象严重的法律根源	272
第三节 建构消除就业性别歧视的法律体系	289
一、单性别保护立法模式遭质疑	290
二、暂行特别措施不可或缺	290
三、设置有效的预防和制止就业性别歧视的机制	291
四、充分发挥相关司法解释和判例指导的作用	295
第十二章 性倾向歧视	298
第一节 性倾向歧视与恐同现象	298
一、性倾向歧视的概念	298
二、恐同心态及其影响	300
第二节 同性恋的罪与非罪	302
一、中国的“鸡奸”和西方的“反自然性行为”	302
二、国外同性恋非罪化的历程与中国废除“流氓罪”的意义	305
第三节 性倾向歧视与性别歧视的关系及立法进路	309
一、性倾向歧视与性别歧视的关系	309
二、性倾向歧视的立法进路	310
第四节 性倾向平等的诉求	315
一、平等的表达自由权	315
二、同性婚姻合法化	316
三、其他平等权	319
第十三章 性别视角下的法学教育和法律职业	324
第一节 女性进入法学教育、法律职业的历史	325
一、女性被长期排除于法学教育、法律职业之外的原因	326
二、女性进入法学教育和法律职业的缓慢进程	328
第二节 女性在法学教育、法律职业中的发展	331